



Subsidiarité, efficacité et environnement: la constitutionnalité de la règle locale en aménagement du territoire.

Mémoire

Valérie Kelly

Maîtrise en droit - avec mémoire

Maître en droit (LL. M.)

Québec, Canada

© Valérie Kelly, 2021

**SUBSIDIARITÉ, EFFICACITÉ ET ENVIRONNEMENT : LA CONSTITUTIONNALITÉ
DE LA RÈGLE LOCALE EN AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE**

Mémoire de maîtrise

Valérie Kelly

Sous la direction de :

Patrick Taillon

Université Laval

Résumé

Le droit de l'aménagement du territoire, en régissant la disposition des activités humaines sur le territoire, est l'un des outils mobilisés par l'État pour protéger l'environnement. En droit constitutionnel particulièrement, l'aménagement du territoire se situe aux premières loges des tensions entre d'un côté, les intérêts économiques nationaux de compétences fédérales, et de l'autre, les intérêts locaux en environnement de compétences provinciales déléguées au municipal. Ces tensions résultent bien souvent en des conflits des normes, qui sont fréquemment judiciarisés.

Le présent mémoire sonde la place accordée par les juges à l'intérêt local en aménagement du territoire, en situation de conflit de normes entre un règlement municipal et une loi fédérale. Il s'intéresse à la manière dont est défini et appliqué le concept de subsidiarité, son critère de l'efficacité (ou d'incapacité locale) et ses effets sur la protection des intérêts locaux en aménagement du territoire. Cette analyse mobilise plus largement les doctrines, théories ou critères qui structurent l'interprétation judiciaire du partage des compétences notamment, le fédéralisme (classique et moderne), la prépondérance fédérale et l'intérêt national.

À ce jour, la Cour suprême du Canada propose une approche fonctionnelle du partage constitutionnel des compétences, particulièrement dans le domaine de l'aménagement du territoire. Le critère de l'efficacité législative, emprunté au discours économique et central à l'approche fonctionnelle, est dès lors intégré aux raisonnements juridiques de la Cour. Or, si le droit est pénétré d'une logique d'efficacité, c'est entre autres qu'il est imprégné d'une pensée juridique postmoderne.

En effet, la multiplication des îlots producteurs de droit, en tension entre concurrence et interdépendance des pouvoirs, caractéristique des nouveaux visages du droit (et de l'État), d'un droit postmoderne, conduisent à questionner les conditions d'existence de certains principes juridiques, notamment, la subsidiarité. Le principe de subsidiarité, une « composante » du fédéralisme canadien, signifie qu'une intervention de l'État central est légitime qu'en cas d'insuffisance des dispositifs locaux. En plaçant l'intérêt local sous les projecteurs, la subsidiarité se situe au cœur d'une pensée juridique postmoderne, qui repose sur le pluralisme juridique.

Pourtant, la tendance jurisprudentielle actuelle de la Cour suprême en matière de partage des compétences est de donner préséance à une centralisation des pouvoirs au profit d'une union économique canadienne efficace. Ce choix implique des sacrifices parmi lesquels est compté l'intérêt local en aménagement territoire et en environnement de proximité.

Table des matières

RÉSUMÉ.....	II
TABLE DES MATIÈRES	III
LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES, ACRONYMES.....	V
REMERCIEMENTS	VII
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE 1 LE FÉDÉRALISME CLASSIQUE, L'APPROCHE DUALISTE ET LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE DES POUVOIRS ENTRE LE LOCAL ET LE FÉDÉRAL	23
1.1 Aspects théoriques du fédéralisme et du partage des compétences	24
1.1.1 Une distribution du pouvoir non étrangère à la subsidiarité	24
a) <i>Les conditions d'existence d'une fédération</i>	<i>25</i>
b) <i>La subsidiarité dans la recherche d'un équilibre fédératif</i>	<i>25</i>
1.1.2 L'influence de l'interprétation judiciaire sur l'orientation du fédéralisme canadien	26
1.2 Le fédéralisme classique et les enjeux locaux	29
1.2.1 La conception classique du fédéralisme et la décentralisation des pouvoirs	30
1.2.2 Un fédéralisme classique interrompu et des enjeux locaux menacés	35
a) <i>L'exemple de l'aéronautique</i>	<i>36</i>
b) <i>L'exemple de la télécommunication</i>	<i>38</i>
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	42
CHAPITRE 2 LE FÉDÉRALISME MODERNE, L'APPROCHE FONCTIONNELLE ET LA RECHERCHE D'UNE EFFICACITÉ LÉGISLATIVE CENTRALISÉE.....	44
2.1 L'approche fonctionnelle : fondements et logiques	45
2.2 Des intérêts locaux en aménagement du territoire sacrifiés au nom de l'efficacité	52
2.2.1 La prépondérance fédérale	52
2.2.2 La théorie de l'intérêt national	58
2.2.3 L'environnement, un frein à la théorie de l'intérêt national	61
2.3 La priorité accordée à la recherche d'efficacité dans l'interprétation judiciaire du fédéralisme moderne et de la subsidiarité	65
2.3.1 Les conséquences de l'approche fonctionnelle sur le fédéralisme moderne	66
a) <i>La résolution judiciaire des chevauchements de normes en contexte constitutionnel.....</i>	<i>67</i>
b) <i>La coopération, l'efficacité et le début de l'intégration.....</i>	<i>69</i>
2.3.2 La subsidiarité et le critère non défini de l'incapacité provinciale (et municipale)	71
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	75

CHAPITRE 3 L'ABSENCE D'UN RECOURS À LA SUBSIDIARITÉ EN MATIÈRE DE PARTAGE DE COMPÉTENCE EN AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE	79
3.1 L'apport de la subsidiarité dans la jurisprudence canadienne en partage des compétences : une composante du fédéralisme canadien.....	80
3.1.1 La conception décentralisatrice des pouvoirs de la subsidiarité	83
3.1.2 La conception centralisatrice des pouvoirs de la subsidiarité	87
3.1.3 Le rapport subsidiarité et fédéralisme.....	89
3.2 L'aménagement du territoire, un pouvoir local négligé pour protéger l'environnement	91
CONCLUSION CHAPITRE 3.....	102
CONCLUSION GÉNÉRALE	105
BIBLIOGRAPHIE	110

Liste des abréviations, sigles, acronymes

Alta LR	Alberta Law Report
AC	Law report, Appeal case
BCCA	Cour d'appel de la Colombie-Britannique
BCSC	Cour suprême de la Colombie Britannique
CA	Recueil de jurisprudence du Québec: Cour d'appel
Can Bar Rev	The Canadian Bar Review
CCMQ	Conseil canadien des ministres de l'environnement
C & D	Les Cahiers de droit
CLJ	Cambridge Law Journal
CML Rev	Common Market Law Review
Constit Forum	Constitutional Forum
DLR	Dominion Law Report
DORS	Décrets, Ordonnances et Règlements Statutaires (refontes 1949, 1955)
Ga St UL Rev	Georgia State University Law Review
GOQ	Gazette officielle du Québec
HICLR	Hastings International and Comparative Law Review
JE	Jurisprudence Express
JELP	Journal of Environmental Law and Practice
LC	Lois du Canada
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LRC	Lois révisées du Canada
Queen's LJ	Queen's Law Journal
McGill LJ	McGill Law Journal
MAMH	Ministère des Affaires Municipales et de l'Habitation
MPLR	Municipal and Planning Law Report
MRC	Municipalité régionale de comté
NJCL	National Journal of Constitutional Law
OHLJ	Osgoode Hall Law Journal
Ont CA ou ONCA	Ontario Court of Appeal
OR	Ontario Reports
QCCA	Cour d'appel du Québec
R du B	Revue du Barreau du Québec
R du B can	Revue du Barreau canadien

Rev Can Sc Pol	Revue canadienne de science politique
Rev Const Stud	Review of Constitutional Studies
RD Ottawa	Revue de droit d'Ottawa
Rev fr dr Const	Revue française de droit constitutionnel
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RD Ottawa	Revue de droit d'Ottawa
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
RGD	Revue générale de droit
RJT	Revue juridique Thémis
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
RQDC	Revue Québécoise de Droit Constitutionnel
Sask L Rev	Saskatchewan Law Review
SC	Statutes of Canada
Schéma	Schéma d'aménagement et de développement
SCLR	Supreme Court Law Review
UTLJ	University of Toronto Law Journal
YEL	Yearbook of European Law

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier mon directeur de recherche, le professeur Patrick Taillon. Nos discussions tout au long de la concrétisation de ce projet ont été des occasions privilégiées pour nourrir les réflexions sur une variété de notions mobilisées par cette recherche. Mes sincères remerciements, également, pour ses relectures, ses précieux commentaires, et son dévouement. Je souhaite aussi remercier la professeure Geneviève Motard et l'honorable Lorne Giroux qui ont participé, avec le professeur Patrick Taillon, à l'évaluation de ce mémoire.

Je remercie spécialement ma famille et mon conjoint, Philippe-Daniel Deshaies. Leurs encouragements, leur écoute et leur soutien au quotidien m'ont permis de mener à terme ce projet de recherche.

J'adresse aussi mes remerciements à l'Union des municipalités du Québec, au fonds Gaétane-et-Henri-Brun en droit constitutionnel et à la Promotion 1963 sur les institutions parlementaires ou gouvernementales, qui m'ont soutenue financièrement pour la réalisation de ce projet de mémoire.

Introduction

1. CONTEXTE : LE DROIT DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, ENFANT PAUVRE DES CONFLITS DE NORMES

L'aménagement du territoire forge la manière dont nous habitons un espace, comme citoyens et comme collectivités. Au regard de ses impacts environnementaux (pollution de l'eau, de l'air, des sols, sonore, lumineuse, visuelle), la planification de nos activités sur le territoire se situe au cœur de notre bien-être collectif, au quotidien. Cette planification, par le truchement du droit, met en œuvre divers outils municipaux d'urbanisme, tel le zonage, qui essentiellement régit l'organisation des usages locaux du territoire urbain¹, ou encore, l'expropriation, l'imposition de réserves pour fins publiques et le contrôle sur le lotissement et la construction².

Or, le territoire est aussi le lieu où se superpose une pluralité d'intérêts et d'ordres juridiques³, décentralisés et centralisés. Face à ces complexes qui appellent un mode d'organisation, le pouvoir, au Canada, est réparti entre les divers ordres de gouvernement sous forme de compétences déléguées par la Constitution (*Loi constitutionnelle de 1867*, Constitution, loi de 1867, texte constitutionnel) et par la loi⁴. Le fédéralisme canadien, structure étatique politico-juridique, repose sur le partage constitutionnel des compétences.

C'est en vertu des paragraphes 8, 13 et 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confèrent aux provinces la compétence sur les « institutions municipales », sur « la propriété et les droits civils » et sur « les affaires locales »⁵, que ces dernières ont créé les municipalités, pour ensuite leur accorder des pouvoirs en matière d'aménagement du territoire et d'environnement. La Constitution ne protège donc pas directement l'existence, le statut et les pouvoirs municipaux.

De même, le texte constitutionnel ne prévoit pas quel gouvernement (fédéral ou provincial) a compétence sur l'environnement. Pour cette raison, la question à savoir de quel ordre

¹ Marc-André LeChasseur, *Zonage et urbanisme en droit canadien*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016 à la p 18.

² Lorne Giroux, *Aspects juridiques du règlement de zonage au Québec*, Québec, Presse de l'Université Laval, 1979 aux pp 27 à 41.

³ Santi Romano et al, *Les ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2015 à la p 69.

⁴ *Loi Constitutionnelle de 1867*, LRC 1970, App II, no 5, arts 91 et 92.

⁵ *Ibid* arts 92 (8), (13) et (16).

(fédéral, provincial ou municipal) relève cette responsabilité législative est d'entrée de jeu difficile et délicate à résoudre. Il s'agit après tout d'une compétence partagée. À cet égard, la Cour suprême écrit : « [n]ous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel [...] la protection de l'environnement est [...] devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne. [Nos soulignements] »⁶

Dans ce contexte normatif, on verra que le partage et la délégation des pouvoirs peuvent, en cas de chevauchement, générer des conflits. La question se pose alors de savoir quelle compétence prime sur l'autre. Des conflits en aménagement du territoire surgissent, par exemple, lors de la localisation d'un aéroport⁷, d'une tour de télécommunication⁸ ou d'installations portuaires⁹ (compétences fédérales) près d'un quartier résidentiel (compétence provinciale déléguée au municipal). Lorsqu'un conflit surgit entre un règlement municipal et une loi fédérale, le juge analyse les rapports qu'entretiennent les différentes normes, et tente de les rattacher à l'une des compétences exclusives énumérées dans le texte constitutionnel. Cet exercice réduit la plupart du temps le territoire à un échiquier. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'il est d'abord et avant tout, un lieu habité.

2. PROBLÉMATIQUE : LE JUGE FACE À L'ÉVALUATION DU RÔLE DES INSTANCES LOCALES

Les défis globaux posés par la dégradation du territoire, qui constituent sans aucun doute un danger immédiat pour toute forme de vie, nécessitent que des actions soient posées à tous les niveaux. Or, au sein des solutions proposées en environnement, peu importe l'échelon, deux dimensions se rebutent constamment: l'économie et le social¹⁰.

D'abord, les mesures de protection environnementale sont souvent mises en œuvre suivant la conception classique de l'efficacité économique, d'où la dimension économique de

⁶ *Ontario c Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 RCS 1031 au para 55 [*Canadien Pacifique*]; *Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des transports)*, [1992] 1 RCS 3 aux pp 16-17 [*Oldman River*]; *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RS 213 au para 117 [*Hydro-Québec*] et 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Ville de Hudson*, [2011] 2 RCS 241 au para 1 [*Spraytech*].

⁷ *Québec (Procureur général) c Lacombe*, [2010] 2 RCS 436 [*Lacombe*]; *Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 RCS 536 [*COPA*].

⁸ *Rogers Communications inc c Châteauguay (Ville)*, [2016] 1 RCS 467 [*Châteauguay*].

⁹ *Colombie-Britannique (Procureur général) c Lafarge Canada Inc*, [2007] 2 RCS 86 [*Lafarge*].

¹⁰ Paul Émond, « The Case for Greater General Role in the Environmental Protection Field: an Examination of the Pollution Problem and the Constitution » (1972) 10:3 OHLJ 647 à la p 648.

l'environnement. Selon cette conception, les normes à caractère environnemental imposent aux entreprises, aux gouvernements et aux individus d'internaliser leurs externalités négatives, engendrant ainsi des coûts supplémentaires qui, lorsqu'absorbés dans le prix des produits, leur font perdre en compétitivité¹¹.

Cette réalité se transpose sur l'épineux enjeu de l'attrait d'une juridiction pour une entreprise. Une pression économique est exercée sur les juridictions soucieuses de l'environnement pour qu'elles relâchent les normes de protection environnementale à des fins économiques. Le relâchement des règles environnementales locales, par exemple, assure la compétitivité des entreprises soumises à leurs autorités sur les marchés provinciaux, nationaux et internationaux¹². La pression économique exercée sur les juridictions suppose par le fait même la nécessité d'aplanir les normes. L'harmonisation (l'aplanissement) des normes sur l'ensemble du territoire canadien favorise un rôle accru du fédéral.

La dimension sociale de l'environnement, plus complexe, débute par le niveau de gouvernement le plus près des citoyens : les municipalités¹³. Pensons au contrôle des nuisances et de salubrité¹⁴, à la gestion des matières résiduelles, au recyclage, au compostage¹⁵, à la gestion des eaux potables et des eaux usées, qui se fait en grande partie par les municipalités¹⁶. À cet égard, les premières mesures municipales de contrôle des nuisances datent du 19^e siècle¹⁷. Certains ont d'ailleurs fait remarquer que la gestion des

¹¹ *Ibid* à la p 648.

¹² *Ibid* à la p 650.

¹³ *Ibid* à la p 650.

¹⁴ *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ c C-7.1, arts 19 et 59 [LCM].

¹⁵ *Ibid*, art 34.

¹⁶ Voir notamment, *Règlement sur les ouvrages municipaux d'assainissement des eaux usées*, RLRQ c Q-2 r 34.1; *Stratégie pancanadienne sur la gestion des effluents d'eaux usées municipales*, Whitehorse, février 2009, approuvée par CCMQ en ligne : <<https://www.ccme.ca>>; *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ c C-7.1, arts 21 à 26.1, 96. Voir aussi *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c Q-2, arts 32, 32.7, 31.32, 31.33 et 31.39 en vertu desquels une municipalité doit obtenir un permis d'exploitation et un certificat d'autorisation du ministère de l'Environnement pour exploiter ou effectuer des travaux relatifs à son système d'aqueduc ou d'égout sauf exception *Règlement d'application de l'article 32 LQE*, D 635 (2008) GOQ II 3600, arts 4 (1)(2) et (5). De plus, une municipalité doit s'assurer que les résidences éloignées respectent les normes provinciales en matière d'installations septiques lors d'émission de permis pour une telle construction en vertu de *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ c Q-2, art 86 et *Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées*, RLRQ c Q-2 r 22, art 88(1).

¹⁷ *Code municipal de la province de Québec de 1871*, 34 Vict 1871 c 68; Alain Baccigalupo et Luc Rhéaume, *Les administrations municipales québécoises, des origines à nos jours : anthologie*

problèmes environnementaux par les localités existait bien avant l'intérêt fédéral d'agir sur le sujet¹⁸.

Pour ainsi dire, dans une perspective sociale, le contrôle de la protection de l'environnement est étroitement lié aux aspirations sociales et politiques de chaque collectivité¹⁹. La Ville de San Francisco et ses 860 000 habitants, par exemple, sont reconnus pour une gestion exemplaire de leurs déchets²⁰. Le Département d'environnement de la Ville vise même à faire de cette grande métropole américaine une des premières villes « zéro déchet » pour 2020. Bref, les villes sont des acteurs de premier rang dans ce souci d'un environnement urbain et rural durable lorsqu'il se rattache aux aspirations et aux valeurs des citoyens.

Ainsi, l'environnement présenté sous cette dialectique (dimension sociale – dimension économique) illustre bien la multi-dimensionnalité du sujet. Dans une fédération, cette multi-dimensionnalité implique inévitablement des chevauchements de normes. Lorsque l'inconstitutionnalité d'un règlement municipal d'aménagement du territoire et d'environnement local est invoquée, c'est donc au pouvoir judiciaire qu'incombe le rôle d'établir sa conformité à la loi et à la Constitution. Dès lors, le juge analyse les *rapports de droit* qu'entretiennent les différentes normes. Pour opérationnaliser le fédéralisme et résoudre les conflits de normes, les tribunaux interprètent en regard des faits certes le texte, mais également, la mise en application des doctrines et des principes non-écrits constitutionnels tels que la subsidiarité et le fédéralisme. Cet exercice interprétatif, qui implique de tisser des liens entre les faits, le texte et les concepts juridiques, oriente la fédération canadienne vers un régime intégré, uniformisé, centralisé ou pluriel, asymétrique, décentralisé.

Présentement, l'approche interprétative dominante pour aborder les conflits de normes entre un règlement municipal et une loi fédérale en matière constitutionnelle est l'approche

administrative, Montréal, Agence d'ARC, 1984 aux pp 49 et ss; Jacques Léveillé et Marie-Odile Trépanier, « Évolution de la législation relative à l'espace urbain au Québec », (1981-82) 16 : (1-2) RJT aux pp 25 et ss.

¹⁸ Émond, « The case for », *supra* note 10 à la p 651.

¹⁹ « The city of Toronto, for example, provides primary and secondary treatment for 100% of its sewage. Montreal dumps 91,6% of its sewage untreated into the St-Lawrence River. Instead of spending heavily on an Expo and preparation for the Olympics, Toronto has been busy building sewage treatment plants, and separating its storm and sanitary sewers. » Voir *Ibid* aux pp 650-651 note 6.

²⁰ Céline Francisco, « San Francisco vise la vie sans déchets » (2015) 349 :9 Alternatives économiques à la p 58.

fonctionnelle²¹. Par cette approche évolutive²², la Cour est essentiellement préoccupée par des considérations d'efficacité législative²³. On comprendra rapidement que cette logique d'efficacité valorise peu l'échelle locale, dont l'action autonome est perçue comme du morcèlement administratif. Dès lors, les actions de niveau pancanadien se voient fortement favorisées.

Parallèlement à cette approche interprétative fonctionnaliste du partage des compétences, au Québec, l'extension croissante des responsabilités du municipal se convertit en une capacité d'action juridique locale accrue, et ce, dans un champ de compétence aujourd'hui de plus en plus défini. C'est principalement par le biais du pouvoir réglementaire qui leur est délégué en matière de planification et d'aménagement du territoire (ex. zonage, lotissement, transport, services publics) que les municipalités s'émancipent²⁴.

En vertu notamment de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*²⁵, les municipalités, maillons essentiels de l'appareil public québécois²⁶, réglementent dans une perspective locale, l'aménagement du territoire. Cette loi, en principe décentralisatrice²⁷, leur octroie une certaine *autonomie*, voire une expertise, en aménagement du territoire et une responsabilité quant à la protection de l'intérêt public local²⁸. Plus important encore, dans son arrêt *Spraytech*, la Cour suprême du Canada leur a reconnu un rôle d'une importance capitale,

²¹ Ghislain Otis, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000: uniformisation ou construction plurielle du droit? » (1995) 26 RD Ottawa 261; Vilaysoun Loungnarath, « Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne » (1997) 57 R du B 1103; Jacques Frémont, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », dans G.-A. Beaudoin, J.E. Magnet et al, dir, *Le fédéralisme de demande : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 45 p; Jean Leclair, « Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the expense of Diversity » (2003) 28 Queen's LJ 411; Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45 :1 C & D 7-67.

²² Noura Karazivan, « Fédéralisme coopératif et valeurs mobilières » (2016) 46 RGD 419-472 à la p 433.

²³ Otis, *supra* note 21 aux pp 272-273.

²⁴ Marie-Claude Prémont, « Les municipalités : entre pouvoirs et devoirs » dans Gérard Divay, dir, *Le management municipal – Un gouvernement de proximité*, Tome 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019 à la p 106.

²⁵ RLRQ c A-19.1 [LAU].

²⁶ Prémont, « Entre pouvoirs et devoirs », *supra* note 24 à la p 262.

²⁷ Guillaume Rousseau, « La Loi sur l'aménagement et l'urbanisme 30 ans plus tard : toujours entre centralisation et décentralisation » (2011) 52:2 C & D 197-244.

²⁸ LeChasseur, *supra* note 1 à la p 542.

soit celui de fiduciaire de la protection de l'environnement²⁹. À cet égard, la *Loi sur les compétences municipales* leur attribue une compétence en matière d'environnement³⁰.

Prenant acte du paradoxe souvent observé entre, d'un côté, une conception dominante d'un fédéralisme efficace et centralisé, et de l'autre, la pertinence d'une décentralisation des pouvoirs en matière d'aménagement et d'environnement, la Cour suprême du Canada établit le principe de subsidiarité³¹.

La subsidiarité se veut un principe d'organisation sociale, politique et juridique selon lequel les décisions affectant les individus devraient être prises par l'autorité la plus près de ces individus. Elle prévoit également que la méta institution devrait intervenir uniquement pour pallier l'impossibilité locale d'agir³².

Cette notion engendre donc une contrainte double (intervention et la non-intervention). En ce sens, le principe propose un critère, la nécessité, permettant le passage du pouvoir de la base au sommet, d'où la raison pour laquelle certains le comparent à Janus³³, ce dieu romain à deux visages, représentant du commencement, du passage et de la fin.

Les origines étymologiques de la subsidiarité illustrent bien l'idée maîtresse du principe. En latin, le terme « subsidium » signifie « secours, renfort » et le terme « subsidiarius » signifie « qui est en réserve »³⁴. À l'époque de l'Antiquité romaine, ces termes, de nature militaire, étaient attribués aux troupes subsidiaires appelées en renfort en cas d'affaiblissement des

²⁹ Le juge Kennedy écrivait (aux pp 230-231) que, [TRADUCTION] « devant une situation où la santé et l'environnement sont en jeu [le conseil municipal] voyait à un besoin de sa collectivité ». Ainsi, la municipalité tente d'exercer son rôle, qualifié par la Cour d'appel de l'Ontario de [TRADUCTION] « fiduciaire de l'environnement » voir *Scarborough (Borough) v REF Homes Ltd*, (1979) 9 MPLR para 5 [*Scarborough*] et *Spraytech*, *supra* note 6 au para 27. L'expression « fiduciaire de l'environnement » a ensuite été reprise dans *Ferme Geléry Inc c Laverlochère (Municipalité)*, JE 2003-2137 (CA) [*Ferme Geléry*] au para 71 puis dans *Spraytech*, *ibid* au para 27.

³⁰ LCM, *supra* note 14 aux art 4 et 19.

³¹ *Spraytech*, *supra* note 6 au para 3.

³² Jean Dubois, Henri Mitterand et Albert Dauzat, *Grand dictionnaire étymologique & historique du français*, Paris, Larousse, 2015 à la p 765; Alain Delcamp, « Principe de subsidiarité et décentralisation » (1993) 23 Rev fr dr Const 609 à la p 615 ; Hugo Cyr, « Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism » (2014) 23:4 Constit Forum 20-40 à la p 27.

³³ Françoise Leurquin-De Visscher, « Existe-t-il un principe de subsidiarité? », dans Francis Delparee, dir, *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p 23; Jean-Philippe Derosier, « La dialectique centralisation/décentralisation - Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité » (2007) 59:1 RDIDC107-140 à la p 133.

³⁴ Dubois, Mitterand et Dauzat, *supra* note 32 à la p 765; Delcamp, *supra* note 32 à la p 615; Derosier, *supra* 33 à la p 125.

troupes principales³⁵. La philosophie du catholicisme sociale a également contribué à faire connaître le principe de subsidiarité³⁶. Dans l'encyclique *Quadragesimo anno* de 1931, soit une lettre du pape adressée aux évêques, le pape Pie XI, énonçant sa vision sociale, écrivait au sujet de la subsidiarité : « ce dont la société civile est capable ne doit pas être attribué aux pouvoirs publics ; au sein des collectivités publiques, la collectivité “ supérieure ” ne doit pas s'attribuer ce dont la collectivité “ inférieure ” est capable. »³⁷

Cela dit, le recours au principe de subsidiarité a connu un réel envol dans la sphère juridique par son insertion au Traité de Maastricht en 1992, suite à la demande de l'Allemagne qui d'ailleurs, l'avait déjà intégré à sa propre constitution³⁸. En contexte européen, la subsidiarité se présentait comme un moyen de rassurer les États membres d'une éventuelle intrusion des règles de l'Union européenne dans leurs affaires locales³⁹. Son insertion à l'article 3b du Traité de Maastricht normalise la fonction de ce principe. Tant en Allemagne que dans l'Union européenne, les documents législatifs de l'autorité centrale doivent répondre au critère de la subsidiarité avant d'être adoptés⁴⁰.

Un premier réflexe nous amène à croire que le droit, de par les principes du fédéralisme et de la subsidiarité, devrait protéger les préoccupations locales en environnement. D'une part, le local est de compétence provinciale en regard du partage des compétences et l'aménagement du territoire déléguée par la province au municipal. D'autre part, la subsidiarité porte à notre attention, lors de conflits de normes, la capacité locale à répondre aux besoins qui affectent la vie des gens au quotidien. Le principe de subsidiarité a par ailleurs été constitutionnalisé par le plus haut tribunal du pays dans le cadre d'une décision impliquant un règlement municipal en matière de protection de l'environnement. On pourrait penser que l'intention de la Cour derrière son adoption était de pallier l'absence de dispositions constitutionnelles limitant concrètement le pouvoir de l'État sur les villes en cette matière.

³⁵ Dubois, Mitterrand et Dauzat, *supra* note 32 à la p 765; Delcamp, *supra* note 32 à la p 615; Derosier, *supra* 33 à la p 125.

³⁶ Philippe Brault, Guillaume Renaudineau et François Sicard, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Documentation française, 2005 aux pp 15 et 49.

³⁷ *Ibid* à la p 15.

³⁸ *Ibid* à la p 1.

³⁹ A.L.C. de Mestral, « La subsidiarité est-elle une menace au grand marché intérieur? », (1993) 3 NJCL 341 à la p 393.

⁴⁰ *Ibid*, à la p 393; Brault, Renaudineau et Sicard, *supra* note 36 à la p 39.

Pourtant, à ce jour, lorsqu'une municipalité, entité administrative décentralisée, sans statut constitutionnel, tente de faire respecter sa réglementation par les entreprises fédérales, force est de constater que les tribunaux sont, à certains égards, instrumentalisés pour invalider les décisions locales en aménagement.

Pour ne nommer qu'un exemple parmi d'autres, en 2016, dans l'arrêt *Châteauguay*⁴¹, la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnel un avis de réserve émis par la municipalité, car il entravait la mise en œuvre d'une compétence fédérale : la télécommunication. Cet avis visait à réserver pour fins municipales un terrain vague, localisé en plein cœur d'un quartier résidentiel, notamment pour éviter l'implantation d'installations représentant un risque pour la santé et le bien-être des citoyens résidant à proximité. Conséquemment, le projet de la compagnie de télécommunication Rogers d'y ériger un système d'antennes de radiocommunication se voyait retardé. Dans l'attente, la municipalité libérait, par expropriation, un autre site plus approprié pour recevoir un tel projet d'envergure selon ses connaissances sur la disposition des usages déjà développée sur certaines zones de son territoire et sur l'espace disponible. Dans ce cas comme dans tellement d'autres, le local, et le potentiel conceptuel des principes de subsidiarité et du fédéralisme ont été gommés de l'équation au profit d'un système de télécommunication national efficace.

Sans doute, la diversification des autorités productrices de normes émanant de différents échelons trouve-t-elle peu d'écho dans l'exercice des contrôles constitutionnels⁴². Conséquemment, l'intérêt public local est trop souvent perçu comme un enjeu de second ordre, après les intérêts économiques nationaux.

3. OBJECTIF, QUESTION ET HYPOTHÈSE DE LA RECHERCHE: LA RÉSISTANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE À SURPASSER L'EFFICACITÉ CENTRALISÉE AU PROFIT D'UNE VÉRITABLE SUBSIDIARITÉ

Alors que le régime politique et juridique canadien repose sur le fédéralisme⁴³, notre recherche s'intéresse à l'équilibre des compétences qu'appelle l'émancipation d'un

⁴¹ *Châteauguay*, *supra* note 8.

⁴² Jacques Chevallier et Jacques Commaille, *L'État post-moderne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017 à la p 168.

⁴³ Nous adhérons à la définition officielle du fédéralisme canadien, soit sur le plan juridique, « l'expression de la souveraineté étatique [...] partagée entre deux niveaux distincts, l'un central et l'autre décentralisé, disposant chacun d'une sphère propre d'autonomie ». Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit Constitutionnel*, 6e ed., Cowansville, Édition Yvon Blais, 2008, à la p 404.

troisième ordre de gouvernement, le municipal. Les interactions entre le régime municipal de droit de l'aménagement du territoire et les normes émergeant des autres ordres de gouvernement se situent ainsi au cœur de notre réflexion. L'objectif de ce mémoire est de faire la démonstration que le droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement local, deux domaines confluents, imposent une reconnaissance de la coexistence d'échelles d'intérêts tant globales que locales. La reconnaissance d'une coexistence des échelles d'intérêts épouse une logique de pertinence, de subsidiarité, de pluralité et de calibrage.

Pour atteindre cet objectif, nous proposons de répondre à la question suivante : *À l'aune de la tension centralisation/décentralisation, quelle marge de manœuvre accordent nos juges à l'intérêt municipal en aménagement du territoire ?*

Pour y répondre, nous comptons démontrer qu'une véritable application du principe de subsidiarité et la prise en compte des intérêts locaux en aménagement du territoire et en environnement local, implique d'une part, une remise en cause de la croyance que l'efficacité législative est uniquement atteinte par une centralisation des pouvoirs, et par le fait même, une nécessité de définir le critère de l'efficacité. D'autre part, il s'agit de reconnaître l'émergence d'un changement de paradigme concurrent au droit pyramidal (hiérarchique), celui du droit en réseau.

En effet, la légitimité du droit (ici, des décisions judiciaires), particulièrement en ce qui a trait à la résolution de conflits de normes en matière de partage des compétences dans le domaine de l'aménagement du territoire, repose désormais sur un souci d'efficacité, « de performance »⁴⁴, emprunté au discours économique⁴⁵. En contexte judiciaire, lorsque des conflits de normes surgissent entre un règlement municipal et une loi fédérale, l'efficacité législative est assimilée à une unification des règles au profit d'une union économique canadienne forte, donc à une centralisation du pouvoir⁴⁶.

Or, avec le droit en réseau, la souveraineté étatique, c'est-à-dire, la capacité étatique à produire des normes, est déployée non seulement à d'autres échelles du pouvoirs

⁴⁴ Bénédicte Delorme-Montini, « Le moment post-moderne » (2010) 160 *Le Débat* 178 à la p 182; Arnaud Van Waeyenberge, *Nouveaux instruments juridiques de l'union européenne. Évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015 à la p 181.

⁴⁵ Karim Benyekhlef, « Droit postmoderne » dans Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde, dir, *Approches et fondements du droit - Tome 2 - Philosophie et théorie juridiques*, Montréal, Édition Yvon Blais, 2019 à la p 415.

⁴⁶ Otis, *supra* note 21 aux pp 272-273.

publiques, mais elle se voit également relayée à des pouvoirs privés. Ainsi, le « dogme » de la « volonté du législateur » est vaincu, et les « frontières des faits et du droit se brouillent »⁴⁷. « [L]a justice, enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables. »⁴⁸

En environnement local et en aménagement du territoire, en contexte constitutionnel, l'exercice interprétatif consiste désormais à balancer (à équilibrer) les intérêts (les valeurs) économique et local/social. Une voix minoritaire des contentieux en aménagement du territoire livre quelques exemples de cette approche plurivoque.

Cette façon de poser le droit s'oppose à une réponse judiciaire des conflits de normes centralisée et hiérarchique, qui résulte bien souvent en la réduction des considérations municipales en matière d'aménagement du territoire. Cet évincement de l'intérêt local par le contrôle constitutionnel s'observe particulièrement lorsque la finalité des règlements adoptés est la protection locale de l'environnement et le bien-être des citoyens. Cette tendance jurisprudentielle majoritaire a pour corolaire de vider de leurs contenus conceptuels les principes du fédéralisme coopératif et plus important encore pour cette étude, de la subsidiarité, soit en ignorant leurs existences, soit en faisant de leurs apports en droit canadien une nouvelle occasion pour justifier une centralisation des pouvoirs.

4. INTÉRÊT DE LA RECHERCHE : LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ENJEUX LOCAUX, UN VOLET DU DROIT MUNICIPAL ENCORE PEU EXPLORÉ

À l'heure actuelle, l'aménagement d'un milieu de vie durable est une préoccupation maîtresse pour les communautés, et ce, en regard de ses conséquences sur l'environnement⁴⁹ de proximité⁵⁰. Une collectivité locale a ainsi besoin de la force du droit

⁴⁷ François Ost et Michel Van de Kerchove. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 à la p 14.

⁴⁸ *Ibid* à la p 14.

⁴⁹ « L'environnement, dans son sens générique, englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement. » *Oldman River*, *supra* note 6. Voir aussi, « En matière de décisions environnementales l'élément humain, c'est-à-dire l'impact d'un projet sur les personnes, sur leur vie culturelle et sociale est partie intégrante du processus et constitue un facteur important sinon essentiel qu'on ne peut ignorer. » *B Bellefleur c Québec (Procureur général)*, [1993] RJQ 2320 (CA).

⁵⁰ Gérard Divay, « La proximité du milieu de vie » dans Gérard Divay, dir, *Le management municipal – Un gouvernement de proximité*, Tome 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019 aux pp 11-38.

pour faire valoir ses intérêts à l'intérieur d'une gouvernance préoccupée par d'autres enjeux, aux échelles fédérales et provinciales.

Dans l'optique où le déploiement physique et immobilier du territoire influence la qualité de l'environnement de proximité, la société de demain, qui sera fort probablement confrontée à des enjeux climatiques sans précédent, a besoin d'institutions locales fortes et structurées. Nous saluons à cet égard les contributions inestimables des certains experts en droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, à commencer par l'honorable Lorne Giroux, auteurs de nombreux ouvrages en droit municipal et de l'aménagement du territoire, dont sur les aspects juridiques du zonage au Québec et sur l'interrelation entre le droit de l'aménagement du territoire et le droit de l'environnement⁵¹.

À cela s'ajoute le travail de professeurs de droit, qui nous insufflent leur passion pour les enjeux de droit local, notamment le professeur Guillaume Rousseau, auteur d'une variété d'articles sur la décentralisation des pouvoirs en aménagement du territoire et en environnement⁵². Il y a par ailleurs les incontournables travaux du professeur Jean Héту, notamment son importante doctrine de référence en droit municipal, couramment citée par les tribunaux, *Droit municipal : Principes généraux et contentieux*⁵³. Finalement, nous soulignons les recherches de Jean-Pierre Veilleux sur le référendum local en droit québécois, qui ont récemment été publiées sous forme de mémoire très bien ficelé⁵⁴.

Grâce à ces experts, un important travail de développement des connaissances en droit municipal a été exécuté. Au vu du chemin déjà parcouru, l'un des principaux apports de notre démonstration réside dans le regard qui est porté, cette fois-ci, sur le rôle des tribunaux dans l'interprétation de l'équilibre entre décentralisation et centralisation des compétences

⁵¹ Giroux, « Aspects juridiques », *supra* note 2; Lorne Giroux, « Les interrelations entre le droit de l'environnement et le droit de l'aménagement du territoire » (1988) 48 R du B 467-503.

⁵² Rousseau, « LAU 30 ans plus tard », *supra* note 27; Guillaume Rousseau, « La prépondérance étatique et les compétences municipales sur l'eau et le forage : Étude de la validité d'un règlement de la ville de Gaspé » (2014) 55 C & D 645-684; Guillaume Rousseau, « Fascicule 22 : Aspects environnementaux du droit de l'aménagement » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, *JCQ Droit de l'environnement*.

⁵³ Jean Héту et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2e éd., Brossard, Wolters Kluwer, 2018.

⁵⁴ Jean-Pierre Veilleux, *Le référendum local en droit québécois – Une institution juridique en tension avec les objectifs du droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Mémoire de maîtrise, Ville de Québec, Université Laval, 2019.

aménagement du territoire. Il s'agit dès lors d'observer le travail judiciaire lorsque des conflits de normes surgissent.

Nos recherches visent ainsi à identifier les obstacles jurisprudentiels au renforcement de l'autonomie locale en matière de protection environnementale locale dans sa dimension la plus dynamique, globale et évolutive du terme. Cette étude couvre uniquement l'aspect local de la protection de l'environnement, en regard du partage constitutionnel des compétences.

L'analyse est effectuée à la lumière des réflexions proposées par Eugénie Brouillet dans ses travaux portant sur le principe de subsidiarité et sur la tendance centralisatrice de l'application par les tribunaux des doctrines en matière de partage des compétences⁵⁵. Elle s'inscrit également dans la lignée des travaux de David Robitaille sur la recherche d'un équilibre entre les intérêts nationaux et locaux dans l'exercice d'activités privées relevant des compétences fédérales⁵⁶.

5. APPROCHE THÉORIQUE (MAIS ENCORE) : L'ÉCLATEMENT D'UN DROIT MODERNE ET LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE PLURIEL EN AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE

Cette thèse en faveur d'un passage d'un droit dit efficace puisque centralisé à un droit en réseau et d'interdépendance se meut simultanément à des changements plus généraux qui s'observent au sein même de la sphère étatique. À cet égard, le postmodernisme supporte notre réflexion.

Pour les postmodernistes, le droit ne peut plus être réfléchi dans l'aveuglement des fictions de la modernité (mono-souveraineté étatique, hiérarchie, cohérence, linéarité, mono-rationalité). La pensée postmoderne pose le réel en regard d'une multitude de perspectives,

⁵⁵ Brouillet, « La dilution », *supra* note 21; Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 60-83; Eugénie Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? » (2011) 54-21 SCLR 601-32.

⁵⁶ David Robitaille, « Le Transport interprovincial sur le territoire local: vers un nécessaire équilibre » (2015) 20 Rev Const Stud 76-117; David Robitaille, « Le fragile équilibre des intérêts locaux et nationaux dans l'interprétation de la compétence fédérale sur l'aéronautique: l'exemple du parachutisme » (2019) 28:3 Constit Forum 19-30; David Robitaille, « Fascicule 22 : Le local et l'interprovincial – Municipalités, transports et communications », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, JCQ *Droit constitutionnel*.

dont la considération des particularités locales qui est l'un des ingrédients d'une organisation des pouvoirs plus complexe, fluide et coordonnée.

Ainsi, pour être en mesure d'identifier et de donner un sens aux principaux obstacles à un renforcement des compétences locales par le pouvoir judiciaire, nous nous appuyons sur un cadre de pensée en mesure de traduire les mutations profondes du droit et de l'État. À cet égard, en France, la réflexion de André-Jean Arnaud, Jacques Chevallier et Jacques Commaille sur l'État postmoderne, et au Québec, les écrits de Karim Benyekhlef sur le droit postmoderne, sont particulièrement éclairants.

Selon ces auteurs, l'architecture de l'État moderne subit des transformations qui semblent conduire à la recherche d'un nouvel équilibre des pouvoirs⁵⁷. C'est entre autres la complexité de certains enjeux, tels l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement local, qui imposent ce changement de paradigme⁵⁸.

Pour André-Jean Arnaud, l'État moderne se décrit suivant huit « faisceaux de concepts » : l'unité de la raison juridique, l'abstraction et l'axiomatisation du droit, la simplicité et la sécurité des relations juridiques, l'universalisme, et la séparation de la société civile et de l'État⁵⁹. Il présente ensuite la conception postmoderne de l'État comme une « image inversée »⁶⁰ de la modernité juridique. Ce paradigme se caractérise par l'appréhension des relations juridiques dans le cadre complexe de « logiques éclatées »⁶¹. Il se définit par le relativisme, l'acceptation du décentrement du sujet, la pluralité des rationalités et le risque qui y est attaché, le pragmatisme et le retour à la société civile⁶². En prenant ces nouveaux points d'ancrage, nous franchissons le seuil de la pensée juridique postmoderne⁶³.

En effet, l'observation que des changements s'opèrent au sein même de la sphère étatique suppose ce passage vers une pensée juridique postmoderne. Ces changements se traduisent entre autres par l'émergence de nouveaux foyers de normes, dont, au premier

⁵⁷ André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998; Chevallier et Commaille, *supra* note 42; Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

⁵⁸ Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 107.

⁵⁹ Arnaud, « Entre modernité et mondialisation », *supra* note 57 à la p 168.

⁶⁰ *Ibid* à la p 168.

⁶¹ *Ibid* à la p 168.

⁶² *Ibid* à la p 168.

⁶³ *Ibid* à la p 148; Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, Paris, Édition de Minuit, 1979.

chef, l'institution municipale. Ces nouveaux îlots de droit, aptes à produire des règles, infléchissent bien souvent la cohérence et la centralité de l'État moderne de par des logiques qui leur sont propres⁶⁴.

Bien que nous adhérons à cette façon de poser le réel, nous tenons à spécifier que nous ne prétendons pas ici qu'il existe une théorie juridique postmoderne. Nous concevons, avec K. Benyekhlef, le postmodernisme comme une critique du modernisme. Le raccorder promptement à une théorie « se révèle un exercice moderne aux antipodes de l'esprit et de l'humeur postmodernes. »⁶⁵ La contribution de la pensée postmoderne dans le contexte juridique se veut donc « descriptive », au sens sous où elle « permet non pas de prescrire un régime, mais de décrire des situations ou des conditions qui ne se prêtent pas à un encadrement juridique moderne (classique). »⁶⁶

Les effets de la postmodernité en droit se font ainsi sentir chronologiquement et matériellement⁶⁷. Chronologiquement en ce qu'elle représente d'abord une périodisation historique, soit l'époque qui succède la modernité⁶⁸. Matériellement, au sens où la postmodernité agit épistémologiquement sur le raisonnement juridique, en déconstruisant, avec mesure, entre autres, les fictions juridiques de la modernité et ce, pour cerner de manière évocatrice ses contradictions, ses incohérences, ses hiérarchies⁶⁹.

Dans une perspective purement « diachronique », c'est-à-dire « ce moment qui succède au moderne », les transformations de l'État moderne découlent d'une remise en cause d'un de ses postulats les plus fondamentaux, soit le concept de souveraineté étatique⁷⁰. Cette remise en cause permet d'éclaircir et, par le fait même, de contester certains ombrages de la pensée juridique moderne. Dès lors, « [l]a légitimité du droit ne semble plus reposer sur la souveraineté, expression de la volonté générale, mais sur une forme d'efficacité qui emprunte plus au discours économiste que classiquement juridique. »⁷¹

⁶⁴ Arnaud, « Entre modernité et mondialisation », *supra* note 57 à la p 157.

⁶⁵ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 404.

⁶⁶ *Ibid* à la p 404.

⁶⁷ *Ibid* à la p 402.

⁶⁸ *Ibid* à la p 402.

⁶⁹ *Ibid* aux pp 402 et 411.

⁷⁰ *Ibid* à la p 415.

⁷¹ *Ibid*.

De cette situation, les phénomènes juridiques ne peuvent plus être abordés dans l'aveuglement des préconçus du droit positif. En effet, ils doivent plutôt être lus dans une ouverture à l'existence d'un droit davantage global au sein duquel « l'empire du droit [positif] se réduit et son empreinte s'étiole au projet de normativités qui n'empruntent plus les voies juridiques usuelles [nos soulignements] »⁷² ; d'où la raison pour laquelle les postmodernistes ont fréquemment recours au terme « gouvernance »⁷³. Cela permet donc d'expliquer la « dissolution des méta-récits qui fondent la modernité et nos sociétés » tout en instruisant la postmodernité⁷⁴.

Les normativités émergentes⁷⁵ auxquelles K. Benyekhlef fait référence sont, pour n'en nommer que quelques-unes, les usages et les pratiques du commerce international, les politiques (codes) d'entreprises, ou encore, les ententes partenariales⁷⁶. L'échelle municipale jongle couramment avec ces normativités émergentes. Prenons en exemple l'outil de planification suivant, le schéma d'aménagement et de développement (schéma).

La nature juridique de ce document de planification régionale fait débat⁷⁷. Sa procédure d'adoption, son maintien en vigueur et sa révision amènent à penser qu'il s'assimile

⁷² *Ibid* à la p 420.

⁷³ Pour K. Benyekhlef « Ce nouveau régime entend réunir les parties prenantes afin de dessiner des normes, des ententes, des stratégies qui doivent renouveler les conceptions de l'État et de ses missions [note omise]. En effet, la gouvernance soustrait à la représentation nationale, dûment élue, certaines de ses prérogatives au nom de cette nouvelle approche et de l'idée de proximité qui suppose que les acteurs au premier chef concernés seront les meilleurs passeurs d'une politique et d'une normativité à établir [note omise]. Ces nouveaux cadres de gouvernance normative ne passent pas toujours d'ailleurs par la voie juridique classique et on peut alors dire, avec Daniel Mockle, qu'il s'agit de gouverner sans droit [note omise]. » dans *Ibid* à la p 418.

⁷⁴ *Ibid* à la p 415.

⁷⁵ Un autre exemple de normativités émergentes est les Ententes sur les répercussions et les avantages (ERA). Ces ententes, signées entre les entreprises d'exploitation des ressources naturelles ou d'énergie et les Premières Nations ou les municipalités, consignent des règles de droit privé quant à l'utilisation des terres publiques. Les ERA peuvent être assimilées à ce que K. Benyekhlef et bien d'autres auteurs nomment le « droit négocié », donc une démonstration que l'État n'est plus l'unique détenteur du pouvoir de faire des normes. Voir : *Ibid* aux pp 733 à 782. Plusieurs auteurs se sont penchés sur la qualification juridique de ce type d'entente, qui à ce jour reste ambiguë. Voir: Geneviève Motard, « La dimension collective des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé » (2019) 60 :2 C & D 395. Voir aussi, Marie-Claude Prémont, « La justice négocie de l'énergie éolienne au Québec » (2019) 60 :2 C & D 327.

⁷⁶ Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation* 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015 aux pp 733 à 782.

⁷⁷ Dans sa décision *Hartel Holdings c Calgary (Ville de)*, [1984] 1 RCS 337 à la p 340, la Cour suprême du Canada qualifiait le schéma régional « [d']énoncés politiques qui formulent des propositions relatives à l'aménagement futur ». Quelques années plus tard, la Cour d'appel du Québec, dans un *obiter dictum*, confirmait cette conclusion, en associant le schéma à une directive, voir *Recyclage Saint-Michel Inc c Municipalité de Saint-Michel*, JE 96-1242 (CA).

davantage à un règlement qu'à une directive ou à un énoncé politique⁷⁸. Or, il ne peut non plus être qualifié de règlement au sens strict, notamment en raison de son caractère imprécis⁷⁹. En effet, selon les attributs traditionnels du règlement administratif, celui-ci se doit d'être précis⁸⁰. Pour cette raison, certains lui donnent le qualificatif de « créature » *sui generis*⁸¹. Néanmoins, ses effets normatifs en droit de l'aménagement du territoire sont non négligeables. Ce document normatif *sui generis* est le résultat d'un travail de concertation entre les municipalités régionales de comté (MRC) et le ministère des Affaires Municipales et de l'Habitation (MAMH) quant aux grandes orientations du développement territorial régional⁸². Une fois adopté, les municipalités sont dans l'obligation de modifier leur plan de zonage de manière à se conformer à ses objectifs et orientations⁸³. Le schéma, créature *sui-generis* mais à portée juridique, crée donc indirectement des effets sur les comportements en société, au sens où les règlements municipaux, qui doivent s'y conformer, sont opposables au tiers.

Ignorer l'existence de ces phénomènes normatifs émergents implique aussi de renoncer à la possibilité d'en comprendre l'essence, la logique, sans l'interférence et l'intervention de préconceptions⁸⁴. Dans la même optique, aussi rudimentaire que cela puisse paraître, reconnaître une diversité d'îlots productifs de normes est une occasion de se familiariser avec les notions et les effets de ces domaines émergents dont les conséquences sur l'orientation des sociétés et surtout, sur l'habitation du territoire, ne peuvent être ignorés. S'inspirer des perspectives du postmodernisme rend possible la juste prise en compte de ces phénomènes.

La pensée postmoderne en droit, ou, disons, le droit postmoderne, vient ramifier davantage le droit moderne. En effet, la hiérarchie des normes se fait vraisemblablement bousculer par (la réalité de) l'émergence d'une pluralité d'ordres juridiques. Cette réalité modifie les fondations sur lesquelles le droit moderne a été édifié⁸⁵, celles-ci étant essentiellement « un

⁷⁸ LeChasseur, *supra* note 1 aux pp 254-256; Jacques L'Heureux, « Nature et effets d'un schéma d'aménagement et d'un plan d'urbanisme » (2001) 31:1 Rev Droit Univ Sherbrooke 3-77 à la p 26.

⁷⁹ LeChasseur, *supra* note 1 à la p 156.

⁸⁰ *Ibid* à la p 156.

⁸¹ *Ibid* à la p 156.

⁸² LAU, *supra* note 25, arts 5, 53.7 à 53.9, 56.14, 56.16.

⁸³ *Ibid* art 33.

⁸⁴ Benoît Frydman et Gregory Lewkowicz, « Les codes de conduite : source du droit global », dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées. Vol 3 – Normativités concurrentes*, Bruxelles, Anthemis et Université Saint-Louis, 179 à la p 208.

⁸⁵ Chevallier et Commaille, *supra* note 42 aux pp 105 et ss.

ensemble cohérent, intégré [et] monolithique »⁸⁶ de normes. L'État « polycentrique »⁸⁷ décrit ci-haut constitue certainement un défi de premier ordre pour l'organisation normative pyramidale léguée par le « positivisme étatique et juridique issu de la philosophie "moderne" »⁸⁸.

S'impose alors le passage de la verticalité d'un ordre juridique hiérarchisé vers un horizon de possibilités, donc une décentralisation des pouvoirs qui se veut plus qu'une simple délégation à « titre gracieux » et potentiellement, sous tutelle. De cette décentralisation, se manifestent différentes échelles d'intérêts, entre autres, publics, qui coexistent suivant une véritable logique de subsidiarité. Dès lors, le droit n'est plus pensé dans le mythe moderne que les règles ont « vocation à la perpétuité », dit autrement, par un formalisme⁸⁹.

Conséquemment, le juge compose avec un phénomène nouveau, celui de l'« éclatement de l'État moderne », pour reprendre l'expression imagée avancée par J. Chevallier et J. Commaille. Les interactions et les indéterminations⁹⁰ qui caractérisent ces changements suscitent de « délicats problèmes d'ajustement des compétences entre les ordres juridiques »⁹¹. Chaque îlot de droits prend « des décisions dotées de la force obligatoire attachée aux énoncés juridiques, en fonction des besoins propres du secteur qu'[il] est chargé de réguler. »⁹² Le « savoir et la vérité » ne sauraient dès lors correspondre à une réalité objective⁹³. D'une part, le savoir se veut local, soit ancré dans un contexte, dans une communauté, dont les conditions diffèrent non pas uniquement d'un pays à l'autre, mais d'une région à l'autre, d'une ville à l'autre⁹⁴. D'autre part, la vérité est de ce fait le résultat d'un acte interprétatif variant en fonction du conditionnement de l'interprète, sur les aspects culturels, politiques, historiques de son existence⁹⁵.

⁸⁶ *Ibid* à la p 157.

⁸⁷ Arnaud, « Entre modernité et mondialisation », *supra* note 57 à la p 160; Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 106.

⁸⁸ Arnaud, « Entre modernité et mondialisation », *supra* note 57 à la p 164.

⁸⁹ *Ibid* à la p 164.

⁹⁰ *Ibid* à la p 15.

⁹¹ *Ibid* à la p 167.

⁹² *Ibid* à la p 157.

⁹³ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 409.

⁹⁴ *Ibid*.

⁹⁵ *Ibid*.

C'est dans ce contexte, nous l'admettons, vertigineux, que certains ont observé que nos sociétés passent ainsi d'une régulation simple à une régulation complexe⁹⁶. Cette complexité est contemplée par la « coexistence de divers systèmes juridiques », explique A. Arnaud, puisque « chacun d'entre eux possède sa propre rationalité »⁹⁷. Depuis ces apports de la pensée juridique postmoderne, nous pouvons tracer un pont (un rhizome) vers le pluralisme juridique, qui permet d'appuyer cette réflexion et la question de ses effets est ainsi posée.

La théorie du pluralisme juridique insiste sur « l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques »⁹⁸. Elle permet de mettre l'accent sur les rapports de concurrence et de complémentarité plutôt que sur les traditionnels rapports hiérarchiques entre le droit local, d'un côté, et les droits fédéral et provincial de l'autre. Ainsi, au lieu d'aborder les ordres normatifs sous l'effet d'une seule interaction, celle de la subordination, les rapports en droit peuvent relever de la coordination ou de l'interdépendance⁹⁹. Cette conception du droit permet de comprendre les interactions entre les agents sur une base relationnelle plutôt que hiérarchique.

En terminant sur ce condensé du postmodernisme, un passage de la Cour suprême illustre brillamment les limites de l'approche traditionnelle et hiérarchisée des rapports en droit qu'entretiennent les paliers municipal et fédéral en aménagement du territoire. Dans l'arrêt *Lafarge*¹⁰⁰ où il s'agissait de répondre à la question de la constitutionnalité de l'application d'un règlement de zonage municipal aux projets d'aménagement du port de Vancouver, les juges Binnie et LeBel écrivent :

Le risque de conflit en matière d'aménagement mixte du territoire sur les fronts de mer urbains reste considérable. À Hamilton, d'après litiges entre la ville et les commissaires du port de Hamilton au sujet du pouvoir de réglementer l'utilisation des sols dans le secteur portuaire ont duré presque aussi longtemps que la guerre de Trente Ans, après s'être ouverts dans les années 1960 par le scandale des travaux de dragage dans le port de Hamilton (dont les aspects criminels ont finalement été examinés dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662). Plus récemment, la ville de Mississauga, exprimant sa frustration de voir ses procédures d'aménagement écartées lors de l'agrandissement de l'aéroport Pearson à Toronto, a menacé de suspendre les services d'incendie; voir *Greater Toronto Airports Authority c.*

⁹⁶ Arnaud, « Entre modernité et mondialisation », *supra* note 47 à la p 165.

⁹⁷ *Ibid* à la p 165.

⁹⁸ André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 à la p 300.

⁹⁹ Romano, *supra* note 3 à la p 69; Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 65.

¹⁰⁰ *Lafarge*, *supra* note 9.

Mississauga (City) (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix. Par ailleurs, comme le démontrent les cas de l'aéroport maintenant quasi-abandonné de Mirabel et du projet abandonné de méga-aéroport à Pickering, l'aptitude du gouvernement fédéral de mettre en œuvre des infrastructures de transport sans la collaboration provinciale demeure sérieusement limitée. La collaboration fédérale-provinciale-municipale dans ces matières n'est pas inconstitutionnelle. Elle est essentielle.¹⁰¹

Alors que la Constitution, la loi suprême hiérarchiquement supérieure aux autres lois, ne trace pas les contours précis de la sphère fédérale par rapport à la sphère municipale, il devient dès lors pertinent d'observer la relation municipale-fédérale sous l'angle de la pensée postmoderne.

La pensée dialectique de François Ost et Michel Van de Kerchove, également tirée de l'idée d'un droit en réseau, peut servir de guide à cet égard. Pour ces auteurs, alors que la pensée juridique prend parfois « les allures d'un champ de bataille, et dans la lutte sans merci que se livrent les théories en "isme", [où] chacun est tenu de choisir son camp », la pensée dialectique, pour sa part :

[r]ésiste à cet embrigadement réducteur et invite à un changement de regard : et si la vérité tenait dans la tension des deux pôles (plutôt que dans le choix de l'un ou de l'autre), dans leur solidarité conflictuelle et leur intime articulation – comme si, à raison même de leur opposition, ils tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne se réduit ni à l'un ni à l'autre ?¹⁰²

Ainsi, l'apport du postmodernisme est plutôt de diversifier la mosaïque de pensées pour mieux approcher la complexité du réel plutôt que de supplanter et invalider les autres schémas du droit. La dialectique rend davantage hommage à l'apport du droit dans l'étude des phénomènes sociaux, tels les conflits de normes (ou dirons-nous, d'intérêts) en aménagement du territoire. C'est dire que le droit s'affiche comme une représentation plus juste du réel si le texte, les doctrines et principes constitutionnels ainsi que les faits entrent en dialogue, sans hiérarchie, sans prétention conceptuelle, sans préséance. Bien évidemment, le corolaire de cette approche est une perte de prévisibilité dans le raisonnement juridique. Il s'agit dès lors d'ordonner le pluriel, ce qui suppose l'identification et la conciliation d'objectifs communs¹⁰³. Parmi ces objectifs, pour les questions d'aménagement du territoire, il y a très certainement la protection de l'environnement.

¹⁰¹ *Ibid* au para 38.

¹⁰² Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 38.

¹⁰³ Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit- Le relativisme et l'universel*, Paris, Seuil, 2004 aux pp 19-20 ; Chevallier et Commaille, *supra* note 42 aux pp 172 et 173.

6. APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE : L'APPROCHE HERMÉNEUTIQUE, UNE FENÊTRE DU DROIT POSTMODERNE

L'approche théorique postmoderne préconisée est ici combinée, sur le plan méthodologique, à l'approche herméneutique axée sur l'analyse jurisprudentielle. Cette méthode interprétative (l'approche herméneutique) consiste à aborder les décisions judiciaires en regard des différentes perspectives sous-jacentes à un conflit de normes constitutionnel en aménagement du territoire, et à proposer une analyse de celles-ci par la pensée dialectique. Dans le cadre de cet exercice, ne nous intéressent que les décisions dans lesquelles les tribunaux ont été amenés à balancer des normes municipales avec celles du législateur fédéral. De plus, notre recherche est circonscrite aux décisions en matière de contrôle judiciaire des règlements ayant pour finalité la protection de l'environnement dans son sens le plus large. Notre attention se porte uniquement sur la dimension juridique des actions municipales en matière d'environnement, qui se concrétise, entre autres, au travers de leurs pouvoirs en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme.

En effet, dans ces décisions, les juges dessinent en quelque sorte les contours des compétences locales et, par le fait même, en érigent les limitations. Ceux-ci disposent donc d'une marge de manœuvre discrétionnaire très importante. Or, cette dernière semble être utilisée, le plus souvent, comme un frein à la configuration du droit et de la « gouvernance » mise en relief par la théorie du droit en réseaux et de l'État postmoderne.

Notre attention est portée sur les décisions de la Cour suprême ayant interprété le partage des compétences, et ce, lorsqu'une intervention municipale en aménagement du territoire a fait l'objet d'une contestation. Ce faisant, notre analyse cherche aussi à déterminer si les tendances jurisprudentielles actuelles en matière de contrôle de la constitutionnalité des règlements municipaux sont conformes au principe de subsidiarité. Dans cette optique, la pensée juridique postmoderne et le droit postmoderne enrichissent les réflexions déjà entamées par la pensée juridique moderne. En diversifiant les perspectives, les points de vue, nous sommes en mesure d'apprécier une situation sur une base relationnelle et conversationnelle, plutôt que hiérarchique; ce qui nous semble nécessaire au développement d'un droit municipal d'aménagement du territoire véritablement fondé sur une logique de subsidiarité.

Suivant une approche, à bien des égards, herméneutique, nous considérons « l'application du droit comme des activités rationnelles et imaginatives qui contribuent, par une interaction particulière entre le texte et le contexte auquel l'interprète [...] est partie prenante, à l'élaboration d'une solution juste dans des situations humaines concrètes. »¹⁰⁴

En regard de cette définition, à titre d'exemple, une attention particulière au contexte et aux faits dans lesquels s'inscrit l'interprétation donnée à la subsidiarité et aux pouvoirs municipaux, ainsi qu'aux autres principes enchâssant la conception de la hiérarchie des normes, s'impose.

7. PLAN DE DÉMONSTRATION

Pour démontrer qu'une véritable application du principe de subsidiarité au profit des communautés locales en aménagement du territoire et environnement local implique le passage d'un droit efficace et hiérarchisé vers un droit en réseau, nous examinerons, dans un premier chapitre, l'influence d'une pluralité d'éléments normatifs dans le raisonnement juridique constitutionnel de la Cour suprême en aménagement du territoire. Singulièrement, deux approches, l'approche dualiste et l'approche fonctionnelle, issues respectivement des conceptions d'un fédéralisme classique puis d'un fédéralisme moderne (ou coopératif), orientent la fédération canadienne et, par le fait même, façonnent la lecture et la compréhension des principes du fédéralisme et de la subsidiarité en droit canadien.

Dans un deuxième chapitre, nous discuterons des fondements et de la logique de l'approche fonctionnelle. Présentement, cette dernière est l'approche dominante en matière de partage des compétences, particulièrement en ce qui a trait aux conflits de normes en aménagement du territoire. Cependant, l'efficacité législative, pivot de cette logique, menace le potentiel conceptuel des principes du fédéralisme « coopératif » et de la subsidiarité. Pourtant, la conceptualisation est indispensable à la fécondité du droit, particulièrement dans les litiges impliquant des revendications locales en aménagement du territoire et en environnement local. C'est pourquoi nous jugeons pertinent de s'imprégner de la pensée juridique postmoderne et dialectique, qui ouvre les raisonnements juridiques à une pluralité de perspectives.

¹⁰⁴ Kristin Bartenstein et Christelle Landheer-Cieslak, « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s)? » dans Alexandre Fluckiger et thierry Tanquerel, dir, *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, 2015 à la p 97.

Enfin, dans un troisième chapitre, nous exposerons concrètement comment la Cour suprême du Canada définit l'apport normatif du principe de subsidiarité dans les contentieux constitutionnels en matière de partage des compétences. Cette analyse montre qu'il existe présentement deux visions divergentes de la subsidiarité, une première qui se veut décentralisatrice des pouvoirs et une deuxième qui se veut centralisatrice des pouvoirs. Nous concluons que la première est plus fidèle à l'essence même du principe de subsidiarité, et de façon plus générale, à la logique interne d'un État fédéraliste. En prenant la jurisprudence de l'aéronautique comme cas d'étude, il est néanmoins possible de déceler l'influence d'une voix minoritaire qui tend à intégrer une logique de subsidiarité (dans sa conception décentralisatrice), dans le raisonnement judiciaire du partage des compétences en aménagement du territoire. Il n'est reste pas moins que la tendance dominante actuelle ne fait pas échos aux intérêts locaux, ni d'ailleurs au fédéralisme et à la subsidiarité, par opposition à un changement d'attitude observée dans le raisonnement de la Cour suprême dans les litiges constitutionnels en environnement. En effet, cette dernière semble reconnaître pour cette matière concurrente la nécessité d'une action multiniveau; d'où la l'importance de rappeler l'interdépendance entre ces deux matières (aménagement du territoire et environnement).

Chapitre 1 Le fédéralisme classique, l'approche dualiste et la recherche d'un équilibre des pouvoirs entre le local et le fédéral

Pour identifier la place qu'accordent les juges à l'intérêt municipal en aménagement du territoire, il faut d'abord s'en remettre aux fondements constitutionnels de cette compétence.

L'ordre constitutionnel canadien ne protège pas explicitement les pouvoirs des municipalités. Leurs pouvoirs relèvent des provinces en vertu des paragraphes 8, 13 et 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confèrent à ces dernières la compétence sur les « institutions municipales », sur « la propriété et les droits civils » et sur « les affaires locales »¹⁰⁵. C'est donc en vertu de ces dispositions constitutionnelles que les provinces ont créé les municipalités, pour ensuite leur déléguer des pouvoirs en matière d'aménagement du territoire et d'environnement.

N'empêche que les tensions entre la dimension sociale locale et la dimension économique nationale en aménagement du territoire et en environnement local se font sentir sur le plan constitutionnel. Cette dynamique est conséquemment régie par le partage des compétences consigné dans la Constitution, à l'origine de l'organisation étatique canadienne sous la forme d'une fédération. C'est pour cette raison qu'il est essentiel d'explorer, dans un premier temps, les dimensions théorique et pratique du fédéralisme et du partage des compétences, qui seront par la suite accointées au principe de subsidiarité. Cette première analyse contribue à la compréhension du rôle du judiciaire dans la distribution des pouvoirs entre le local et le national en aménagement du territoire.

Ce sont les aspects théoriques du fédéralisme qui apporteront, dans un deuxième temps, lumière à l'analyse des conséquences de l'interprétation judiciaire des articles 91 et 92 de la loi de 1867 sur la prise en considération des enjeux locaux en aménagement du territoire et en environnement. À ce jour, deux approches interprétatives ont été mobilisées pour interpréter le partage des compétences: l'approche classique et l'approche fonctionnelle, cette dernière étant l'approche présentement dominante.

Même si l'efficacité, l'une des deux dimensions de la subsidiarité, soit devenue une réelle figure de proue du fédéralisme moderne, nous verrons que l'approche fonctionnelle n'est

¹⁰⁵ *Loi Constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4 arts 92 (8), (13) et (16).

qu'une perspective parmi d'autres. En effet, en marge et dans les interstices du texte et des principes du fédéralisme et de la subsidiarité se profile la pensée juridique dialectique, issue d'un droit en réseau, d'un droit postmoderne.

1.1 ASPECTS THÉORIQUES DU FÉDÉRALISME ET DU PARTAGE DES COMPÉTENCES

Le partage des compétences, consigné entre autres aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁶ a été rédigé en des termes généraux référant par ailleurs à la réalité économique et politique d'une époque : le 19^e siècle. Pour ces raisons, entre autres, la compréhension du texte constitutionnel implique un important exercice d'interprétation, tâche qui relève du pouvoir judiciaire.

L'interprétation judiciaire façonne la direction dans laquelle évolue la fédération canadienne, particulièrement lorsque le juge est sollicité en cas de chevauchement de normes entre les ordres gouvernementaux. L'attitude des tribunaux, et singulièrement, l'approche interprétative qu'ils adoptent, ont pour corollaire la prise en compte ou le rejet des revendications locales en aménagement du territoire.

1.1.1 Une distribution du pouvoir non étrangère à la subsidiarité

L'entité fédérale (dans un État fondé sur le principe du fédéralisme) résulte du besoin de diverses communautés partageant un territoire de s'unir, tout en gardant une autonomie sur certaines matières¹⁰⁷. D'un point de vue théorique, le fédéralisme est donc un principe dialectique qui se veut simultanément centralisateur et décentralisateur du pouvoir. Il se présente comme une entente, un pacte¹⁰⁸, qui accommode ces volontés opposées¹⁰⁹.

Le fédéralisme, en tant que pacte entre deux volontés opposées, a pour résultante la recherche d'un équilibre des pouvoirs. Cet équilibre, par son essence même altérable, doit être compris comme un processus perpétuel, et non comme un état statique et immuable¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation : L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery (Québec), Septentrion, 2005 à la p 76; *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, [2007] 2 RCS 3 para 22 [BCO].

¹⁰⁸ « À la racine du mot " fédéralisme ", il y a foedus, qui signifie le pacte. » Voir Guy Héraud, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presse d'Europe, 1968 à la p 63.

¹⁰⁹ BCO, *supra* note 107.

¹¹⁰ Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 à la p 72.

Il s'agit d'un phénomène en adaptation continue, d'une trajectoire, oscillant entre deux besoins, « l'unité et le particularisme »¹¹¹.

a) Les conditions d'existence d'une fédération

Dans une perspective moins abstraite, moins conceptuelle, E. Brouillet résume en quatre éléments les conditions d'existence d'un État fédératif : le partage de la fonction législative, l'autonomie des pouvoirs, le constitutionnalisme et l'interprétation du texte constitutionnel par le pouvoir judiciaire¹¹².

Le premier élément, soit le partage de la fonction législative¹¹³, impartit une répartition du pouvoir entre les deux ordres de gouvernement, chacun autonome dans ses sphères de compétences exclusives¹¹⁴. Au Canada, tel que mentionné, ce partage des compétences est prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁵.

b) La subsidiarité dans la recherche d'un équilibre fédératif

À propos du choix de la distribution des pouvoirs, Peter Hogg explique que les articles 91 et 92 de la loi de 1867 reflètent à bien des égards, de par leur structure originelle, une logique de subsidiarité¹¹⁶. En effet, le principe de subsidiarité reconnaît d'une part que les institutions locales sont les mieux placées pour mettre en œuvre des législations qui affectent la vie quotidienne des citoyens, et de façon subsidiaire, impose au pouvoir central d'intervenir lorsque *nécessaire*.

Par exemple, au Canada, l'union économique est l'un des principaux facteurs centripètes à l'origine de la fédération¹¹⁷. La Constitution attribue exclusivement au Parlement fédéral les

¹¹¹ Orban Edmond, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible?*, Montréal, Québec/Amérique, 1984 à la p 179; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la 412.

¹¹² Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 à la p 80; voir également Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 aux pp 413 à 417.

¹¹³ Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 à la p 80; *Loi Constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4 arts 91 et 92.

¹¹⁴ Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 à la p 80.

¹¹⁵ *Loi Constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4.

¹¹⁶ Peter Wardell Hogg, « Subsidiarity and the Division of Powers in Canada » (1993) 3 NJCL 341 à la p 346.

¹¹⁷ Le choix d'un régime fédératif résulte de la présence de facteurs agrégatifs (ou centripètes) et de facteurs ségrégatifs (ou centrifuges) au sein de certaines collectivités. Les facteurs historiques agrégatifs, donc justifiant l'union entre des collectivités autonomes sont, par exemple, le besoin de sécurité, la nécessité de créer un marché commun ou la présence de similitudes entre les institutions

pouvoirs sur les transports internationaux et interprovinciaux, les communications, les échanges et le commerce, les douanes et l'accise, les banques ou encore, la monnaie, tous nécessaires pour convertir, anciennement les colonies autonomes, en une union économique.

Or, les pouvoirs qui affectent la vie quotidienne des individus ont été dévolus pour l'essentiel exclusivement aux législatures provinciales, qui ont compétence sur la propriété, les institutions municipales, les hôpitaux et l'éducation, les droits civils, les tribunaux et la police. L'aménagement du territoire, délégué par la province aux municipalités, est une matière qui affecte la vie des citoyens au quotidien et ce, principalement en raison de ses impacts environnementaux.

Face à ces constatations et aux logiques internes du régime fédéral canadien, il est loisible, suivant P. Hogg, de rapprocher partage des compétences et subsidiarité. Plus encore, les affinités entre la subsidiarité et le fédéralisme sont manifestes. Tout comme le fédéralisme, la subsidiarité contribue à la recherche d'un équilibre dans la répartition du pouvoir. C'est une notion qui participe à la complexe adéquation entre les pouvoirs du centre et des entités décentralisées ; tout en gardant le centre d'envahir illégalement les pouvoirs décisionnels des entités décentralisées sur les matières qui relèvent de leurs champs de compétence¹¹⁸. Nous reviendrons plus en profondeur sur les symétries et les antagonismes entre ces deux modes d'organisation.

1.1.2 L'influence de l'interprétation judiciaire sur l'orientation du fédéralisme canadien

Trois des quatre conditions présentées par E. Brouillet, soit le partage des compétences, le caractère pleinement autonome de chaque ordre gouvernemental dans ses champs de compétences et sa légitimité du fait que le partage est consigné dans la Constitution¹¹⁹ peuvent sembler à première vue rudimentaire et univoque. Or, confrontée à la complexité

politiques et sociales. En revanche, des facteurs ségrégatifs président également l'union fédérative. Les forces centripètes sont notamment les intérêts économiques divergents, une conscience régionale bien ancrée en raison d'un certain isolement géographique des collectivités ou encore, le vécu d'une existence politique séparée antécédente à l'union fédérative. Voir Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 aux pp 78 et ss. Voir également Edmond, *supra* note 111 à la p 461; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 aux pp 413 et ss.

¹¹⁸ George A Bernmann, « Subsidiarity in the European Community » (1993) 17:1 HICLR 97-112 à la p 98.

¹¹⁹ Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 à la p 80.

de certains enjeux, l'imbrication de ces trois éléments peut être interprétée et édiflée de manière hétérogène. C'est pourquoi le rôle du juge, qui représente la quatrième condition, est primordial dans l'orientation de la fédération. En effet, c'est aux tribunaux que revient la tâche d'interpréter et de faire évoluer les règles du partage des compétences. L'autonomie réciproque du fédéral et des provinces (et des municipalités) est donc particulièrement tributaire de l'interprétation judiciaire¹²⁰.

En matière constitutionnelle, les juges disposent à cet égard d'une marge discrétionnaire importante¹²¹; leur interprétation est dite « constructive », « évolutionniste », « créatrice de sens »¹²². En effet, les termes utilisés dans le texte constitutionnel sont généraux, flous, et conséquemment, fournissent rarement des règles précises¹²³. L'« indétermination et l'insuffisance » du texte constitutionnel, pour reprendre les propos de Vilaysoun Loungnarath :

[...] créent un espace à l'intérieur duquel la décision judiciaire n'est plus objectivée par le raisonnement juridique ou la lettre de la disposition constitutionnelle. Lorsque le juge évolue dans cet espace, il est inévitable que certaines de ses valeurs politiques pénètrent et infléchissent le droit.¹²⁴

Il fallait quelque part s'y attendre puisque ce n'est pas en deux articles que peuvent être départagées distinctement l'ensemble des affaires étatiques.

Pour rendre compte du caractère politique de l'intervention judiciaire, entendu ici « au sens de règlement des affaires de la cité »¹²⁵, certains associent le juge au « ministre du sens »¹²⁶, d'autres ont parlé de « jurisprudentialisation du droit »¹²⁷ ou encore de « gouvernement des juges »¹²⁸. F. Ost et M. Van de Kerchove font remarquer « qu'un autre indice de la montée

¹²⁰ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 430; Otis, *supra* note 21 à la p 264.

¹²¹ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1007.

¹²² Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 98.

¹²³ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 208; Eugénie Brouillet, *L'identité culturelle Québécoise et le fédéralisme canadien*, Grade de Docteur en droit (LL.D.), Faculté des études supérieures de l'Université Laval, 2003 à la p 388.

¹²⁴ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1007; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 387.

¹²⁵ Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 98.

¹²⁶ François Rigaux, « Le juge, ministre du sens » dans *Justice et argumentation - Essais à la mémoire de Chaim Perelman*, Bruxelles, Édition de L'Université de Bruxelles, 1986 aux pp 79 et ss cité dans Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 98.

¹²⁷ Marc Verdussen, « L'origine et la légitimité du Conseil supérieur de la justice », dans Marc Verdussen, dir, *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1999 aux pp 165 et ss cité dans Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 98.

¹²⁸ Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 98.

en puissance des juges vient renforcer ce soupçon de “ gouvernement des juges ” : c’est le fait que les juges, souvent à leur corps défendant, sont désormais en charge de litiges à caractère collectif et non plus simplement individuel »¹²⁹. Tel est le cas des joutes constitutionnelles entre les dimensions nationale et locale de l’environnement, le nerf de la guerre des contentieux constitutionnels en aménagement du territoire.

Dès lors, à titre d’interprète de la Constitution, donc du partage constitutionnel des compétences, la Cour suprême joue un rôle politique pour le moins vital en ce qui a trait à la direction dans laquelle évoluent les « arrangements constitutionnels originaires »¹³⁰ du fédéralisme canadien. Cette tâche est délicate puisque l’existence du lien fédératif commande à la fois une intégration juridique et la préservation d’une réelle autonomie des entités fédérées¹³¹. La préservation de cette autonomie assure la pérennité du pluralisme à l’origine même de l’union fédérative¹³².

Or, au Canada, cette marge de manœuvre du juge dans l’interprétation du partage des compétences a contribué à l’émergence de deux approches interprétatives. Ces dernières ont influencé (et influencent encore) l’orientation de la fédération canadienne. Il s’agit dans un premier temps, de l’approche dualiste associée à la conception classique du fédéralisme, et dans un deuxième temps, de l’approche fonctionnelle associée à la conception moderne du fédéralisme.

Alors que l’approche dualiste cherche à maintenir une certaine autonomie de chaque entité partie au régime fédéral dans ses champs de compétences exclusives, l’approche fonctionnelle quant à elle, est davantage préoccupée par des considérations d’efficacité législative¹³³. En regard des pressions exercées par ces approches sur la fédération canadienne, il devient intéressant de constater l’apport du principe de subsidiarité en droit constitutionnel canadien, et de sopeser ses effets sur les intérêts locaux en aménagement du territoire.

¹²⁹ *Ibid* à la p 99.

¹³⁰ Brouillet, « L’identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 303.

¹³¹ Otis, *supra* note 21 à la p 264.

¹³² *Ibid* à la p 264.

¹³³ Karazivan, *supra* note 22 à la p 433.

1.2 LE FÉDÉRALISME CLASSIQUE ET LES ENJEUX LOCAUX

Les articles 91 et 92 de la loi de 1867 sont rédigés en termes si généraux qu'ils laissent à l'interprète une marge discrétionnaire considérable. Cette remarque s'inscrit dans un constat plus général, soit celui que la constitutionnalité d'une loi (ou d'un règlement municipal) relève à sa face même, comme le font observer F. Ost et M. Van de Kerchove, de deux logiques simultanées :

[s]il peut s'interpréter comme une volonté de renforcer l'État de droit et de restaurer la pyramide juridique en garantissant la primauté de la Constitution à l'égard de la loi, on peut tout aussi bien montrer qu'il consacre une boucle étrange en faisant du juge constitutionnel le juge de la loi et, au moins dans une certaine mesure, le co-auteur de la Constitution.¹³⁴

La présence de ces logiques simultanées n'est pas le propre du droit moderne, qui se veut cohérent, hiérarchique. Ce constat marque donc une première tendance, embryonnaire certes, du droit postmoderne sur le plan constitutionnel. Il énonce réciproquement le rôle prédominant des juges dans l'évolution du fédéralisme canadien.

La tendance générale veut qu'en contexte judiciaire, le partage des compétences, au détriment des arguments de bien des juristes¹³⁵, s'acclimate aux impératifs économiques de l'ère postmoderne, et corrélativement, laisse pour compte les intérêts locaux en aménagement du territoire. Cette réalité nous permet d'affirmer qu'un fédéralisme en compartiment étanche répond, objectivement, davantage à l'essence du principe de fédéralisme (autonomie, équilibre, exclusivité des compétences).

Nous verrons ensuite en quoi l'approche fonctionnelle, centrale à l'interprétation contemporaine du partage des compétences, a tranquillement perverti le principe du fédéralisme, dans sa structure originaire; phénomène que certains ont proposé de nommer la « dilution »¹³⁶ du fédéralisme. Le changement d'approche des tribunaux à l'égard du partage des compétences peut s'expliquer notamment par la présence de pressions

¹³⁴ Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 21.

¹³⁵ Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P-A Crépeau et C B Macpherson, dir, *The Future of Canadian Federalism, Toronto/Montréal, University of Toronto Press, 1965* aux pp 117-118; Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1011 et ss; Brouillet, « La dilution », *supra* note 21; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 328; Leclair, *supra* note 21 à la p 438.

¹³⁶ Brouillet, « La dilution », *supra* note 21.

externes au droit, et c'est d'ailleurs ce que nous ferons valoir. Il n'en reste pas moins que la dilution du principe fédératif a tôt fait de nuire aux intérêts locaux.

L'idée n'est pas ici de défendre l'une ou l'autre des approches (dualiste ou fonctionnelle), mais plutôt d'accueillir l'influence qu'elles ont sur le droit constitutionnel et local. Néanmoins, nous nous permettons une remarque. À l'instar du juge Jean Beetz, nous questionnons cette « résignation » qui consiste à s'en remettre, à certaines fins, à des influences externes, et ce, à risque d'en arriver à la conclusion qu'il y a « faillite de la règle de droit »¹³⁷.

Ce bilan nous conduira à sonder l'apport en droit de certains concepts, notamment le fédéralisme coopératif et la subsidiarité. Ces principes s'inscrivent-ils dans le prolongement de la logique fonctionnelle, ou bien sont-ils des principes d'une tout autre nature?

1.2.1 La conception classique du fédéralisme et la décentralisation des pouvoirs

La conception classique du fédéralisme, abordée suivant une approche dite « dualiste »¹³⁸, suppose qu'une compétence exclusive ne doive pas faire l'objet d'un empiètement, même accessoire, de la part d'une législation qui relève de l'autre ordre gouvernemental, sous peine d'être déclarée invalide¹³⁹. Autrement dit, l'exclusivité des compétences ne reconnaît pas le chevauchement de normes¹⁴⁰, d'où la célèbre expression d'un partage en « compartiments étanches »¹⁴¹. Cette façon d'aborder le fédéralisme impose conséquemment une forme de coordination entre les ordres gouvernementaux¹⁴².

À bien des égards, cette conception de la fédération canadienne est l'héritage de la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé. Or, certains juges de la Cour suprême, par exemple, le juge J. Beetz, ainsi que bon nombre d'auteurs, trouvent cette approche encore à ce jour pertinente et fidèle au principe du fédéralisme¹⁴³. Par ailleurs, cette

¹³⁷ Beetz, *supra* note 135 à la p 137.

¹³⁸ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 aux pp 344 et 350.

¹³⁹ *Union Colliery Co of British Columbia c Bryden*, [1899] AC 580 à la p 588 ; *BCO*, *supra* note 107 au para 34; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 476.

¹⁴⁰ *Parents naturels c Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 RCS 751 à la p 764 [*Parents naturels*]; *BCO*, *supra* note 107 au para 34.

¹⁴¹ « Le navire de l'État s'engage maintenant dans de plus grandes aventures et dans des eaux étrangères, mais il conserve toujours les compartiments étanches qui constituent une partie essentielle de sa structure initiale » dans *A-G for Canada v A-G for Ontario*, [1937] AC 326 à la p 354 [*Labour Conventions Reference*].

¹⁴² Andrew Petter, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power » (1989) 68 Rev Bar Can 448 aux pp 448-449.

¹⁴³ Beetz, *supra* note 135 aux pp 117 et 118; Karazivan, *supra* note 22 à la p 423.

jurisprudence est couramment citée par la Cour suprême, particulièrement lorsque la constitutionnalité d'un règlement municipal fait l'objet d'un contentieux¹⁴⁴. C'est donc dire que la conception classique influence toujours le droit constitutionnel canadien, particulièrement en matière de partage des compétences.

L'interprétation du partage des compétences selon la conception classique du fédéralisme consiste à tracer une ligne de démarcation entre les sphères de compétences qui, par la force des choses, se retrouvent en compétition. C'est le cas, par exemple, du commerce et du transport nationaux versus l'aménagement du territoire et l'environnement local. Exceptionnellement, lorsqu'une matière peut être vue de deux perspectives normatives différentes, le Comité judiciaire a inséré en droit canadien la doctrine du double aspect, soit la reconnaissance dans certaines activités d'une coexistence de matières relevant exclusivement des provinces et de matières relevant exclusivement du Dominion¹⁴⁵. En ajoutant la théorie du double aspect à l'analyse judiciaire du partage des compétences, le Comité judiciaire se détache (exceptionnellement) de la conception classique du fédéralisme et jette les bases d'une conception moderne (coopérative) de ce même principe. Nous reviendrons dans le chapitre qui suit sur le fédéralisme moderne.

Pour mettre en œuvre un fédéralisme canadien reposant sur une approche dualiste, les tribunaux interprètent de façon littérale le partage des compétences¹⁴⁶. Selon cette vue, interpréter se veut un exercice déclaratoire et non constitutif de sens¹⁴⁷. L'interprète dualiste restreint ses préférences discrétionnaires de la distribution des compétences à la question de la localisation des limites d'empiètement d'une compétence sur une autre¹⁴⁸. La doctrine de l'exclusivité des compétences est ainsi centrale à la conception classique du partage des compétences. Cette tendance jurisprudentielle a dès lors pour résultat de préserver une certaine forme d'autonomie dans ce qui constitue le noyau dur ou intouchable de la compétence exclusive de chaque ordre de gouvernement.

¹⁴⁴ Voir notamment les références à la jurisprudence du Conseil privé dans *COPA*, *supra* note 7; *Châteauguay*, *supra* note 8.

¹⁴⁵ *Hodge v The Queen*, [1883] 9 AC 117 à la p 130.

¹⁴⁶ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 309.

¹⁴⁷ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 aux pp. 315 et 316; Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 386.

¹⁴⁸ Brouillet, « La dilution », *supra* note 21 à la p 35.

Au regard de leur analyse de la jurisprudence du Comité judiciaire, les auteurs E. Brouillet et V. Loungnarath¹⁴⁹ formulent le même constat : les juges adhérant à la conception classique, au premier chef, le Comité judiciaire, privilégie une interprétation atténuée de certains pouvoirs fédéraux notamment la compétence sur les échanges et le commerce¹⁵⁰ (article 91(2) *loi de 1867*) et le pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement¹⁵¹ (article 91 *loi de 1867*), pour ainsi éviter des empiètements indus du pouvoir central sur le contenu exclusif des compétences provinciales¹⁵². Dans plusieurs jugements, par ailleurs, le Comité judiciaire, notamment, insiste de ce fait sur le statut égal

¹⁴⁹ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1010.

¹⁵⁰ *Citizens Insurance Company of Canada v Parsons*, [1881-82] 7 AC 96 à la p 108 (dans cet arrêt, le Comité judiciaire déclare constitutionnelle - en vertu de la compétence sur la propriété et les droits civils des provinces (art 92(13) loi de 1867) - une loi ontarienne qui prescrit des conditions statutaires uniformes pour les polices assurance-incendie dans la province. Privilégiant une interprétation mutuelle, soit une interprétation des dispositions de la loi de 1867 les unes par rapport aux autres, les Lords imposent une limite aux termes « échanges et commerce » de l'art 91(2) loi de 1867. Selon le Comité judiciaire, ces termes ne comprennent pas la réglementation des contrats de commerce particulier dans la province. Les tribunaux britanniques font valoir que généraliser la compétence fédérale sur les échanges et le commerce risquerait un empiètement fédéral sur bon nombre de compétences exclusives provinciales telles que la faillite et l'insolvabilité, les banques, etc.); *Hodge v The Queen*, [1883] 9 AC 117 à la p132 (dans cet arrêt, le Comité judiciaire du Conseil privé reconnaît qu'un règlement local imposant certains permis aux tavernes dans la province est *intra vires* et n'empiète pas sur la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce. La portée de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce est ainsi restreinte.) Voir Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 aux pp 343 à 351.

¹⁵¹ *In re the Board of Commerce Act and Combines and Fair Prices Act*, [1922] 1 AC 191 [*Commerce Act*] et *Fort Frances Pulp and Power Co v Manitoba Free press*, [1923] AC 695 [*Pulp and Power*] (dans cet arrêt, des législations fédérales sur l'aspect local du commerce (*Commerce Act*) et sur les manufacturiers de journaux relevant des provinces en vertu de la compétence sur la propriété et sur le droit privé (*Pulp and Power*) sont déclarées *intra vires* uniquement en raison des circonstances exceptionnelles de l'époque, soit la Première Guerre Mondiale.); *Toronto Electric Commissioners v Snider*, [1925] AC 396 (dans cet arrêt, le Comité judiciaire refuse de reconnaître *intra vires* une loi fédérale qui établit des mécanismes d'arbitrage entre les patrons et les ouvriers d'industries vitales du pays (mines, agence de transport et communication). En regard de l'argument fondé sur la compétence du fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le tribunal anglais rappelle qu'un empiètement du fédéral sur une matière exclusivement provinciale ne peut être justifié que par des circonstances exceptionnelles qui mettent en péril l'intérêt national, par exemple, une guerre. Ainsi, la portée de la clause de la compétence du fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement est restreinte à la condition sévère de l'urgence.); *Labour Conventions Reference*, *supra* note 141 (dans cet arrêt, il est déclaré que l'incorporation en droit interne d'un traité international signé par le fédéral doit respecter le partage constitutionnel de compétence.) Voir Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 aux pp 353-357. Pour précision, le critère de l'urgence persiste jusqu'en 1946, dans *Ontario (AG) v Canada Temperance Federation*, [1946] QC 193, où on lui préfère celui de « goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole. » voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student éd., Toronto, Thomson Reuters, 2018 aux pp 17-8 à 17-20.

¹⁵² Notamment en ce qui a trait à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province (aux arts 92(13) loi de 1867) et la compétence sur toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (aux arts 92(16) loi de 1867).

et non pas subordonné dont jouissent les provinces dans une fédération et, sur leur autonomie dans leur champ de compétences exclusives¹⁵³.

Pour P.W. Hogg, l'interprétation généreuse du Comité judiciaire des pouvoirs provinciaux en matière de propriété privée et de droit civil, notamment, démontre en quoi le fédéralisme classique est le reflet d'une jurisprudence pénétrée d'une logique de subsidiarité¹⁵⁴. Ainsi, cette interprétation du fédéralisme se veut décentralisatrice. Selon l'opinion de bien des auteurs à laquelle nous souscrivons, elle se veut également plus fidèle au principe fédératif, au sens théorique¹⁵⁵.

En raison de cette volonté de maintenir, dans la majorité des cas, un régime fédératif décentralisé, la conception classique du fédéralisme, et par le fait même, la jurisprudence du Comité judiciaire, ont été les cibles d'importantes critiques venant majoritairement des auteurs Canadiens-anglais. En effet, certains qualifient l'approche dualiste de « révolution constitutionnelle »¹⁵⁶ puisque pour ces auteurs, elle déformerait la volonté originaire de constituer un régime fédératif hautement centralisé¹⁵⁷. À cet égard, E. Brouillet note :

C'est que le Comité judiciaire, au cours des années 1930, avait déclaré inconstitutionnelles plusieurs lois fédérales à teneur économique et sociale adoptées dans la foulée du New Deal du gouvernement Bennett.¹⁵⁸ Or, pour plusieurs juristes canadiens-anglais, les conditions modernes de la vie en société requéraient une concentration des pouvoirs entre les mains du Parlement

¹⁵³ Edmond, *supra* note 111 à la p 302; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 327.

¹⁵⁴ Hogg, « Constitutional Law (2018) », *supra* note 151 à la p 5-13.

¹⁵⁵ Beetz, *supra* note 135 aux pp 117-118; Brouillet, « La dilution », *supra* note 21; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 328; Leclair, *supra* note 21 à la p 438.

¹⁵⁶ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1010; Frank R Scott, « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951) 20 R du B can. 1095 à la p 1100.

¹⁵⁷ R Scott, *supra* note 156 à la p 1100 (référant notamment au pouvoir de désaveu du fédéral, à ses compétences résiduelles ou encore, au fait que les juges des tribunaux supérieurs soient nommés par le pouvoir central); Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1010. Voir aussi Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 311, citant Vincent Macdonald, «The Constitution in a Changing World» (1948) 26 Can Bar Rev 21 aux pp 28 à 30; Vincent Macdonald, « Judicial interpretation of the Canadian Constitution » (1935-36) 1 UTLJ 260 aux pp 260 à 267; W.P.M. Kennedy, « The Interpretation of the British North America Act » (1944) 8 CLJ 146 aux pp 156 et 157; Herbert A Smith, « The Residue of Power in Canada » (1926) 4 Can Bar Rev 432 à la p 433; Raphaël Tuck, « Canada and the Judicial Committee of the Privy Council » (1941-42) 4 UTLJ 33 aux pp 41 à 43; O'Connors, *Rapport au Sénat du Canada sur L'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1939 à la p. 11 : « [...] there are not any material différences between the scheme of distribution of legislative powers [...] as apparently intended at the time of Confédération and the like legislative powers as expressed by the text of Part VI of the B.N.A. Act 1867. ».

¹⁵⁸ *Labour Conventions Reference*, *supra* note 141; *A-G for Ontario v A-G for Canada*, [1937] AC 355; *A-G for British Columbia v A-G for Canada*, [1937] AC 377, tel que cités dans Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 311.

fédéral. Le professeur Kennedy s'exprime comme suit: « The complications of modern industry and of modern business will sooner or later demand national treatment and national action in the national legislature. »¹⁵⁹. Selon eux, les conditions modernes, sociales et économiques commandaient une domination du gouvernement fédéral dans le système fédératif canadien, ce que le Comité judiciaire n'a pas reconnu, comme nous le verrons ultérieurement. Ainsi, tout en n'écartant pas l'examen de la lettre de la Constitution comme étant un exercice pertinent, les critiques ont eu tendance à être hostiles au Comité judiciaire quand l'interprétation privilégiée de la Constitution créait un obstacle à leurs désirs et objectifs centralisateurs. [Soulignements de l'auteure]¹⁶⁰

En revanche, plusieurs auteurs font valoir que la conception classique et l'approche dualiste, qui protègent davantage l'autonomie des provinces, n'est rien d'autre qu'un corollaire nécessaire du principe fédératif prévu au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶¹. À leurs avis, critiquer la conception classique revient plutôt à remettre en question le choix des constituants d'opter pour un régime fédératif comme structure politico-juridique¹⁶². J. Beetz écrit à ce sujet :

[p]endant des années, l'on a prétendu, dans la littérature politique anglo-canadienne, que la constitution, telle qu'interprétée par le Conseil Privé, était mal faite, à refaire dans le sens d'une centralisation devenue fonctionnellement indispensable. [...] Le principe même du partage des compétences était battu en brèche, comme hostile à l'État et paralysant son intervention efficace.¹⁶³

Il nuance ensuite ses propos en constatant qu'au-delà du point vu purement juridique, de nombreuses et puissantes forces centripètes « produisent leurs effets sur le Canada » et conséquemment, « pourront l'inciter à vouloir consolider le pouvoir de l'État, et singulièrement, celui de l'État central »¹⁶⁴. Des forces externes à la sphère juridique, notamment, les impératifs économiques internationaux, exercent tôt ou tard une pression centralisatrice sur les fédérations contemporaines tel le Canada¹⁶⁵.

¹⁵⁹ W.P.M. Kennedy, *Some Aspects of the Theories and Working of Constitutional Law*, London-Toronto, Oxford University Press, 1933 aux pp 92 et 93; Macdonald, « Judicial interpretation », *supra* note 157 à la p 282: « [...] prevailing political theories which indicate the propriety or necessity of a greater degree of national control over, and governmental intervention in, matters of social welfare and business activity. » Voir également au même effet, Bora Laskin, « Peace, Order and Good Government - Re-examined » (1947) 25 Can Bar Rev 1054 à la p 1085, tel que cités dans Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 311.

¹⁶⁰ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 aux pp p 311-312.

¹⁶¹ *Ibid* à la p 328; Beetz, *supra* note 135 aux pp 117 et 118; L.P. Pigeon, « The meaning of provincial autonomy », (1951) 29 Can Bar Rev 1126 à la p 1135; Leclair, *supra* note 21 à la p 438.

¹⁶² Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 328.

¹⁶³ Beetz, *supra* note 135 aux pp 134-135.

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 133.

¹⁶⁵ Edmond, *supra* note 111 aux pp 461 et ss. Voir aussi, Loungnarath, *supra* note 21 aux pp 1021 et ss et Leclair, *supra* note 21.

C'est ainsi que l'approche dualiste, et le fédéralisme dans sa conception classique, ont dû composer avec ces nouvelles réalités, ce qui marque le début de l'approche fonctionnelle des tribunaux, alimentée par un désir d'efficacité législative.

1.2.2 Un fédéralisme classique interrompu et des enjeux locaux menacés

Au sein de la jurisprudence du Comité judiciaire, il est possible d'identifier un changement d'attitude quant à l'interprétation du partage des compétences, c'est-à-dire, un délaissement de la décentralisation coordonnée des pouvoirs (résultat de l'approche dualiste du partage des compétences) au profit d'une union économique centralisée et efficace.

Ce souci d'efficacité s'est notamment manifesté dans deux jugements du Comité judiciaire, l'un en aéronautique dans *Aeronautics Reference*¹⁶⁶ et l'autre en télécommunication dans *Radio Reference*¹⁶⁷. Ces deux avis ont en commun la question de l'intégration en droit interne du contenu des traités internationaux, et la conclusion d'assimiler à la compétence fédérale les matières régies à l'international.

Pourtant, l'usage du territoire par l'aéronautique et la télécommunication, entre autres, soulève d'importants enjeux d'aménagement du territoire et d'environnement local, et ce, en raison des nuisances qu'elles produisent (perte des terres agricoles, pollution sonore, lumineuse, visuelle, pollution de l'air, augmentation du trafic, etc.).

Reste qu'il soit peu surprenant que les affaires internationales (à toutes fins pratiques, économiques) aient pour corollaire l'harmonisation des réglementations, ce qui implique un rôle accru du fédéral. Or, à ce jour, le débat constitutionnel entre l'aéronautique, la télécommunication et le local est loin d'être résolu ; il a d'ailleurs fait l'objet de litiges devant la Cour suprême en 2010, puis en 2016¹⁶⁸. C'est dire qu'une union économique efficace n'est pas l'unique finalité d'une union fédérale, et que bien d'autres perspectives doivent encore être soupesées dans l'équation.

¹⁶⁶ *In re the Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] AC 54 [*Aeronautics Reference*].

¹⁶⁷ *In re the Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] AC 304 [*Radio Reference*].

¹⁶⁸ *Lacombe*, *supra* note 7; *COPA*, *supra* note 7 [2010] 2 RCS 536; *Châteauguay*, *supra* note 8.

a) L'exemple de l'aéronautique

Dans *Aeronautics Reference*¹⁶⁹, le Comité judiciaire a été appelé à déterminer qui, entre les provinces et le gouvernement fédéral, détient le pouvoir de légiférer le domaine de l'aéronautique. Cet avis traite du pouvoir de conclure des traités internationaux, et de celui d'en incorporer le contenu en droit interne, sans pour autant saper le partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la loi de 1867.

Le raisonnement des Lords débute par le constat qu'en 1867, le Dominion créé par l'union fédérale canadienne nouvellement constituée demeurait une colonie. À l'article 132 de la loi de 1867, il est reconnu au Parlement canadien, alors Dominion, les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers les obligations du Canada « naissant de traités conclus entre l'Empire [britannique] et ces pays étrangers. [Nos soulignements] »

Concluant que l'article 132 trouve application en l'espèce, puisque le traité en aéronautique dont il est question ici avait été ratifié par l'Empire britannique¹⁷⁰, le Comité judiciaire reconnaît au gouvernement fédéral compétence générale sur l'aéronautique.

Pour appuyer et étoffer cette conclusion, les Lords rattachent également ce nouveau domaine aux compétences fédérales sur les échanges et le commerce (article 91(2) loi de 1867), le service postal (article 91(5) loi de 1867), la défense nationale (article 91(7) loi de 1867) et, de manière générale, à sa compétence de légiférer en vertu de la clause de paix, d'ordre et bon gouvernement¹⁷¹.

Étonnement, dans *Aeronautics Reference*, le Comité judiciaire n'a pas tenté de localiser ce qui constitue, en aéronautique, le noyau intouchable de la compétence exclusive de chaque ordre de gouvernement. Le droit international repose sur le principe de souveraineté étatique (pierre d'assise de l'État moderne) puisque l'État ne peut être lié par une entente internationale sans son consentement¹⁷². Or, refuser de reconnaître qu'une part du traité

¹⁶⁹ *Supra* note 166.

¹⁷⁰ *Ibid* à la p 59. Voir aussi Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 373.

¹⁷¹ *Supra* note 167 à la p 70. Voir aussi Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 373.

¹⁷² Pour les auteurs J. Commaille et J. Chevallier, cette vision du droit international est trop simpliste. Ils écrivent : « par-delà leur souveraineté de principe, les États sont tenus de passer les accords nécessaires à leur développement et de tisser les liens d'interdépendance qu'ils ne sauraient rompre unilatéralement ; un ordre juridique international s'est bel et bien constitué, à partir d'un ensemble de

international en cette matière soulève des questions d'intérêt local équivalent en quelque sorte à placer le partage constitutionnel des compétences à un rang hiérarchique inférieure à celui des décisions internationales (ce qui n'est pas fidèle à la pensée moderne). En effet, donner préséance à l'article 132 sur les articles 91 et 92 de la loi de 1867 c'est aussi faire fi de la souveraineté législative des provinces dans leurs champs de compétences exclusives.

Par ailleurs, au-delà de l'interprétation donnée par le Comité judiciaire au texte constitutionnel, l'idée maîtresse de cet avis est la suivante : selon les Lords britanniques, le sujet de l'aéronautique est si complètement couvert par la convention internationale signée par l'Empire qu'il ne reste plus suffisamment de sujets à traiter par les entités fédérées¹⁷³.

Cette logique a eu pour conséquence de renforcer les pouvoirs fédéraux en regard à sa compétence sur les échanges et le commerce et à son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Il s'agit ici d'un exemple où un tribunal propose une analyse ayant pour conséquence de « diluer » le principe du fédéralisme au profit d'une centralisation des pouvoirs.

Selon G.P. Browne¹⁷⁴ et E. Brouillet¹⁷⁵, l'élément déterminant de cet avis est la forme impériale de la convention internationale. En effet, sous le régime de la *Loi de 1865 sur la validité des lois coloniales*¹⁷⁶, aujourd'hui abrogée, il existait une primauté du droit impérial sur les lois des dominions. Cette primauté (cette hiérarchie), propre à l'expérience coloniale, pourrait avoir motivé l'application de l'article 132 de la loi de 1867.

Cependant, eu égard strictement au nouveau pouvoir fédéral sur l'aéronautique, reste que l'application de l'article 132 loi de 1867 a été justifiée par une interprétation large de certaines compétences fédérales dont celle de légiférer en vertu de la disposition pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Pourtant, le Comité judiciaire s'était jusqu'à ce jour avisé de ne pas user systématiquement de celle-ci, et ce, afin de respecter l'équilibre dans

sources conventionnelles et non conventionnelles, et cet ordre tend à peser de manière croissante sur les États. [...] [O]r, si ces organisations ont été mises en place par les États, elles disposent, par le jeu de l'institutionnalisation, d'une logique d'action qui leur est propre. » Voir Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 161.

¹⁷³ *Aeronautics Reference*, *supra* note 166 aux pp 62 et 83.

¹⁷⁴ G.P. Browne, *The Judicial Committee and the British North America Act*, Toronto, University of Toronto Press, 1967 aux pp 113 et 114.

¹⁷⁵ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 374.

¹⁷⁶ 28 & 29 Vict c 63.

la fédération canadienne¹⁷⁷. Cette décision est de celles qui auront un impact significatif sur l'ignorance des aspects locaux en aéronautique, notamment l'emplacement des infrastructures en raison des nuisances locales liées à cette activité.

b) L'exemple de la télécommunication

Un raisonnement similaire a été privilégié la même année en matière de télécommunication. Dans le renvoi *Radio Reference*¹⁷⁸, il s'agissait de déterminer la constitutionnalité du pouvoir fédéral d'incorporer en droit interne les obligations internationales contractées par le Canada par la signature d'une convention internationale sur la radio diffusion, cette fois-ci, à titre de pays souverain¹⁷⁹. Notons que ce contentieux est né d'un problème quant à l'emplacement de l'émetteur d'un système de radiocommunication, qui, à risque d'être déprogrammé, constituait une nuisance pour les collectivités locales.

Ici, le raisonnement de la Cour ne pouvait reposer sur l'application de l'article 132 de la loi de 1867 puisqu'il ne s'agissait pas d'un engagement international de l'Empire britannique, mais bien du Canada seulement, dont l'autonomie sur la scène internationale avait été reconnue depuis la *Déclaration de Balfour*¹⁸⁰ de 1926 et le *Statut de Westminster*¹⁸¹ de 1931.

Malgré ce changement de contexte, le Conseil judiciaire reconnaît tout de même au Parlement fédéral un nouveau pouvoir en matière de radio diffusion. Pour appuyer cette conclusion, la radio diffusion est rattaché à l'alinéa 92(1)a) qui prévoit une exception à la compétence provinciale sur les matières locales pour les travaux relatifs à un « télégraphe » ou « reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province »¹⁸².

Plus précisément, le tribunal impérial décide de ne pas rallier cette matière à un champ de compétences provinciales du fait qu'il considère la radiocommunication comme un système

¹⁷⁷ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 375.

¹⁷⁸ *Supra* note 167.

¹⁷⁹ *Ibid* à la p 82; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 379.

¹⁸⁰ *Déclaration de Balfour*, novembre 1926, Conférence impériale de 1926, en ligne : <https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.pdf>

¹⁸¹ *Loi de 1931 visant à donner effet à des résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930*; 22 & 23 George V c 4 (R-U).

¹⁸² *Radio Reference*, *supra* note 167 aux pp 85-86.

intégré duquel on ne peut dissocier l'instrument émetteur de l'instrument récepteur¹⁸³. Lord Viscount Dunedin énonce:

As their Lordships' views are based on what may be called the pre-eminent claims of s. 91, it is unnecessary to discuss the question which was raised with great ability by Mr. Tilley, namely whether, if there had been no pre-eminent claims as such, broadcasting could have been held to fall either within "Property and Civil Rights," or within "Matters of a merely local or private nature."

[...] Although the question had obviously to be decided on the terms of the statute, it is a matter of congratulation that the result arrived at seems consonant with common sense. A divided control between transmitter and receiver could only lead to confusion and inefficiency. [Nos soulignements]¹⁸⁴

D'une part, les Lords reconnaissent que la question soulevée dans cet avis a été traitée intégralement en regard des pouvoirs fédéraux, et jugent non nécessaire de l'évaluer en regard des pouvoirs provinciaux et locaux. D'autre part, ils se satisfont d'une conclusion se ralliant au « common sense », qui assure un contrôle efficace de la radiocommunication. Des considérations d'efficacité de la sorte se rattachent à la perspective fonctionnaliste du partage des compétences.

En revanche, quelques années plus tard, dans l'avis *Labour Conventions Reference*¹⁸⁵ relatif aux conventions internationales de travail, le Comité judiciaire rectifie le tir en énonçant que le pouvoir de signer des ententes internationales dans les domaines notamment de l'aéronautique et de la radio communication ne peut écarter le partage constitutionnel des compétences¹⁸⁶. À ce sujet, on peut lire dans l'avis:

No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the B.N.A. Act gives effect. If the position of Lower Canada, now Quebec, alone were considered, the existence of her separate jurisprudence as to both property and civil rights might be said to depend upon loyal adherence to her constitutional right to the exclusive competence of her own Legislature in these matters. Nor is it of less importance for the other Provinces, though their law may be based on English jurisprudence, to preserve their own right to legislate for themselves in respect of local conditions which may vary by as great a distance as separates the Atlantic from the Pacific. [Nos soulignements]¹⁸⁷

¹⁸³ *Ibid* aux pp 85-86.

¹⁸⁴ *Ibid* 304 à la p 88.

¹⁸⁵ *Supra* note 141.

¹⁸⁶ *Ibid* à la p 681. Pour une analyse sur l'aspect culturel du pouvoir d'intégrer en droit interne les obligations internationales contractées par le Fédéral, voir Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 aux pp 372 à 380.

¹⁸⁷ *Labour Conventions Reference*, *supra* note 141 à la p 682.

Et c'est d'ailleurs dans ce jugement que nous retrouvons la célèbre métaphore des « compartiments étanches » de Lord Atkin, caractéristique dominante de la conception classique (ou dualiste) du fédéralisme, défendue par le Comité judiciaire. Il énonce: « While the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters it still retains the watertight compartments which are an essential part of its original structure. »¹⁸⁸ Néanmoins, les jugements subséquents de la Cour suprême notamment en matière d'aéronautique et de télécommunication ne maintiendront pas cette approche.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a agi comme instance d'appel finale en matière d'interprétation constitutionnelle jusqu'en 1949, l'année de la création de la Cour suprême du Canada¹⁸⁹. La deuxième période d'influence du pouvoir judiciaire sur l'interprétation du partage des compétences est donc pour l'essentiel influencée par la jurisprudence de la Cour suprême.

Depuis le début de sa période de référence, la Cour suprême délaisse la conception classique du fédéralisme pour une vision dite moderne en défendant les chevauchements entre les champs de compétences. Les auteurs reprochent à cette deuxième conception, le fédéralisme coopératif, d'accroître les pouvoirs du gouvernement fédéral et ainsi, d'exercer une pression centralisatrice sur la fédération canadienne¹⁹⁰. La raison de ce renforcement du pouvoir central est intimement liée à l'approche présentement favorisée par la Cour, soit l'approche fonctionnelle, et son critère de l'efficacité.

À cet égard, une remarque s'impose : la légitimité du droit (et des décisions judiciaires) se déplace vers une recherche d'efficacité législative. Ce changement contribue à marquer le passage de la pensée moderne à une pensée postmoderne¹⁹¹. En effet, « [d]ans la modernité juridique, l'État détient le rôle exclusif d'énoncer le droit et sa souveraineté en est la pierre d'assise. »¹⁹² Dans *Aeronautics Reference* et explicitement dans *Radio Reference*, cette souveraineté étatique, principalement celle des provinces, est remplacée par des considérations d'efficacité. En somme, dans le contexte de décisions judiciaires en partage des compétences pour des matières régies par les traités internationaux, certaines attitudes

¹⁸⁸ *Ibid* à la p 684.

¹⁸⁹ *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, SC 1949 c 37; Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1009; Brouillet, « La dilution », *supra* note 21 à la p 35.

¹⁹⁰ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 434.

¹⁹¹ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

¹⁹² *Ibid* à la p 415.

postmodernistes auraient dès lors pénétré les esprits et ainsi modifié notre compréhension du réel.

Il est pour le moins percutant de constater que ce désir d'efficacité, assimilée en partie au droit postmoderne, menace l'environnement local! Or, faire de l'efficacité l'unique argument justifiant des considérations judiciaires postmodernes serait intempestif et réducteur de cette école de pensée, qui se veut plutôt une ouverture à la complexité du monde. En effet, le postmoderniste se décrit comme une « attitude, voire une esthétique, du scepticisme à l'endroit de toute théorie à vocation totalisante qui prétendrait expliquer les phénomènes sociaux, y compris le droit. »¹⁹³ Le désir d'efficacité législative, associée à une centralisation des pouvoirs, est une des composantes pour faire face à la complexité.

¹⁹³ Gary Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995 à la p 224, tel que cite dans Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 412.

Conclusion chapitre 1

Dans le chapitre 1, les postulats de base du principe du fédéralisme ont été présentés, soit la préservation de l'autonomie des entités parties au pacte fédéral dans leur champ de compétences exclusives (donc un pluralisme juridique), et la recherche d'un équilibre des pouvoirs.

La recherche d'un équilibre des pouvoirs est fortement tributaire de l'interprétation judiciaire en raison de l'indétermination et de l'indifférence du texte constitutionnel, rédigé en termes larges et généraux, et répondant à la réalité politique d'une époque coloniale révolue. L'orientation de la fédération canadienne, vers un régime pluriel ou intégré, est ainsi influencée par l'approche interprétative privilégiée par les tribunaux, particulièrement lorsque des conflits de normes surgissent en matière de partage des compétences.

À ce jour, deux approches judiciaires dominantes, associées à deux grandes conceptions du fédéralisme, ont façonné – et façonnent encore – l'orientation de la fédération canadienne : l'approche dualiste de la conception classique du fédéralisme et l'approche fonctionnaliste de la conception moderne du fédéralisme.

L'approche dualiste, associée à la période jurisprudentielle du Comité judiciaire du Conseil privé, consiste à lire le partage des compétences en compartiments étanches alors que l'approche fonctionnelle, associée à la période jurisprudentielle de la Cour suprême, est davantage préoccupée par des considérations d'efficacité législative. Il a été démontré que le dualisme offre une plus grande protection de l'autonomie législative des entités fédérées. Cette approche se veut ainsi décentralisatrice des pouvoirs. Cependant, le fédéralisme canadien n'est pas un régime isolé des réseaux normatifs émergents, telles les ententes internationales. Celles-ci forceront les tribunaux à revoir leur interprétation du partage des compétences, pour des considérations d'efficacité législative notamment.

Alors que le partage des compétences et la recherche d'un équilibre des pouvoirs ont d'abord été mis en œuvre selon la conception classique, certains jugements du Comité judiciaire font état d'un changement d'attitude des tribunaux. En effet, un souci d'efficacité s'est manifesté dans deux avis du tribunal impérial en matière d'intégration en droit interne des ententes internationales en aéronautique et en télécommunication.

Dans ces avis, contrairement à l'approche dualiste qui avait prévalu auparavant, l'efficacité d'une union économique canadienne a été privilégiée au partage constitutionnel des compétences. Ce changement d'attitude aura des répercussions importantes sur la prise en considération de l'intérêt local en aménagement du territoire et en ce qui a trait à l'environnement de proximité.

Dès lors que le droit est pénétré d'une logique de performance, d'efficacité, nous franchissons le seuil de la pensée postmoderne puisque « [l]a légitimité du droit ne semble plus reposer sur la souveraineté, expression de la volonté générale, mais sur une forme d'efficacité qui emprunte plus au discours économiste que classiquement juridique. »¹⁹⁴

Le chapitre suivant explore les fondements et la logique de l'approche fonctionnelle et de son critère de l'efficacité. Ce faisant, nous pourrions évaluer leurs conséquences sur le partage des compétences, sur les principes du fédéralisme coopératif et de la subsidiarité et sur le droit local. Nous concluons que le droit postmoderne ne saurait se limiter au culte de l'efficacité, notion trop peu définie, et à bien des égards, malléable (relative).

¹⁹⁴ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

Chapitre 2 Le fédéralisme moderne, l'approche fonctionnelle et la recherche d'une efficacité législative centralisée

Alors que, dans bien des cas, le Comité judiciaire a privilégié une approche dualiste dans l'interprétation du partage des compétences, la pratique du fédéralisme canadien s'est avérée être plus complexe qu'un simple découpage de domaines normatifs étanches les uns par rapport aux autres¹⁹⁵.

Cela va de soi puisque le fédéralisme, eu égard à ses fondements théoriques et historiques¹⁹⁶, provient d'une volonté de mise en commun de certains intérêts, ce qui confirme une forme d'interdépendance concurrente à la volonté d'autonomie sans la subordination portée par le dualisme. En effet, cette interdépendance implique nécessairement l'obligation de coopérer, ce qui a entraîné un changement de pratique du fédéralisme canadien, passant d'une conception classique à une conception moderne du principe.

Plusieurs spécialistes ont démontré que la Cour suprême, en s'appuyant sur cette réalité d'interdépendance et sur une interprétation évolutive ou créative¹⁹⁷, s'est affranchie de la lecture littérale du texte constitutionnel privilégiée par le Comité judiciaire. Pour la Cour suprême, il s'agit de muer vers un fédéralisme dit souple, moderne, ou coopératif¹⁹⁸.

Cette nouvelle tangente s'accompagne d'une interprétation du partage des compétences suivant l'approche fonctionnelle, alimentée d'un désir d'efficacité législative associée à une centralisation des pouvoirs. Ce faisant, la Cour suprême contribue à la création d'espaces économiques pancanadiens¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 102 à la p 96.

¹⁹⁶ Sous-titre 1.1.1 du mémoire.

¹⁹⁷ « Comme toute autre partie de notre Constitution, cet « arbre vivant » selon l'image célèbre de l'arrêt *Edwards c Attorney-General for Canada*, [1930] QC 124 (CP) à la p 136 [Edwards], l'interprétation de ces compétences et de leur attribution doit être évolutive et adoptée aux réalités politiques et culturelles changeantes dans la société canadienne. » Voir *BCO*, *supra* note 107 au para 23.

¹⁹⁸ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1009; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise » *supra* note 123 à la p 389.

¹⁹⁹ Loungnarath, *supra* note 21 aux pp 1021 et ss; Leclair, *supra* note 21.

Après tout, la concentration de pouvoir repose inévitablement sur des choix, des préférences. Ces choix impliquent néanmoins un coût de renonciation, c'est-à-dire, le sacrifice de certains intérêts au profit d'un État performant, efficace, centralisé. Parmi ces intérêts sacrifiés, l'on compte l'aménagement du territoire et l'environnement local. À ce sujet Guy Héraud écrit : « [s]i nous rejetons ainsi le “ dualisme ”, il reste à choisir entre le primat du droit composé [fédéral] et le primat du droit composant [provincial et municipal]. »²⁰⁰

Pour identifier la place qu'accordent les juges à l'intérêt local en aménagement du territoire, il faut d'abord préciser les fondements et la logique de l'approche interprétative présentement dominante en matière de partage de compétence, soit l'approche fonctionnelle. Nous formulerons ensuite le constat suivant : cette approche a pour résultante d'abstraire l'intérêt public local en raison d'une volonté d'assurer une efficacité législative atteinte (selon les fonctionnalistes) par l'achèvement d'un fédéralisme intégré, d'une union économique forte et centralisée. La notion d'efficacité infiltre dès lors les raisonnements juridiques de la Cour suprême en matière de partage des compétences, notamment par une interprétation élargie de deux doctrines favorisant les actions fédérales: la prépondérance fédérale et l'intérêt national. Une des conséquences d'une telle orientation est d'annuler le potentiel conceptuel du fédéralisme coopératif et de la subsidiarité. Ces principes, fondamentalement porteurs d'une décentralisation des pouvoirs, lorsque soumis à l'interprétation régentée de considérations d'efficacité, contribuent paradoxalement à justifier une centralisation des pouvoirs.

2.1 L'APPROCHE FONCTIONNELLE : FONDEMENTS ET LOGIQUES

L'auteur Richard E. Simeon s'est questionné sur l'existence de critères qui tacitement, animent les débats sur le fédéralisme²⁰¹. L'étude de ces approches, de ces « prémisses inarticulées »²⁰², contribue à une meilleure compréhension des liens entre le fédéralisme et des questions politiques plus large²⁰³. Autrement dit, le débat à savoir si le partage des compétences est interprété en respect d'un certain type d'équilibre, dépend de la

²⁰⁰ Héraud, *supra* note 108 à la p 28.

²⁰¹ Richard E. Simeon, « Criteria for choice in Federal Systems » (1983) 8 Queen's LJ at 131 à la p 131.

²⁰² *Ibid*, citant Donald Smiley, *Canada in Question: Federalism in the Eighties*, 3e ed., Toronto, McGraw Hill-Ryerson, 1980 aux pp 305-306.

²⁰³ Simeon, *supra* note 201 à la p 132.

perspective par laquelle le principe du fédéralisme même est valorisé ou critiqué. En effet, « il faut toujours, dans l'analyse des données sociales, se garder de confondre les réalités observées avec l'instrument conceptuel qui sert à les observer. »²⁰⁴

Selon R. E. Simeon, trois perspectives (approches), offrant chacune un point d'ancrage distinct, permettent d'évaluer le fédéralisme : l'approche communautaire, l'approche démocratique et l'approche fonctionnelle²⁰⁵. Notre attention est uniquement portée sur les différentes approches, et les différents débats que ces approches soulèvent quant à la dynamique des pouvoirs inhérente à toute fédération. À l'instar de R. E. Simeon, nous ne prétendons pas ici qu'un faisceau d'analyse soit mieux adapté à la réalité d'un état fédératif qu'un autre. Néanmoins, nous nous permettrons d'identifier certains effets pervers de l'approche fonctionnelle, centrale à notre étude.

Très brièvement, l'approche communautaire, que nous assimilons à l'approche dualiste, étudie le fédéralisme et sa capacité institutionnelle à maintenir l'équilibre entre l'expression de la variété culturelle des communautés décentralisées (politique, juridique, linguistique, etc.) et celle de la culture unifiée qui émerge de l'union fédérative²⁰⁶. L'autonomie ou la souveraineté des deux ordres gouvernementaux est au cœur de cette approche²⁰⁷. L'approche démocratique, quant à elle, apprécie le fédéralisme par rapport à sa capacité institutionnelle à répondre aux différentes conceptions et valeurs démocratiques (par exemple, participative, représentative, liberté et égalité)²⁰⁸.

La troisième approche identifiée par R. E. Simeon est celle que l'on nomme fonctionnelle. Selon cette approche, le fédéral et les provinces sont parties d'un seul système. L'objectif de ce système est « [d']améliorer la capacité des gouvernements à générer des politiques efficaces et à répondre aux besoins des citoyens. [Notre traduction] »²⁰⁹ Le critère de validité sous-jacent à cette perspective est donc l'efficacité, l'efficience. Cette approche, inspirée

²⁰⁴ Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 21.

²⁰⁵ Simeon, *supra* note 201 à la p 133.

²⁰⁶ *Ibid* à la p 133.

²⁰⁷ Edward L. Rubain, « The Fundamentality and Irrelevance of Federalism » (1997) 13 Ga St UL Rev 1009 à la p 1017; Leclair, *supra* note 21 à la p 412.

²⁰⁸ Simeon, *supra* note 201 à la p 133.

²⁰⁹ *Ibid* à la p 133.

des théories économiques, s'intéresse aux citoyens à titre de consommateurs, de travailleurs et de propriétaires²¹⁰.

Les auteurs associent pour la plupart l'intégration de l'approche fonctionnaliste dans le droit constitutionnel canadien à la jurisprudence du juge B. Laskin²¹¹. En effet, l'étude de ses écrits et de sa jurisprudence permet de conclure que ses interprétations de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce et de « l'intérêt national » témoignent d'un souci d'efficacité législative²¹².

Certaines influences de son époque justifient une telle posture envers le rôle des tribunaux dans l'interprétation législative. B. Laskin a écrit une thèse sous la direction de Felix Frankfurter de l'école du *Legal realism*²¹³ des années 1920-1930, une époque marquée par des crises économiques et parlementaires. Ce contexte d'instabilité propre aux années 1920 et 1930 a certainement orienté la pensée de B. Laskin vers la recherche d'efficacité législative. Selon B. Laskin: « [n]ous avons tendance à perdre de vue les conditions de vie réelles dans la poursuite de doctrines juridiques abstraites. [Notre traduction] ²¹⁴»

L'influence de F. Frankfurter se fait ainsi sentir dans l'approche de B. Laskin puisque, comme le souligne S.M. Makuch, pour ce penseur américain ayant marqué son époque, « les tribunaux ne devraient intervenir dans les audiences administratives que dans des circonstances très limitées [...] De plus, il [Frankfurter] était préoccupé par la nécessité de

²¹⁰ *Ibid* à la p 141.

²¹¹ Bora Laskin, « Tests for the Validity of Legislation: What's the " Matters " ? » (1955) 11:1 UTLJ 114 à la p 121; Denise Réaume, « The judicial Philosophy of Bora Laskin » (1985) UTLJ 438 à la p 446; Katherine Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Lasking-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990 à la p 226; Karazivan, *supra* note 22 à la p 431 et ss.

²¹² Katherine Swinton, « Bora Laskin and Federalism » (1985) 35 UTLJ 353; Karazivan, *supra* note 22 à la p 433.

²¹³ L'école de *Legal Realists* américaine est connue pour son rejet du formalisme juridique, et pour son scepticisme envers les postulats juridiques fondés sur l'objectivité. Pour résumer très modestement les postulats de base des penseurs de cette école, ces derniers estiment que les décisions judiciaires sont subjectives puisqu'elles sont basées sur des « inclinations politiques, juridiques, morales et sociales » et donc, que l'interprétation d'un texte législatif ne saurait négliger le contexte politique et socio-économique de l'époque. L'anti-formalisme défendu par les *Legal Realists* se fonde à la pensée postmoderne. Voir Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 405. Voir aussi Denise Réaume, « The Judicial Philosophy », *supra* note 211.

²¹⁴ S.M. Makuch, « Bora Laskin and Municipal and Planning Law » (1985) UTLJ 469 à la p 471-470, citant Bora Laskin, « The protection of interests by statutes and the problem of " contracting out " » (1938) 16 Can Bar Rev 669 à la p 672.

protéger les libertés individuelles et était connu comme un défenseur des causes libertaires [note omise]. [Notre traduction] »²¹⁵

Ainsi, pour B. Laskin, la loi est « téléologique ». Elle est donc « liée à nos conditions sociales et économiques, et sert des fins qui expriment le caractère de notre société. [Notre traduction] »²¹⁶ Son approche repose à certains égards sur la présomption de l'existence d'un consensus social, qu'il qualifie de « valeurs morales partagées au sein de la communauté. »²¹⁷. C'est pourquoi certains auteurs, dont Noura Karazivan et Philip Girard, désapprouvent cette logique qui « évince les considérations locales au profit d'un marché canadien uni, solide, efficace et compétitif »²¹⁸, et qui a pour effet de « nier les divers besoins et particularités qu'une union fédérative peut créer »²¹⁹.

Cette uniformisation des valeurs ou des intérêts, en faveur d'une centralisation des pouvoirs motivée par des considérations principalement économiques²²⁰, n'est pas sans incidence sur l'environnement dans sa dimension sociale et locale. Cela rend en effet difficile la prise en compte des revendications locales en aménagement du territoire dès lors associées à de la duplication, de l'éparpillement, de la fragmentation, qui sont pour certains, des facteurs d'inefficacité²²¹. Comme le souligne G. Otis :

La Cour suprême se fonde de plus en plus sur ce qu'elle estime être les vertus opérationnelles de l'uniformisation pancanadienne des normes, les avantages d'une politique d'intégration économique et sur ce qu'elle perçoit comme l'incapacité pratique des provinces [ou des municipalités] d'agir efficacement en certaines matières compte tenu des réalités économiques, technologiques et géographiques.²²²

En contexte fédéral, l'approche interprétative implique par ailleurs des choix (des préférences) sur la mise en œuvre de certaines doctrines constitutionnelles par rapport à d'autres. Les doctrines constitutionnelles (caractère véritable, double aspect, effets accessoires, exclusivité des compétences, prépondérance fédérale, etc.) participent à la

²¹⁵ S.M. Makuch, *supra* note 214 à la p 471.

²¹⁶ Bora Laskin, « The function of law » (1973) 11 Alta LR 118 à la p 119.

²¹⁷ Karazivan, *supra* note 22 à la p 434; Philip Girard, *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005 aux pp 463-68.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Réaume, « The judicial Philosophy », *supra* note 211 à la p 446 ; Swinton, « Lasking-Dickson Years », *supra* note 211 à la p 226 ; Karazivan, *supra* note 22 à la p 434.

²²⁰ Par exemple, le maintien d'un marché commun, la redistribution des richesses, centralisation des services. Voir Simeon, *supra* note 201 à la p 145.

²²¹ Leclair, *supra* note 21 à la p 415.

²²² Otis, *supra* note 21 aux pp 272-273.

création de conditions d'existence favorables à certains intérêts, au détriment de certains autres²²³.

On constate dès lors que l'existence de ces prémisses inarticulées (approche dualisme ; approche démocratique ; approche fonctionnelle) rend les discussions sur le fédéralisme complexes voire même confuses. Il en est ainsi puisqu'il existe des divergences d'opinions au sein de chaque approche²²⁴. Prenons l'approche fonctionnaliste en exemple. L'efficacité d'un système est perçue pour certains, dont la Cour suprême du Canada, comme nécessitant une centralisation des pouvoirs, alors que d'autres estiment que l'efficacité est atteinte par une décentralisation des pouvoirs²²⁵.

L'arrêt *Châteauguay* précité, lut conjointement avec la décision *Vidéotron*²²⁶, en sont d'excellents cas de figure. La Cour suprême en 2016, déclare inconstitutionnel l'avis de réserve émis par la municipalité pour conserver à des fins municipales l'usage d'un terrain en vue de répondre aux préoccupations citoyennes liées à l'installation d'une tour de télécommunication au cœur d'un quartier résidentiel. L'argument majoritaire est que l'avis de réserve est *ultra vires* puisque son caractère véritable est de légiférer l'emplacement des installations de télécommunication, alors qu'il s'agit d'une compétence exclusive fédérale. Notons que l'arrêt débute avec la mention suivante :

La téléphonie sans fil occupe désormais une place prédominante parmi les moyens de communication utilisés quotidiennement au Canada tant par les citoyens que par les entreprises. Un tel recours aux téléphones mobiles est tributaire d'un réseau national efficace de radiocommunication, dont l'existence engendre inévitablement des difficultés sur le plan de la réglementation. [Nos soulignements]²²⁷

En 2017, dans l'arrêt *Vidéotron*, un nouveau litige prend place entre les villes de Gatineau et Terrebonne et les compagnies d'utilités publiques Vidéotron, Cogeco, Rogers Communications, Telus et Bell²²⁸. Le litige concerne les installations de télécommunication et plus spécifiquement, les frais associés à leur entretien. Bien que les entreprises de télécommunications doivent assurer un service de qualité à leurs membres, la gestion de

²²³ Simeon, *supra* note 201 à la p 135; Leclair, *supra* note 21 à la p 416.

²²⁴ Simeon, *supra* note 201 à la p 133.

²²⁵ *Ibid* aux pp 141 à 149.

²²⁶ *Vidéotron c Ville de Gatineau*, 2017 QCCS 3571 [*Vidéotron* QCCS], confirmée en appel dans *Procureur générale du Québec c Vidéotron*, 2019 QCCA 840 [*Vidéotron* CA] demande d'autorisation 38758 rejetée voir *Vidéotron Ltée et al c Ville de Gatineau et al*, 2020 CanLII 30821 (CSC).

²²⁷ *Châteauguay*, *supra* note 8 para 1.

²²⁸ *Vidéotron* QCCS, *supra* note 226.

leurs infrastructures constitue un véritable défi pour les villes. Les localités doivent composer avec les réseaux aériens et les réseaux souterrains complexes des installations en télécommunication (sans compter celles d'hydro-électricité et d'approvisionnement en gaz naturel), mais encore, avec la gestion de leurs réseaux d'égouts pluviaux et sanitaires et d'aqueducs. Il s'agit là d'un réel casse-tête pour les municipalités²²⁹. À cela s'ajoutent les frais liés à l'usure prématurée du pavage en raison des travaux d'excavation répétitifs et les coûts associés aux travaux d'entretien des infrastructures exécutés par ces entreprises d'utilités publiques²³⁰.

À la suite d'une négociation entre les entreprises fédérales et l'Union des municipalités du Québec (UMQ)²³¹, et pour s'assurer que les fonds publics n'absorbent pas les coûts d'entretien des infrastructures de ces entités privées à caractère public, les villes de Gatineau et Terrebonne décident d'adopter une série de règlements. Ces règlements municipaux obligent, par exemple, ces entreprises à obtenir préalablement des permis municipaux avant d'entreprendre des travaux d'excavation, d'installation et d'ajout d'infrastructures²³². Par ailleurs, par ces règlements, les Villes se reconnaissent un droit de regard sur les plans soumis par les entreprises eu égard aux emplacements sélectionnés pour leurs installations. En sus, les règlements fixent divers coûts payables par les entreprises, notamment, les coûts de la demande, les frais de dégradation de la chaussée, les frais de délocalisation, de déplacement ou d'ajustement pour des fins municipales, les frais de contournement, de soutènement et d'entrave²³³.

Après le constat que la question de l'occupation du territoire par les entreprises fédérales de télécommunication constitue une lutte locale de longue haleine²³⁴, et citant l'arrêt

²²⁹ *Ibid* au para 17.

²³⁰ *Ibid* au para 21.

²³¹ *Ibid* au para 44 à 56. La Fédération canadienne des municipalités a d'ailleurs publié à ce sujet un document dans lequel elle déplore que les Villes aient à subventionner la croissance des infrastructures des entreprises fédérales de télécommunication. Voir *Fédération canadienne des municipalités. Tempête parfaite à l'horizon - Incidences sur les municipalités des nouvelles technologies et des nouveaux investissements dans le secteur canadien des télécommunications*, Ottawa, 2010, 24 p.

²³² *Vidéotron QSSC, supra* note 226 aux para 57 à 60, 64, 69, 70, 129 à 131.

²³³ *Ibid* aux para 129 à 131.

²³⁴ « Déjà, en 1880, avec l'adoption de l'Acte à l'effet d'incorporer la Compagnie Canadienne de Téléphone Bell, SC 1880, ch 67, le Parlement assujettissait la compagnie Bell au respect de certaines exigences municipales quant à ses travaux de construction, d'érection et de maintien de ses lignes téléphoniques (art 3). De même, en 1903, avec l'adoption de l'Acte des chemins de fer, SC 1903, ch

Châteauguay, la Cour supérieure conclut, dans l'affaire *Vidéotron*, que la réglementation est *ultra vires* puisque de son avis, son objet est d'imposer la volonté des Villes sur l'emplacement des infrastructures projetées par les entreprises. En outre, la Cour note que la réglementation nuit à la poursuite d'une négociation sur les frais occasionnés par l'entretien desdites infrastructures, alors qu'un bras de fer prenait place entre l'UMQ et ces entreprises depuis belle lurette. Pourtant, la Cour réfère ici au régime fédéral prévu aux articles 42 à 44 de la *Loi sur les télécommunications*²³⁵ selon lequel les parties doivent favoriser la négociation pour s'entendre sur les coûts afférents à l'utilisation des installations de télécommunication²³⁶. Encore une fois ici, l'efficacité est une notion relative, elle dépend de la perspective (fédérale ou municipale) à partir de laquelle elle est posée. Effectivement, en rompant la négociation ainsi, les municipalités se retrouvent à devoir conjuguer avec des travaux publics sur lesquels elles ont peu de contrôle, puisqu'ils sont liés, certes à la maintenance des installations de télécommunication, mais aussi, au développement économique privé des entreprises de ce domaine.

En terminant, le choix de l'approche favorisée pour aborder le fédéralisme nous permet de faire le pont avec ce phénomène de « hiérarchisation des valeurs » proposé par V. Loungnarath et E. Brouillet. À ce sujet, E. Brouillet écrit :

En engageant le régime fédératif canadien dans une voie d'évolution résolument centralisatrice et en légitimant son intervention sur la base d'un critère d'efficience ou d'efficacité, la Cour suprême fait œuvre de constituant en procédant à une hiérarchisation des valeurs : la valeur de l'efficacité est judiciairement placée au-dessus des autres. Or, en soi, rien ne justifie un tel choix. Au contraire, d'autres valeurs, dont au premier rang se trouve la diversité culturelle, ont occupé une place de choix dans l'adoption du régime fédératif originaire et dans la majeure portion de son évolution jurisprudentielle. Une telle hiérarchisation des valeurs doit de toute évidence relever des organes politiques dûment habilités à représenter les citoyens canadiens et requérir, elle aussi, une légitimation.²³⁷

En substance, la perspective fonctionnaliste privilégiée par la Cour suprême, et la hiérarchisation des valeurs (ou des intérêts) en découlant, se répercutent sur la répartition

58, le Parlement prévoyait également de telles exigences à l'égard des travaux effectués par des compagnies de téléphonie et de télégraphie (arts 192 à 195). » Depuis 1993, la *Loi sur les télécommunications*, LC 1993 c 38, oblige les entreprises de télécommunication à obtenir l'agrément des municipalités avant de construire des lignes de transmission. Voir *Vidéotron CA*, *supra* note 226 aux para 10 et note 9.

²³⁵ LC 1993 c 38.

²³⁶ *Vidéotron QCCS*, *supra* note 226 aux para 57 para 129 à 131.

²³⁷ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 401; Loungnarath, *supra* note 21 aux pp 1044-1045.

des pouvoirs en droit constitutionnel. La répartition des pouvoirs, et par le fait même, l'orientation de la fédération canadienne, est foncièrement tributaire de la valorisation de certains intérêts, de certaines valeurs. La préférence accordée à l'efficacité législative court-circuite la capacité des collectivités locales à protéger l'environnement... efficacement.

2.2 DES INTÉRÊTS LOCAUX EN AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE SACRIFIÉS AU NOM DE L'EFFICACITÉ

En matière environnementale, deux dimensions s'affrontent, la dimension économique et la dimension sociale ; chaque dimension se logeant aux deux extrémités du spectre de la centralisation et de la décentralisation des pouvoirs.

Or, dans un fédéralisme interprété à la lumière de l'approche fonctionnaliste, dans sa formulation centralisatrice des pouvoirs axée sur la recherche d'efficacité, la dimension sociale et locale de l'environnement peut difficilement faire sa place. Certes, la Cour suprême a hissé la protection de l'environnement au rang de valeur fondamentale canadienne. Cependant, comme nous le verrons dans les prochains sous-titres, plusieurs défis judiciaires et constitutionnels subsistent pour une reconnaissance assumée de l'apport des compétences municipales d'aménagement du territoire en environnement (local).

Nous proposons d'exposer l'évolution jurisprudentielle centralisatrice de deux doctrines en matière de partages des compétences particulièrement d'intérêt dans le débat national et local en environnement local et en aménagement du territoire, la « prépondérance fédérale » et la théorie ou doctrine de la « dimension nationale » ou de l'« intérêt national ». Nous démontrerons ensuite que ces doctrines centralisatrices limitent les intérêts locaux en aménagement du territoire. En filigrane, nous mettrons en évidence l'influence de la logique fonctionnelle dans les développements jurisprudentiels de ces deux doctrines constitutionnelles, et de sa valeur sous-jacente, l'efficacité.

2.2.1 La prépondérance fédérale

Une loi provinciale dont le caractère véritable relève d'une matière inscrite à l'article 92 de la loi de 1867 sera constitutionnelle, pourvu que la doctrine de l'exclusivité des compétences discutée précédemment ou celle de la prépondérance fédérale, n'interdisent pas ses effets.

La prépondérance fédérale est un principe jurisprudentiel selon lequel une norme fédérale valide prime sur la norme provinciale valide en cas d'incompatibilité²³⁸.

En vertu de cette doctrine constitutionnelle, la loi provinciale et son prolongement, le règlement municipal, ne sont pas invalidés en raison de son incompatibilité avec la Constitution (comme c'est le cas d'une loi dont le caractère véritable relève d'une matière exclusive de l'autre ordre gouvernemental); mais en raison de son incompatibilité avec la loi fédérale uniquement²³⁹. Conséquemment, elle cesse de produire ses effets dans la mesure du conflit avec la loi fédérale.

Initialement, les tribunaux appliquaient la prépondérance dès qu'une loi fédérale et une loi provinciale portaient sur le même sujet. La présomption que le législateur fédéral désirait occuper exclusivement une matière engageait le conflit, et écartait la possibilité que deux textes législatifs émanant des deux paliers gouvernementaux puissent coexister concurremment²⁴⁰. C'est ce qu'on appelle le critère du « champ occupé »²⁴¹.

Constatant le « poids écrasant » de ce critère pour les provinces, certains juges²⁴² et auteurs²⁴³ proposent de le reformuler. C'est finalement dans l'affaire *Multiple Access*²⁴⁴ que la Cour suprême énonce explicitement un nouveau critère, celui du conflit véritable, soit l'impossibilité de se conformer aux deux textes, autrement dit, si dire oui à l'un implique de dire non à l'autre (conflit opérationnel)²⁴⁵. En vertu de ce « critère strict »²⁴⁶, le fait qu'une loi du législateur provincial étoffe, ou soit plus sévère qu'une loi de son homologue fédéral qui traite du même sujet, n'entraîne pas automatiquement son incompatibilité²⁴⁷.

²³⁸ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 478.

²³⁹ *Ibid* à la p 478.

²⁴⁰ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 409

²⁴¹ *Ibid* à la p 409

²⁴² *Smith v The Queen*, [1960] SCR 776 à la p 800; *Robinson c Countrywide Factors Ltd*, [1978] 1 RCS 753; *Construction Montcalm Inc c Com Sal Min*, [1979] 1 RCS 754 à la p 780, tel que cités dans *Multiple Access Ltd c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161 aux pp 187-188 [*Multiple Access*].

²⁴³ W.R. Lederman, «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada» (1963) 9 McGill LJ 185 à la p 195; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, The Carswell Co Ltd, 1977 à la p 110, cités dans *Multiple Access*, *supra* note 242 aux pp 188 à 190.

²⁴⁴ *Supra* note 242 (la loi provinciale réglementant le commerce des actions des compagnies s'applique aux entreprises à charte fédérale).

²⁴⁵ *Ibid* à la p 191.

²⁴⁶ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 478.

²⁴⁷ *Spraytech*, *supra* note 6 aux para 37 à 42.

Quelques années plus tard, la Cour suprême opère cependant un élargissement de la prépondérance fédérale en proposant une version modifiée du critère du « champ occupé ». Dans l'arrêt *Hall*²⁴⁸, puis dans *Mangat*²⁴⁹, il est énoncé qu'une loi provinciale sera incompatible avec la loi fédérale si elle déjoue « l'intention » ou « l'objectif » du législateur fédéral²⁵⁰.

Désormais, ces deux critères sont cumulatifs lors de l'évaluation du degré d'incompatibilité emportant la doctrine de la prépondérance²⁵¹. La réinsertion en droit constitutionnel du critère du « champ occupé » ou « conflit d'intention », bien que modifié, est une manifestation de la tendance jurisprudentielle intégrationniste de la Cour suprême²⁵².

En matière d'aménagement du territoire, où les chevauchements de normes sont inéluctables eu égard aux choix de l'emplacement des installations fédérales, cette méthode a eu pour conséquence de rendre inopérants bien des règlements de zonage municipal.

Dans l'arrêt *Lafarge*²⁵³, il s'agissait d'évaluer la constitutionnalité de l'application d'un règlement de zonage municipal à un projet d'installation intégrée sur un terrain appartenant à l'Administration portuaire de Vancouver (APV). Le règlement en question est déclaré inopérant puisque la Cour considère qu'il entre en conflit d'opérabilité avec une politique d'aménagement du front des mers, émise par une entreprise fédérale, l'administration portuaire de Vancouver²⁵⁴.

L'installation que l'administration portuaire de Vancouver désire construire est dite intégrée puisqu'elle servait à la fois à entreposer des « granulats », mais aussi, à les « malaxer »

²⁴⁸ *Banque de Montréal c Hall*, [1990] 1 RCS 121 [*Hall*] (dans cet arrêt, une loi provinciale interdisant aux créanciers (les banques) de prendre immédiatement possession des biens donnés en garantie est déclarée incompatible avec les articles 88 et 89 de la *Loi sur les banques*, SRC 1970 ch B-1. Cette loi prévoit que le créancier peut, en cas de défaut de la part de l'emprunteur, saisir les biens visés par la sûreté. En effet, la Cour suprême conclut que l'intention du Parlement serait autrement écartée si les banques devaient se conformer aux particularités de chaque régime provincial.)

²⁴⁹ *Law Society of British Columbia c Mangat*, [2001] 3 RCS 113 [*Mangat*] (dans cet arrêt, une loi provinciale interdisant aux non-avocats d'exercer tout acte assimilé à l'exercice du droit est déclarée inopérante puisqu'elle déjoue l'intention du législateur fédéral de donner droit à un non-avocat d'agir en conseiller rémunéré en matière d'immigration.)

²⁵⁰ *Hall*, *supra* note 248; *Mangat*, *supra* note 249 ; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 479.

²⁵¹ *BCO*, *supra* note 107 aux para 73-74.

²⁵² *Otis*, *supra* note 21 à la p 270; Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1019; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 414.

²⁵³ *Supra* note 9.

²⁵⁴ *Ibid.*

avec du ciment, sur place, en vue d'expédier du béton, par camion, aux chantiers de construction au centre-ville de Vancouver. À l'évidence, l'installation Lafarge n'avait pas pour vocation d'être un simple lieu de manutention pour la marchandise reçue par voie maritime, mais constituait également un projet de cimenterie en plein cœur de la Ville.

La Ville de Vancouver et l'APV approuvent le projet, mais un groupe de contribuables s'y oppose. Leur argument repose sur le fait que l'APV (compétence fédérale) doit préalablement se munir d'une autorisation de la Ville pour le projet en question. Sous la formule autorisée par la Ville et l'APV, le projet ne répond pas aux exigences du règlement de zonage de la Ville pour ce secteur, notamment à ce qui concerne la hauteur des bâtiments et le niveau du bruit autorisé. Bref, l'APV devrait donc se conformer aux règlements de zonage de la Ville, comme tout autre contribuable.

Les citoyens prétendent que le projet risque de troubler le voisinage, en raison de la pollution qu'occasionneront les déchargements et les chargements des matériaux, la circulation des camions, la perte des arbres et l'obstruction de la vue sur le port²⁵⁵. Leurs motivations sont directement liées aux conséquences environnementales du projet. Ces nuisances font déjà l'objet d'encadrement réglementaire par les normes de zonage municipal. Ils déplorent que la Ville refuse d'appliquer ses propres règlements alors que les terrains visés par le projet se situent sur son territoire et relèvent de sa compétence²⁵⁶.

La *Loi maritime du Canada* (LMC)²⁵⁷ autorise les administrations portuaires à exercer les activités traditionnelles liées à la navigation, au transport des passagers et des marchandises et à la manutention des marchandises, à titre de mandataire de la Couronne²⁵⁸. La LMC autorise aussi les administrations portuaires à exercer à leur propre compte, et non à titre de mandataire de la Couronne, « toute autre activité qui est désignée [...] comme nécessaire aux opérations portuaires »²⁵⁹. Ces opérations, indique la Cour suprême, « ne possèdent pas nécessairement un caractère maritime, pourvu qu'elles génèrent des recettes qui assurent le développement du port en tant qu'entité économique. »²⁶⁰ Le projet Lafarge entre dans la deuxième catégorie d'activités, soit celle

²⁵⁵ *Ibid* au para 14.

²⁵⁶ *Ibid* au para 81.

²⁵⁷ LC 1998, c 10 [LMC].

²⁵⁸ LMC, *supra* note 257 art 7(1); *Lafarge*, *supra* note 9 au para 46.

²⁵⁹ LMC, *supra* note 257 art 28(3); *Lafarge*, *supra* note 9 au para 46.

²⁶⁰ *Lafarge*, *supra* note 9 au para 46.

liée au développement du port en tant qu'entité économique. Relativement à ces opérations, les administrations portuaires doivent soumettre au gouvernement fédéral une politique²⁶¹ d'aménagement des terrains qu'ils utilisent tant dans le cadre de leurs activités à titre de mandataires de la Couronne qu'à titre d'entreprise pour leur propre compte²⁶². La loi précise que cette politique administrative n'a aucune force normative²⁶³.

En raison de cette exigence de la LMC, l'APV a adopté sa politique (Port 2010), dans laquelle elle propose ses orientations d'aménagement pour notamment les terrains qu'elle possède à son compte dont ceux convoités par Lafarge²⁶⁴. C'est en vertu de cette politique administrative juridiquement non contraignante qu'elle se reconnaît le droit d'autoriser le projet Lafarge selon ses propres critères.

Après avoir écarté l'application de l'exclusivité des compétences, la Cour suprême juge les normes municipales incompatibles avec la politique Port 2010 et elle conclut que la politique Port 2010 est prépondérante aux règlements municipaux. Le règlement de zonage de la Ville de Vancouver ne peut être appliqué sans faire fi de l'objectif fédéral de reconnaître à l'APV un pouvoir décisionnel final sur le développement du port relativement à des matières qui relèvent de la compétence législative du Parlement, ici la navigation et les bâtiments et navires²⁶⁵. Encore une fois, une simple politique administrative d'entreprise fédérale est prépondérante sur le règlement de zonage d'un gouvernement élu, la Ville et ce, en raison d'un conflit d'intention.

Cette conclusion fait écho à la thèse de K. Benyekhlef à l'effet que nous assistons à la naissance de normativités émergentes. Le présent cas s'assimile à de l'autorégulation, soit une des techniques de production de normes alternatives²⁶⁶ qui consiste en « l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-

²⁶¹ *Ibid* au para 46.

²⁶² LMC, *supra* note 257 art 48(1); *Lafarge*, *supra* note 9 au para 49.

²⁶³ LMC, *supra* note 257 art 48(1); *Lafarge*, *supra* note 9 au para 50.

²⁶⁴ *Lafarge*, *supra* note 9 aux para 48 et ss.

²⁶⁵ La compétence fédérale en matière de navigation, de bâtiments maritimes et de navire s'étend aux infrastructures des activités liées à ces matières. La LMC est une loi valide qui peut produire des « effets accessoires » sur des matières qui relèvent de la compétence provinciale, telles l'utilisation des terres et l'aménagement des terrains de la municipalité de Vancouver. Voir *Ibid* aux para 62, 63 et 75.

²⁶⁶ Benyekhlef, « Histoire de la norme », *supra* note 76 à la p 739.

mêmes l'application. »²⁶⁷ Trouvant assise dans le texte constitutionnel par l'interprétation judiciaire, ces normativités émergentes, qui n'empruntent plus les voies juridiques usuelles et qui, dans le présent cas, ont pour vocation le développement économique d'un port, se voient ainsi déclaré hiérarchiquement supérieure aux règlements d'un gouvernement élu (droit étatique classique).

Observée du point de vue provincial et municipal, la capacité du gouvernement fédéral de déléguer à des entités privées des compétences intrinsèquement locales (ici, en urbanisme et en environnement local), qui certes, sont liées à l'aspect économique de la navigation, n'est-il pas un exercice *ultra vires* de sa compétence sur cette même matière? La jurisprudence est pourtant à l'effet que les entreprises à charte fédérale ne peuvent être perçues comme des « enclaves » aux normes provinciales et municipales²⁶⁸. Notons également que la subsidiarité, ici, ne fait l'objet d'aucune mention.

Ainsi, dans la conception moderne du fédéralisme, les chevauchements de normes se convertissent entre autres, en une application de la prépondérance fédérale. Il en résulte une centralisation des pouvoirs qui s'opère en conséquence d'une interprétation en apparence plus souple du partage des pouvoirs. Alors que les conséquences environnementales du projet Lafarge et l'objectif de la réglementation municipale d'encadrer les nuisances locales sont écartés par la conclusion de la majorité des juges, l'efficacité économique factuelle contribue à justifier une application large de la prépondérance fédérale²⁶⁹.

Bien que la conclusion de l'arrêt *Larfarge* soit discutable, l'approche des juges Binnie et Lebel peut être reçue comme un moindre mal pour les provinces et le municipal. En dénouant l'affaire par une interprétation large de la prépondérance fédérale, les juges Binnie et Lebel dans cette affaire, au nom de la majorité, rejettent l'application de l'exclusivité des

²⁶⁷ *Ibid* à la p 740, citant Bertrand Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004 à la p 488.

²⁶⁸ *Re City of Hamilton and Hamilton Harbour Commissioners and al*, 48 OR (2d) 757 — 14 DLR (4th) 338; *Larfarge*, *supra* note 9 au para 65.

²⁶⁹ « En 1998, le Parlement a de nouveau réorganisé en profondeur la structure des ports fédéraux en adoptant la *Loi maritime du Canada*, LC 1998 ch 10 (« LMC »). [...] La loi révisée consolidera et simplifiera la réglementation maritime, réduira la paperasserie et permettra la prise de décisions commerciales plus rapide. Elle permettra aux ports de répondre plus efficacement aux besoins de leurs clients et de réduire la bureaucratie. Dans l'ensemble, elle améliorera la compétitivité de notre secteur maritime. (Débats de la Chambre des communes, vol 135, 1^{ère} sess, 36^e lég, 10 octobre 1997, p 766) [Nos soulignements] » dans *Larfarge*, *supra* note 9 au para 45.

compétences, alors que le juge Bastarache, dissident, estime pour sa part, qu'il s'agissait d'un cas typique d'inopérabilité²⁷⁰. Pour ainsi dire, la conclusion des juges Lebel et Binnie crée les conditions propices à une application de normes locales qui seraient complémentaires, sans être incompatibles, avec le droit fédéral. Ainsi, une question similaire pourrait être débattue à nouveau sans risquer de voir le droit local asphyxié par l'exclusivité des compétences de même que par leur propre mention dans *Banque canadienne de l'Ouest* à l'effet que cette doctrine trouve application dans les cas reconnus par la jurisprudence²⁷¹.

2.2.2 La théorie de l'intérêt national

L'alinéa introductif de l'article 91, soit celui reconnaissant au fédéral le pouvoir de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » se divise en trois catégories d'intervention : le pouvoir d'urgence, la théorie (ou la doctrine) de l'intérêt national et le pouvoir résiduaire²⁷². Pour les fins d'une analyse sur la dualité locale-nationale en environnement et sur la constitutionnalité des pouvoirs municipaux en aménagement du territoire, c'est surtout la doctrine de l'intérêt national qui est la plus pertinente.

À titre d'exemple, c'est en vertu de la compétence du Parlement relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement que la Cour suprême a confirmé son pouvoir exclusif sur l'aéronautique²⁷³, et ce, avant même que l'intérêt national ne fasse concrètement l'objet d'une analyse conceptuelle et d'une définition. L'avis du Comité judiciaire précité, *Aeronautics Reference*²⁷⁴, en témoigne. Certes, l'objet principal de cet avis était l'intégration en droit interne des ententes internationales en aéronautique en vertu de l'article 132 de la loi de 1867. Or, il eut pour conséquence collatérale un début d'assimilation à l'autorité fédérale de tout ce qui touche de près ou de loin ce secteur d'activité ou ce type d'usage du territoire.

Quelques années plus tard, en 1952, dans l'arrêt *Johannesson*²⁷⁵, l'avis *Aeronautics Reference*, entre autres, justifie un élargissement de la nouvelle compétence fédérale en

²⁷⁰ *Ibid* aux para 93, 103 et 107.

²⁷¹ *BCO*, *supra* note 107 au para 77.

²⁷² Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 584.

²⁷³ *Johannesson v Municipality of West St Paul*, [1952] 1 SCR 292 aux pp 305 (Juge Kerwin) p 320 (Juge Estey) et pp 328-329 (Juge Locke) [*Johannesson*].

²⁷⁴ *Aeronautics Reference*, *supra* note 166.

²⁷⁵ *Johannesson*, *supra* note 273.

aéronautique en vertu de l'intérêt national. Dans cette affaire, la Cour doit statuer sur la constitutionnalité d'un règlement de la municipalité West St. Paul au Manitoba, qui spécifiquement réglementait la permission et l'interdiction d'implanter des aérodromes sur certaines zones de son territoire. Elle conclut que la compétence fédérale sur l'aéronautique s'étend aux installations terrestres qui facilitent le vol donc que le règlement municipal est *ultra vires*²⁷⁶. Comme le souligne J. Beetz :

[L]a constitution de 1867 est susceptible de se prêter à une expansion presque indéfinie de la compétence fédérale, soit à cause de renversements jurisprudentiels toujours concevables, soit par suite de l'exploration par la jurisprudence de domaines qu'elle a laissés jusqu'ici intouchés, soit enfin par la pratique ou l'usage plus abondant par le pouvoir fédéral de compétences qui lui sont déjà reconnues.²⁷⁷

Les auteurs H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet estiment que les limites de cette théorie ont finalement été circonscrites « sainement » dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*²⁷⁸. Dans ce renvoi de 1976, la Cour suprême se prononce sur la constitutionnalité de la *Loi anti-inflation*²⁷⁹, une mesure législative par laquelle le fédéral instaurait un contrôle des prix et des salaires pour endiguer le chômage et l'inflation qui ravageaient le pays. Elle conclut en la constitutionnalité de la mesure en raison uniquement de l'urgence de la situation, soit une récession économique affectant l'ensemble du pays²⁸⁰.

L'aspect sur lequel nous désirons mettre l'emphase ici est qu'une majorité de juges, dans ce renvoi, écarte explicitement l'argument de la théorie de la dimension nationale présenté par le fédéral. À cet égard, selon les juges Beetz et de Grandpré, ayant rallié la majorité sur ce point²⁸¹, la théorie de la dimension nationale ne peut être invoquée que lorsque le fédéral légifère sur des sujets clairement distincts qui ne se rattachent à aucun des paragraphes de l'article 92 de la loi de 1867. Ces matières nouvelles doivent être d'intérêt national et de

²⁷⁶ *Ibid* aux pp 307-309 (Juge Kerwin) p 311 (Juge Kellock) p 318 (Juge Estey) et pp 328-329 (Juge Locke); *Lacombe, supra* note 7 à la p 27.

²⁷⁷ Beetz, *supra* note 135 à la p 131,

²⁷⁸ *Renvoi relatif à la loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373 [*Renvoi relatif à la loi anti-inflation*]; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 589.

²⁷⁹ 1974-75-76 (Can) c 75.

²⁸⁰ *Renvoi relatif à la loi anti-inflation, supra* note 278.

²⁸¹ *Ibid* aux pp 376 et 437 (s'étant prononcés sur l'argument de l'urgence nationale de la mesure, les juges Laskin, Judson, Spence et Dickson jugent non nécessaire d'examiner si sa validité puisse également se fonder sur la dimension nationale. Les juges Marland, Ritchie et Pigeon, Beetz et Grandpré, dans des motifs différents, concluent néanmoins que la mesure ne peut être rattachée à une matière ayant atteint une dimension nationale).

nature indivisible²⁸². Selon la Cour suprême, un agrégat de sujets diffus, telle l'inflation, ne répond pas à la condition d'indivisibilité d'une matière nationale²⁸³. Les agrégats de matières réfèrent aux domaines qui sont « des façons nouvelles de considérer les titres de compétence déjà dévolus »²⁸⁴. Bref, dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, les juges Beetz et de Grandpré modèrent la doctrine de la dimension nationale en assujettissant son application à une matière nouvelle et indivisible.

La théorie de la dimension nationale n'a cependant pas été très longtemps confinée aux critères énoncés par les juges Beetz et de Grandpré dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*. En 1988, dans l'arrêt *Crown Zellerbach*²⁸⁵, la Cour déclare constitutionnelle une loi fédérale environnementale contrôlant le rejet de déchets en mer incluant en eaux provinciales. En appui à cette conclusion, la Cour use du critère de l'efficacité pour raffermir la théorie de la dimension nationale.

Premièrement, dans un jugement majoritaire rédigé par le juge Le Dain, la Cour énonce que désormais, la théorie de l'intérêt national s'applique « autant à des matières nouvelles qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale. [Nos soulignements] »²⁸⁶ La condition d'application à une matière dite « nouvelle », strictement, est ici abandonnée.

Deuxièmement, la Cour poursuit et indique que pour qu'une matière soit d'intérêt national, elle doit répondre aux critères d'unicité, de particularité et d'indivisibilité. Puis, elle va plus loin encore. Pour qu'une matière ait un degré d'unicité, de particularité et d'indivisibilité suffisant pour être d'intérêt national, il faut examiner les potentielles conséquences sur les intérêts extra-provinciaux d'une omission d'une province d'agir efficacement sur la matière en question²⁸⁷. Il s'agit là d'une élévation majeure de la doctrine de l'intérêt national au sens où l'incapacité provinciale est présumée, aucune preuve n'a été déposée au soutien de cette affirmation. Autrement dit, l'incapacité provinciale est analysée *in abstracto*²⁸⁸. Une telle

²⁸² *Renvoi relatif à la loi anti-inflation*, supra note 278 aux pp 457-458

²⁸³ *Ibid* au para 457.

²⁸⁴ Brun, Tremblay et Brouillet, supra note 43 à la p 592; Otis, supra note 21 à la p 594.

²⁸⁵ *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401 [*Crown Zellerbach*].

²⁸⁶ *Ibid* 401 au para 432; Brun, Tremblay et Brouillet, supra note 43 à la p 590.

²⁸⁷ *Crown Zellerbach*, supra note 285 à la p 432.

²⁸⁸ Brouillet, « Pandora's Box? », supra note 55 à la p 620.

logique facilite l'attribution des nouvelles matières au national, donc favorise une centralisation des pouvoirs.

Plusieurs ont critiqué le critère modifié de la dimension nationale. Certains auteurs dénoncent le rôle politique que s'alloue illégitimement le pouvoir judiciaire dans cette approche, notamment puisque la création d'une compétence au fédéral par la dimension nationale est permanente et exclusive²⁸⁹. Les provinces ne peuvent dès lors plus légiférer concurremment sur cette matière dans ce qui se rapporte à leur champ de compétence²⁹⁰.

À la suite de l'arrêt *Crown Zellerbach*, un doute plane à savoir si la compétence du fédéral sur l'environnement en vertu de l'intérêt national doit se comprendre au sens large, ou si elle doit être restreinte à la protection des eaux de mers. En effet, assimiler la protection de l'environnement, une matière diffuse, à la dimension nationale fait gravement obstacle à la capacité des provinces et des municipalités de légiférer en cette matière dans leurs champs de compétences exclusives.

2.2.3 L'environnement, un frein à la théorie de l'intérêt national

L'arrêt *Crown Zellerbach* a fait l'objet de plusieurs critiques, dont au premier plan celle que le critère modifié de l'« incapacité provinciale » facilite l'attribution des nouvelles matières au national, donc favorise une centralisation des pouvoirs²⁹¹. En outre, du point de vue strictement environnemental, assimiler l'environnement, une matière aussi floue qu'englobante, à la compétence exclusive du fédéral en vertu de l'intérêt national risque de déséquilibrer la fédération. D'un côté, cette nouvelle compétence fédérale pourrait justifier des débordements indus des lois canadiennes sur les compétences provinciales. De l'autre, elle fait obstacle aux provinces et aux municipalités dans la mise en œuvre de lois et règlements en environnement se rattachant aux compétences exclusives provinciales²⁹². Constatant le potentiel centralisateur de cette conclusion sur les éventuels litiges en partage des compétences, la Cour suprême rectifie le tir, et reconnaît dans les arrêts *Oldman*

²⁸⁹ *Crown Zellerbach*, *supra* note 285 à la p 433 (motifs juges Beetz, Lamer et La Forest, dissidents).

²⁹⁰ Otis, *supra* note 21 à la p 271; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 aux pp 44-445; Leclair, *supra* note 21 aux pp 446 et 447; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 592.

²⁹¹ Brouillet, « Pandora's Box », *supra* note 55 à la p 620.

²⁹² *Crown Zellerbach*, *supra* note 285 à la p 433 (motifs juges Beetz, Lamer et La Forest, dissidents); *Oldman River*, *supra* note 6 aux pp 63 à 65 (motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, majoritaires); *Hydro-Québec*, *supra* note 6 au para 115 (motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin, majoritaires).

*River*²⁹³ et *Hydro-Québec*²⁹⁴ que l'environnement est une matière nécessitant une intervention multiniveau.

C'est l'opinion dissidente des juges Beetz, Lamer et La Forest dans *Crown Zellerbach*²⁹⁵ qui est mise de l'avant quelques années plus tard dans *Oldman River* et *Hydro-Québec*. Dans ces deux arrêts, la Cour clarifie la conclusion de *Crown Zellerbach*, au profit d'une approche pluraliste en matière de protection de l'environnement.

Dans *Oldman River*, la Cour suprême est amenée à déterminer la constitutionnalité d'un acte de l'exécutif fédéral nommé *Décret fédéral sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (Le Décret)*²⁹⁶. Le Décret sur les lignes directrices, adopté en vertu de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*²⁹⁷, exige la mise en œuvre d'une évaluation environnementale par tous les ministères et organismes fédéraux qui exercent un pouvoir décisionnel à l'égard de quelconques entreprises ou activités susceptibles de nuire à l'environnement sur une question de compétence fédérale.

L'origine du litige est la construction d'un barrage sur la rivière Oldman en Alberta. Puisque le projet touche des eaux navigables et de pêcheries, l'Alberta demande aux ministres fédéraux des Transports ainsi que des Pêches et Océans les autorisations nécessaires, sans que ces derniers n'effectuent nulle autre évaluation environnementale. Des particuliers s'opposent au projet et demandent aux ministères fédéraux de procéder à une évaluation environnementale en vertu du Décret²⁹⁸. Cette demande est refusée. Le groupe saisit donc la Cour pour forcer les ministères fédéraux à respecter le Décret. Devant la Cour suprême, les ministres fédéraux (ironiquement), conjointement avec la province de l'Alberta, contestent l'application du Décret sous plusieurs arguments. L'Alberta, plus précisément, soutient que le Décret permet au gouvernement fédéral de régler les répercussions

²⁹³ *Supra* note 6.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Crown Zellerbach*, *supra* note 285 à la p 433 (motifs juges Beetz, Lamer et La Forest, dissidents).

²⁹⁶ DORS/84-467 [*Le Décret*].

²⁹⁷ LRC ch E-10, art 6.

²⁹⁸ Par exemple, la *Loi sur la protection des eaux navigables*, LRC ch N-22 prévoit à ses articles 21 et 22 que le ministère des Transports doit prendre en compte les risques environnementaux des projets soumis à son autorisation. Voir *Oldman River*, *supra* note 6 aux pp 67 et 73-74.

environnementales de matières qui ne relèvent pas de sa compétence, notamment les ouvrages provinciaux²⁹⁹.

En réponse à cet argument, le juge La Forest, pour la majorité, écrit « le contrôle de l'environnement, en tant que sujet [diffus], ne possède pas la particularité requise pour satisfaire au critère en vertu de la théorie de l'intérêt " national " formulée par le juge Beetz dans *le Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* »³⁰⁰. Selon la Cour suprême cette fois-ci, pour déterminer si un gouvernement légifère conformément au partage des compétence en environnement, il faut examiner les pouvoirs spécifiques de ce dernier³⁰¹. Contrairement à *Crown Zellerbach*, la Cour, dans *Oldman River*, estime qu'une loi fédérale en environnement (ici, un décret) sera constitutionnelle s'il est possible de la rattacher à l'une des compétences exclusives fédérales, autrement, uniquement si celle-ci respecte le partage des compétences. Dans cette optique, le Décret fédéral est déclaré constitutionnel. En effet, de par son caractère véritable, la Cour estime qu'il impose simplement aux ministres fédéraux des Transports, et des Pêches et des Océans (uniquement) de procéder à une évaluation environnementale supplémentaire dans leurs champs de compétences exclusives, puisque leurs actions ou leurs inactions représentent un risque pour l'environnement en eaux navigables et de pêcheries³⁰². Ainsi, tant les provinces que le fédéral peuvent légiférer dans le domaine de l'environnement dans l'exercice de leurs compétences législatives prévues aux articles 91 et 92 de la loi de 1867³⁰³.

Quelques années plus tard dans l'affaire *Hydro-Québec*³⁰⁴, la Cour est appelée à déterminer la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LCPE)³⁰⁵. Au soutien de sa prétention à l'effet que les dispositions de la LCPE contestées sont constitutionnelles, le gouvernement fédéral invoque d'une part, explicitement, son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, et d'autre part, sa compétence législative en matière de droit criminel³⁰⁶. Le juge

²⁹⁹ *Ibid* à la p 63.

³⁰⁰ *Crown Zellerbach*, *supra* note 285 à la p 433 (motifs juges Beetz, Lamer et La Forest, dissidents); *Ibid*, aux pp 63 à 65 (motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, majoritaires); *Hydro-Québec*, *supra* note 6 aux para 112 à 117 (motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin, majoritaires).

³⁰¹ *Ibid*.

³⁰² *Oldman River*, *supra* note 6 aux pp 65 à 69.

³⁰³ *Ibid* à la p 68.

³⁰⁴ *Supra* note 6.

³⁰⁵ LRC (1985) ch 16 (4e suppl.) [LCPE].

³⁰⁶ *Hydro-Québec*, *supra* note 6 au para 108.

La Forest, encore une fois pour la majorité, débute en précisant que dans *Crown Zellerbach*, il était question de la pollution de la mer, strictement. Ainsi, la Cour, dans *Crown Zellerbach*, a décidé que la pollution de la mer est une question d'intérêt national en regard des conditions d'application de cette doctrine, telles qu'énoncées dans le *Renvoi sur la Loi sur l'inflation*³⁰⁷ (unité, particularité et indivisibilité), et des risques reliés à l'omission d'une province d'agir efficacement sur cet enjeu.

Or, tout comme dans *Oldman River*, dans *Hydro Québec*, le juge La Forest ayant rallié la majorité sur ce point, préfère résoudre la question de la constitutionnalité des dispositions de la LCPE suivant la doctrine du caractère véritable, par crainte qu'une assimilation « enthousiaste » de l'environnement à l'intérêt national puisse « modifier radicalement le partage des compétences législatives au Canada »³⁰⁸. Cette méthode, comme il a été indiqué, consiste à analyser si la loi contestée, de par son caractère véritable, se rattache à l'un des champs de compétences exclusifs du gouvernement l'ayant adopté³⁰⁹. Bref, les dispositions contestées de la LCPE, dans *Hydro Québec*, sont déclarées constitutionnelles puisque selon la majorité, son caractère véritable se rattache à la compétence fédérale en matière de droit criminel³¹⁰. Or, en dissociant les législations fédérales en environnement de l'intérêt national, la Cour suprême protège les interventions des autres ordres gouvernementaux en cette matière³¹¹.

Pour le reste, le critère de l'incapacité provinciale justifiant une application élargie de la doctrine de l'intérêt national est néanmoins préservé³¹². L'intérêt du critère modifié de l'arrêt *Crown Zellerbach* réside, d'une part, dans la démonstration que les raisonnements juridiques de la Cour suprême ont pour objectif d'optimiser le fédéralisme canadien en fonction du critère de l'efficacité et, d'autre part, dans le fait que l'incapacité provinciale est aussi un critère opérationnel du principe de subsidiarité³¹³.

³⁰⁷ *Ibid* au para 115; *Renvoi sur la Loi sur l'inflation*, *supra* note 278.

³⁰⁸ *Crown Zellerbach*, *supra* note 285 à la p 433 (motifs juges Beetz, Lamer et La Forest, dissidents); *Hydro-Québec*, *supra* note 6 au para 115.

³⁰⁹ *Hydro-Québec*, *supra* note 6 aux para 115 à 117.

³¹⁰ *Ibid* aux para 118 et ss.

³¹¹ *Ibid* aux para 110, 111 et 188 et ss.

³¹² Hogg, « Constitutional Law (2018) », *supra* note 151 aux pp 17-13 à 17-15; *Hydro-Québec*, *supra* note 6 au para 116.

³¹³ Gareth Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea, In The Wrong Place, At the Wrong Time » (2006) 43 CML Rev 63 à la p 77; Brouillet, « Pandora's Box? », *supra* note 55 à la p 602.

Bref, le critère de l'incapacité locale ou de l'efficacité centrale (à ce jour, non défini) tend à favoriser une centralisation du pouvoir. C'est pour cette raison qu'il risque de dénaturer le principe de subsidiarité, une notion centrale à notre analyse en vertu de laquelle, prioritairement, les décisions affectant les individus au quotidien doivent être prises par l'autorité la plus près de ces individus telles celles en aménagement du territoire et celles qui touchent l'environnement de proximité.

2.3 LA PRIORITÉ ACCORDÉE À LA RECHERCHE D'EFFICACITÉ DANS L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE DU FÉDÉRALISME MODERNE ET DE LA SUBSIDIARITÉ

La jurisprudence canadienne en partage des compétences traitant de la recherche d'un équilibre entre l'intérêt économique national et l'intérêt social local en aménagement du territoire et en environnement tend vers une intégration des pouvoirs, notamment en raison d'une présomption que l'efficacité est atteinte par une centralisation des pouvoirs.

La jurisprudence sur ce thème démontre qu'initialement, le Comité judiciaire a privilégié une approche dualiste du partage des compétences, sensible au fondement du principe du fédéralisme (autonomie des entités parties au pacte fédéral et équilibre des pouvoirs). La Cour suprême troque ensuite le dualisme par une approche fonctionnelle du partage des compétences. En vertu de cette approche, une centralisation des pouvoirs est légitime en raison de l'efficacité législative centralisée ou de l'incapacité locale. Une des raisons justifiant ce changement d'approche, de paradigme, est la pression centralisatrice qu'exercent les ententes internationales sur la fédération canadienne, notamment en aéronautique, en télécommunication, en matière maritime. En priorisant des intérêts économiques nationaux, la Cour sacrifie les considérations locales en aménagement du territoire et en environnement de proximité.

Au cours de notre analyse sur ces deux approches et sur leurs conséquences en droit constitutionnel et en droit local, nous avons laissé en suspens une question tant épineuse que fondamentale, soit celle de savoir si le principe de subsidiarité, et celui de fédéralisme coopératif, s'inscrivent dans le prolongement de l'approche fonctionnaliste de la Cour suprême, ou s'ils sont des principes d'une tout autre nature.

Nous verrons dans les sous-titres qui suivent que l'articulation et la compréhension du fédéralisme coopératif et de la subsidiarité sont tributaires de l'héritage de ces deux approches contrastées, le dualisme et le fonctionnalisme. Nous démontrerons ensuite que

l'approche fonctionnelle, présentement dominante, vide ces deux principes de leur contenu conceptuel en les consommant au nom d'une efficacité relative non définie.

2.3.1 Les conséquences de l'approche fonctionnelle sur le fédéralisme moderne

Certains auteurs ont démontré que l'idée d'un fédéralisme coopératif remonte à l'élaboration même du partage des compétences scellé aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹⁴. Dans la même veine, N. Karazivan fait remarquer que c'est en s'appuyant sur les propos du Vicomte Haldane dans *John Deere Plow Co v Wharton*³¹⁵ que les juges majoritaires, dans l'arrêt *Multiple Access*, ont respecté la règle du *stare decisis*. Ces derniers ont alors affirmé que la ligne de démarcation entre les articles 91 et 92 n'est pas aussi facilement identifiable que ce que l'idée de compartiments étanches semble vouloir illustrer³¹⁶. Nous avons aussi indiqué que c'est au travers de la jurisprudence du Conseil privé qu'a pris forme la doctrine du double aspect, qui se rattache à la conception moderne de fédéralisme. L'idée d'antériorité du dualisme et de contemporanéité des chevauchements n'est pas aussi exacte qu'elle ne le paraît.

Les deux grandes périodes, celle du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, associée à la conception classique, et celle de la Cour suprême du Canada, associée à la conception moderne, souple, coopérative³¹⁷, ne sont pas des blocs monolithiques parfaitement cohérents. La jurisprudence oscille entre ces deux visions depuis des lunes.

³¹⁴ Karazivan, *supra* note 22, citant Johanne Poirier, « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? » (2015) 45 RDUS 47; Ian Peach, « The Supreme Court of Canada Long-Gun Registry Decision: The Constitutional Question Behind an Intergovernmental Failure » (2015) 24:1 Constit Forum 1; Brouillet, « Pandora's Box? », *supra* note 55; Bruce Ryder, « Equal Autonomy in Canada's Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR 565; Wade K Wright, « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada » (2010) 51 SCLR 625; Marie-France Chartier et Peter Oliver, « La juge Charron et le fédéralisme coopératif » dans Graham Mayeda et Peter Oliver, dir, *Principles and Pragmatism. Essays in the Honour of Louise Charron*, Markham, LexisNexis Canada, 2014 à la 189; Cyr, *supra* note 32; Paul Daly, « L'abolition du registre des armes d'épaule : le rôle potentiel des principes non écrits » (2014) 23:4 Constit Forum 41; Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty » (2014) 23:4 Constit Forum 1; *R c Wetmore*, [1983] 2 RCS 284 à la p 307 (juge Dickson): « L'équilibre atteint entre les paragraphes 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle* est une manifestation de la confiance que les rédacteurs de la Constitution ont placée dans le fédéralisme coopératif comme moyen de résoudre une question qui est à la fois de dimension nationale et d'intérêt local ».

³¹⁵ *John Deere Plow Co Ltd v Wharton*, [1915] AC 330 à la p 138.

³¹⁶ Karazivan, *supra* note 22 à la p 438, citant *Multiple Access*, *supra* note 242 à la p 180.

³¹⁷ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1009; Brouillet, « La dilution », *supra* note 21 à la p 35.

a) *La résolution judiciaire des chevauchements de normes en contexte constitutionnel*

Outre ces remarques préliminaires eu égard aux débats sur les origines du fédéralisme coopératif, une ligne de démarcation nette peut être tracée entre les logiques contrastées du fédéralisme classique et du fédéralisme coopératif.

Alors que le fédéralisme classique est davantage axé sur l'exclusivité des compétences et sur une lecture du partage des compétences en « compartiment étanche »³¹⁸, le fédéralisme moderne met l'accent sur le caractère véritable de la loi contestée. Ainsi, la première étape d'une résolution de conflit de normes, en contexte constitutionnel, consiste à déterminer si la matière visée par la loi contestée relève d'un champ de compétence exclusif de l'ordre de gouvernement l'ayant adopté (*intra vires*).

L'analyse du caractère véritable d'une législation, soit la recherche de son idée maîtresse, porte sur deux aspects : l'objectif de la législation³¹⁹ et ses effets tant juridiques que pratiques³²⁰. Le résultat de cette première étape de l'analyse est déjà fortement tributaire de l'interprétation judiciaire.

Démontrer que l'aspect dominant de la loi contestée se rattache à un champ de compétence exclusif d'un autre ordre de gouvernement suffit pour mettre fin à l'analyse. Or, le « corollaire fondamental » de cette méthode est qu'une législation se ralliant valablement à un champ de compétence énuméré aux articles 91 et 92 de la loi de 1867 ne peut que rarement produire les effets désirés sans toucher inévitablement à une ou plusieurs matières relevant de l'autre ordre de gouvernement³²¹. En effet, des normes intégrées à un régime législatif valide peuvent empiéter accessoirement sur une matière relevant de l'autre ordre gouvernemental

³¹⁸ *Labour Conventions Reference*, *supra* note 141 à la p 684; *BCO*, *supra* note 107 au para 34.

³¹⁹ Pour identifier le but visé par la législation contestée, soit son objectif réel et non apparent, les tribunaux peuvent examiner tant la preuve intrinsèque, tels le préambule et les dispositions de la loi, que la preuve extrinsèque, telles les circonstances dans lesquelles la mesure a été adoptée. Dans ce dernier cas, on étudie par exemple les procès-verbaux des séances du conseil municipal, les travaux parlements, etc. Voir *BCO*, *supra* note 107 au para 27; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 aux pp 463 à 466.

³²⁰ D'une part, l'effet juridique (ou l'« application sur le strict plan du droit ») se rapporte à l'influence du texte législatif dans son ensemble sur les droits et obligations des personnes assujetties à ses dispositions. Ce que l'on analyse, à cette étape, ce sont les termes de la loi. L'effet pratique, d'autre part, est l'évaluation d'une possible conséquence grave de la loi, sur une matière qui ne relève pas de la compétence du parlement l'ayant adoptée. Voir *BCO*, *supra* note 107 aux pp 482-483 et *Lacombe*, *supra* note 7 au para 20. Voir aussi Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018 à la p 382.

³²¹ *BCO*, *supra* note 107 au para 28.

sans être déclarées inconstitutionnelles³²². C'est ce qu'on appelle la règle des effets accessoires.

La doctrine du caractère véritable repose ainsi sur « la reconnaissance de l'impossibilité pratique qu'une législation exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. »³²³ L'appréciation du caractère véritable endosse les chevauchements de compétence, élément fondamental de distinction entre la conception classique et la conception moderne du fédéralisme. Cette reconnaissance fait déjà brèche à la pensée moderne du droit et à sa prétention à pouvoir former des catégories strictes et fixes.

Dans ce contexte, la doctrine du double aspect proposée par le Comité judiciaire est préservée, bien entendu. Certaines situations factuelles, considérées indépendamment de leur qualification juridique, peuvent être appréhendées à partir de perspectives normatives différentes et conséquemment, être rattachées à l'une ou l'autre des compétences³²⁴.

À cet égard, la reconnaissance des chevauchements de compétences, justifiée par une application du double aspect ou des effets accessoires, est peu conciliable avec la prévalence accordée à la doctrine de l'exclusivité des compétences de la conception classique. C'est pourquoi, dans *Banque canadienne de l'Ouest*³²⁵, un arrêt important en matière de fédéralisme coopératif, les juges Binnie et Lebel imposent des limites à cette doctrine, dont l'application asymétrique (en faveur du fédéral), notent-ils, menace le principe de subsidiarité³²⁶. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer dans quelle mesure les banques, régies par le fédéral, devaient respecter les lois provinciales règlementant la promotion et la vente d'assurance. La conclusion est à l'effet que les banques sont assujetties aux législations provinciales sur les assurances; ces dernières n'entravent pas

³²² *Lacombe, supra* note 7 au para 36 ; *BCO, supra* note 107 au para 28; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 467.

³²³ *BCO, supra* note 107 au para 29.

³²⁴ *Ibid* au para 30; *Lacombe, supra* note 7 au para 99; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 467.

³²⁵ Ce changement découle des enseignements du juge Dickson dans *SEFPO c Ontario (procureur général)*, [1987] 2 RCS 2 à la p 17, qui préconise une vision du fédéralisme mettant davantage l'accent sur la possibilité d'une interaction légitime des pouvoirs fédéraux et provinciaux. Voir *BCO, supra* note 107 au para 36-37.

³²⁶ *BCO, supra* note 107 au para 45.

le cœur d'une activité bancaire essentielle et elles ne sont pas incompatibles avec une loi fédérale.

Premièrement, depuis *BCO*, la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique uniquement lorsqu'il y a entrave au contenu minimum élémentaire d'une compétence exclusive, ou à l'élément vital ou essentiel d'une entreprise, qui relève de l'autre ordre gouvernemental³²⁷. La notion d'entrave, ou ce qui « stérili[se] ou détrui[t] la capacité et les pouvoirs » tire sa source des arrêts du Conseil privé, lorsque ce dernier devait décider dans quelle mesure une compagnie à charte fédérale est assujettie à une loi provinciale d'application générale³²⁸. Le critère de la « stérilisation » des activités de l'entreprise a primé jusqu'en 1988, l'année où la Cour suprême le modifie pour celui de la simple atteinte³²⁹. Considérant que l'état de droit, avant 1988, était plus fidèle au régime fédéral canadien, les juges Binnie et Lebel, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, rétablissent la notion d'entrave³³⁰. Ce critère diminue le champ d'application de l'exclusivité des compétences, qui avait été considérablement élargi par le critère « toucher » plutôt que « stériliser ».

Deuxièmement, l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* mentionne que l'application de l'exclusivité des compétences devrait se limiter, de façon générale, aux situations ayant déjà été traitées par la jurisprudence³³¹. Dès lors, la Cour indique qu'il est préférable, si les circonstances s'y prêtent, de prioriser les doctrines du caractère véritable et de la prépondérance fédérale³³². Ces enseignements constituent l'un des précédents les mieux articulés en ce qui a trait à la pratique du fédéralisme coopératif.

b) La coopération, l'efficacité et le début de l'intégration

La coopération, pivot du fédéralisme moderne, s'exerce sur deux axes, entre états fédérés (horizontal) et entre l'entité fédérale et les entités fédérées (vertical)³³³. Or, c'est le rapport entre le fédéral et les états fédérés qui a particulièrement influencé la pratique du fédéralisme³³⁴. Alors que, par définition, la coopération implique l'atteinte d'un but commun

³²⁷ *Ibid* aux para 48-54

³²⁸ *Great West Saddlery Co v The King*, [1921] 2 AC 91.

³²⁹ *Bell Canada c Québec (Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail)*, [1988] 1 RCS 749; *BCO*, *supra* note 107 au para 49.

³³⁰ *BCO*, *supra* note 107 au para 49.

³³¹ *Ibid* au para 77.

³³² *Ibid* au para 77.

³³³ Brouillet, « Négation de la nation », *supra* note 107 à la p 96.

³³⁴ *Ibid* à la p 97.

entre deux partenaires égaux³³⁵, il a été démontré, par plusieurs auteurs, que la tendance jurisprudentielle de la Cour suprême en matière de fédéralisme tend vers une centralisation des pouvoirs³³⁶. À cet égard, J. Beetz écrit : « [l]e fédéralisme coopératif, c'est du fédéralisme tempéré par un début d'intégration. C'est l'admission implicite des lacunes du fédéralisme. »³³⁷

Pour N. Karazivan, le fédéralisme coopératif recèle d'une autre nature. À son avis, il exerce deux fonctions non étrangères au fondement du fédéralisme soit le respect des autonomies de chaque entité partie du régime fédéral, dans ses champs de compétences exclusives :

C'est, dans un premier temps (A), un principe constitutionnel permettant aux juges d'assouplir les doctrines classiques du fédéralisme canadien, comme celles de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale, et d'interpréter de manière large les doctrines modernes du fédéralisme canadien, comme celles du caractère véritable, du double aspect et des pouvoirs accessoires. Cet usage, purement judiciaire, ne repose pas sur la présence d'une coopération intergouvernementale ou interparlementaire, même si celle-ci semble être souhaitée par les tribunaux. C'est un fédéralisme coopératif judiciaire, axé sur un potentiel de coopération future. Et c'est, dans un deuxième temps (B), un outil qui justifie la retenue judiciaire en présence d'un accord intergouvernemental ou d'un partenariat, envisageant l'exercice des compétences législatives de manière intégrée, et qui prend acte de la présence d'une réelle coopération gouvernementale. Il s'agit d'un fédéralisme coopératif exécutif, reposant sur une coopération actualisée.³³⁸

Suivant cette définition, le fédéralisme coopératif se veut davantage pluriel qu'intégré. Ici, les lecteurs avisés questionneront certainement le paradoxe suivant : la jurisprudence de la Cour suprême, à laquelle est associée cette conception du fédéralisme, aussi contradictoire que cela puisse paraître, est reconnue comme centralisatrice des pouvoirs. Or, ce n'est pas tant les chevauchements de normes, mais bien plutôt l'approche fonctionnelle qui consomme le principe fédératif coopératif, particulièrement lorsque des conflits de normes surgissent entre le municipal et le fédéral en aménagement du territoire.

Cette tendance jurisprudentielle risque aussi de vider de son contenu conceptuel le principe de subsidiarité. Autrement dit, la subsidiarité offre une définition théoriquement favorable à

³³⁵ *Ibid* aux pp 96-97.

³³⁶ Otis, *supra* note 21; Loungnarath, *supra* note 21; Frémont, *supra* note 21; Leclair, *supra* note 21; Brouillet, « La dilution », *supra* note 21.

³³⁷ Beetz, *supra* note 135 à la p 137.

³³⁸ Karazivan, *supra* note 22 à la p 440.

la décentralisation, mais, dans les faits – en pratique – elle s'impose comme l'assise d'une jurisprudence encore plus centralisatrice (du fait de son critère sous-jacent, l'efficacité).

Pour rendre compte de ces constats, le passage suivant des écrits de J. Beetz, cité par plusieurs auteurs, est éloquent :

Enfin le juriste québécois ne peut que se troubler devant l'attitude de certains juristes canadiens qui ou bien se contentent de critères surtout quantitatifs pour déterminer la validité des lois dont la constitution est mise en doute [citation omise] ou bien prennent plaisir à souligner le degré considérable d'intuition qui entre en jeu dans l'interprétation judiciaire de la constitution [citation omise]. L'attitude de ces juristes constitue peut-être une description fidèle du processus d'interprétation constitutionnelle, mais lorsque l'on s'y complaît, elle peut provoquer une confusion entre la science politique et le droit, et entraîner une démission de l'esprit d'analyse et une renonciation à la conceptualisation, tous deux indispensables à la fécondité du droit.³³⁹

En somme, ces propos de J. Beetz résument bien des maux du fédéralisme canadien. D'une part, une interprétation inconstante, peu rigoureuse, où la discrétion du juge se laisse influencer par des considérations d'opportunité plutôt que par une rigueur conceptuelle. C'est une forme de « réalisme » à la canadienne que dénonce ici le juge Beetz, qui en appelle à un effort d'interprétation des normes. D'autre part, il a y aussi cet écart entre les concepts, leurs sens, leur définition, d'un côté, et leur application ou leur concrétisation, de l'autre, qui – suivant les mots de J. Beetz – traduisent au Canada une « renonciation à la conceptualisation ».

2.3.2 La subsidiarité et le critère non défini de l'incapacité provinciale (et municipale)

Le principe de la subsidiarité engendre une double contrainte. D'abord, il s'agit de reconnaître, prioritairement, que les institutions locales sont les mieux placées pour mettre en œuvre des législations. Ensuite, de façon subsidiaire, il impose au pouvoir central d'intervenir uniquement lorsque cela est nécessaire.

Depuis son insertion au droit de la communauté européenne, ce principe de subsidiarité a connu un réel essor, dans la sphère juridique. Dans le *Traité de Maastricht*, il se présente comme suit :

La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

³³⁹ Jean Beetz, *supra* note 135 à la p 121.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. [Nos soulignements]³⁴⁰

Le critère européen recoupe cette notion de la nécessité. L'Union agit « dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres ». Autrement dit, l'approche européenne a pour corollaire une intervention dite nécessaire de la communauté en cas d'insuffisance des états décentralisés. Elle est assimilable, en droit canadien, à une forme de capacité de l'entité fédérale de pallier l'incapacité des entités fédérées, qui est sous-jacente à la doctrine canadienne de l'intérêt national discutée précédemment³⁴¹.

Cette notion « d'incapacité » suggère des considérations d'efficacité, qui, nous l'avons vu, appuient une vision centralisatrice du pouvoir, souvent fondée sur des préoccupations économiques. Dès lors, certains voient dans la notion de subsidiarité une nouvelle occasion pour centraliser le pouvoir³⁴².

Cette mise en garde est importante. Elle trouve écho tant en Europe qu'au Canada. Dans le contexte européen, selon G. Héraud, la subsidiarité est théoriquement un « principe départiteur », qui répond au besoin d'ordonner la pluralité des collectivités de la fédération afin de prévenir les conflits³⁴³. En effet, la subsidiarité ordonne le pluriel soit en proposant que les collectivités « doivent conserver tout ce qu'elles sont en état de gérer convenablement et se dessaisir du reste »³⁴⁴ en respect de l'ordre préétabli, c'est dire des compétences exclusives. Il cherche donc à établir à quel degré, pour une matière donnée, les entités à la base doivent déléguer au sommet pour cause d'inefficacité.

³⁴⁰ *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, (entrée en vigueur : 1er novembre 1993) en ligne : <https://europa.eu/european-union/law/treaties_fr>, art 3 B [Traité de Maastricht]. Voir aussi Brouillet, « Pandora's Box? », *supra* note 55 à la p 610.

³⁴¹ *Ibid* aux pp 618 et ss.

³⁴² *Ibid* à la p 610.

³⁴³ Héraud, *supra* note 108 à la p 48.

³⁴⁴ *Ibid* à la p 50.

La notion de subsidiarité s'inscrit donc dans une seconde phase du fédéralisme, la première étant la formulation du pacte. Il s'agit d'un principe objectif « indépendant des volontés formulées aux différents niveaux, qui règle, pour chaque niveau, la mesure des autonomies. [Nos soulignements] »³⁴⁵ Cette objectivité est fondée sur le critère d'insuffisance, d'incapacité ou d'inefficacité des états décentralisés. Au demeurant, c'est l'évaluation de l'application de ce critère objectif qui pose problème, puisque comme le souligne E. Brouillet, au Canada, celle-ci se fait par les tribunaux, in abstracto³⁴⁶.

Bien qu'elle ordonne l'action plurielle à l'intérieur d'une gouvernance multiniveau, la subsidiarité est de dimension unitaire: ce principe, à sa face même, ne peut répondre qu'à un objectif unifié ou commun, donc au Canada, centralisé, soit la recherche de l'efficacité législative. Discutant des contrecoups de son insertion en droit européen, G. Davies s'exprime :

Subsidiarity's weakness is that it assumes the primacy of the central goal, and allows no mechanism for questioning whether or not it is desirable, in the light of other interests, to fully pursue this. Thus, subsidiarity could be interpreted as a centralizing, or intolerant concept, which is sets out to silence and deny the independent objectives of the lower level. [...] It takes as its starting point that all levels are united in wishing to achieve certain goals and that none has any other interests or objectives which conflict with these. [Nos soulignements]³⁴⁷

En somme, la notion de subsidiarité propose un critère objectif imposant une certaine justification aux mesures législatives du pouvoir central plutôt qu'un critère garantissant l'autonomie des compétences des États décentralisés³⁴⁸. C'est pourquoi J.P. Derosier affirme que la subsidiarité « n'est ni un principe centralisateur, ni un principe décentralisateur », mais plutôt un principe dynamique qui « ouvre la possibilité d'une variation des niveaux de compétences en fonction des missions que doit poursuivre l'ordre juridique, tout en respectant les normes répartissant les compétences. »³⁴⁹ Tout dépend de ce que l'on qualifie être une incapacité locale, ou ce que l'on croit être une efficacité

³⁴⁵ *Ibid* à la p 50.

³⁴⁶ Brouillet, « Pandora's Box? », *supra* note 55 à la p 620.

³⁴⁷ Davies, *supra* note 313 à la p 78.

³⁴⁸ *Ibid* aux pp 67 et ss; Vlad Constantinesco, « Who's afraid of subsidiarity » (1991) 11 YEL 33 à la p 41.

³⁴⁹ Derosier, *supra* note 33 à la p 133. Voir aussi, Christine Mathis-Calvet, *Décentralisation et subsidiarité : les germes d'une évolution*, Thèse de Doctorat de Droit public, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004 à la p 11.

nationale. Puisque ce qui est nécessaire est souvent une affaire de contexte, la subsidiarité est tributaire de l'interprétation judiciaire.

Bien qu'elle comporte un risque de centralisation des pouvoirs, la subsidiarité reste un principe juridique qui s'intéresse, en amont, à l'agir de l'échelon local, jusqu'à concurrence de son incapacité³⁵⁰. Suivant l'interprétation qui peut en être faite, la subsidiarité pourrait donc guider la résolution des nombreux conflits juridictionnels d'une matière qui comme l'environnement et l'accès au territoire, sont concurrentes ou plutôt, recoupent divers intérêts³⁵¹.

Face à ce dilemme frôlant l'ontologie de ces principes du fédéralisme et de la subsidiarité, une minorité de juges propose de synthétiser les diverses notions explorées jusqu'à maintenant par un raisonnement juridique dialectique. Cet exercice d'assemblage, qui s'amalgame à un objectif plus large - la recherche de l'équilibre fédératif - compose à la fois avec un respect littéraire du texte constitutionnel, une compréhension du contenu conceptuel de certains principes (fédéralisme, subsidiarité) et une adaptation aux réalités juridiques contemporaines, c'est dire, l'émergence d'un modèle étatique concurrent au modèle pyramidal, celui du « droit en réseau »³⁵². Les contentieux constitutionnels en aménagement du territoire proposent quelques exemples de cette nécessaire réflexion.

³⁵⁰ Héraud, *supra* 108 à la p 49.

³⁵¹ Hoi Kong, « Subsidiarity, republicanism, and the division of powers in Canada » (2015) 45 RDUS 13-46 à la p 16.

³⁵² Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 14.

Conclusion chapitre 2

L'architecture de l'État moderne subit des transformations induites, qui semblent conduire à la recherche d'un nouvel équilibre des pouvoirs³⁵³. C'est entre autres la complexité de certains enjeux, tels l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement local, qui catalysent ce changement de paradigme³⁵⁴. Ces transformations, au sein même de l'État, découlent d'une remise en cause d'un des postulats les plus fondamentaux de la modernité, soit la souveraineté étatique³⁵⁵. Cette réalité modifie les fondations sur lesquelles le droit moderne a été édifié³⁵⁶, celles-ci étant essentiellement « un ensemble cohérent, intégré [et] monolithique »³⁵⁷ de normes, issues de l'État. En effet, la conception postmoderne de l'État, pour sa part, se définit par le relativisme, l'acceptation du décentrement du sujet, la pluralité des rationalités et le risque qui y est attaché, le pragmatisme et le retour à la société civile³⁵⁸. Au regard des nouveaux visages du droit et de l'État, nous questionnons la place qu'accordent les juges à l'intérêt local en aménagement du territoire et en environnement local, en contexte de conflit de normes avec une loi fédérale.

À ce jour, il est possible d'identifier deux approches interprétatives dominantes en matière de partage des compétences : l'approche dualiste (décentralisatrice), associée à la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil Privé, et l'approche fonctionnelle (centralisatrice), associée à la jurisprudence de la Cour suprême.

Concernant ces deux approches, une première tendance soulevée dans la présente étude est la suivante : l'approche fonctionnelle, centrale à la lecture du fédéralisme canadien dans sa conception moderne, constitue une manifestation, au Canada, d'un passage d'une conception moderne, vers une conception postmoderne du droit. Un des effets de l'approche fonctionnelle est de placer le juge au rang de co-créateur des normes (ici même, de la Constitution). Conséquemment, « [l]a légitimité du droit ne semble plus reposer sur la souveraineté, expression de la volonté générale, mais sur une forme d'efficacité qui

³⁵³ Arnaud, « Entre modernité et mondialisation », *supra* note 57; Chevallier et Commaille, *supra* note 42; Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

³⁵⁴ Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 107.

³⁵⁵ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

³⁵⁶ Chevallier et Commaille, *supra* note 42.

³⁵⁷ *Ibid* à la p 157.

³⁵⁸ *Ibid* à la p 168.

emprunte plus au discours économiste que classiquement juridique. »³⁵⁹ Prenons le principe de subsidiarité en exemple. Ce dernier suppose une répartition des pouvoirs du bas vers le haut sur des matières concurrentes, en situation d'incapacité locale, ou d'efficacité centrale. La détermination de l'« efficacité » repose sur l'interprétation judiciaire, et non strictement sur les arrangements constitutionnels originaires. En second exemple, dans l'arrêt *Lafarge*³⁶⁰, la légitimité d'une politique administrative d'une entreprise privée fédérale, le Port de Vancouver, découle d'une interprétation judiciaire la rattachant à la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments et navires. Pourtant, cette politique administrative « autorégulatrice »³⁶¹ constitue un simple projet d'aménagement à des fins économiques d'un terrain appartenant au Port de Vancouver. Nonobstant, ce projet d'aménagement est soustrait à l'application des règlements municipaux d'urbanisme de la Ville. Dès lors qu'on assiste à une multiplication des îlots producteurs de normes, qui suivent des logiques qui leur sont propres, le droit n'est plus universel et l'État n'est plus la source exclusive de droit.

Néanmoins, l'efficacité législative, par ailleurs non définie par la Cour suprême, ne peut être l'unique critère justifiant une trajectoire assumée vers un droit postmoderne, du moins, en matière de partage des compétences. D'abord, le postmodernisme « invite à l'incrédulité au regard des mythes fondateurs du droit » sans forcément s'en remettre à un rejet radical de ces mythes³⁶². En effet, le droit demeure premier dans plusieurs faisceaux d'activités (droit civil, droit criminel, etc.). C'est bien le principe de souveraineté qui doit être relativisé à la lumière de phénomènes entiers³⁶³.

Par ailleurs, cette volonté d'efficacité législative, de performance étatique, comme unique critère de légitimité des décisions en matière de partage de compétence et d'aménagement du territoire, se situe aux antipodes de la complexité. Des préoccupations d'efficacité à elles seules maintiennent le droit dans certaines préconceptions de la modernité, notamment, un droit simple, linéaire et surtout, centralisé. Cette situation engendre une certaine dissonance cognitive. En effet, force est de constater que l'approche dualiste assimilée à la conception

³⁵⁹ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

³⁶⁰ *Supra* note 9.

³⁶¹ L'autorégulation, une des techniques de production de normes alternatives, consiste essentiellement à « l'élaboration et [au] respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonnes conduites ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-mêmes l'application. » Voir Benyekhlef, « Histoire de la norme », *supra* note 76 à la p 740, citant Du Marais, *supra* note 267 à la p à la p 488.

³⁶² Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 aux pp 404-405.

³⁶³ *Ibid* à la p 420.

moderne de l'État, appréhende, conceptuellement, davantage les relations juridiques dans le cadre complexe de « logiques éclatées », caractéristique dominante d'un État et du droit postmodernes³⁶⁴. En effet, l'État fédéral, selon l'approche dualiste spécialement, est par définition décentralisé, c'est-à-dire, un partage de la souveraineté législative entre deux ordres de gouvernements autonomes dans leurs champs de compétences.

La transition vers un droit postmoderne serait donc à ce jour, non assumée ou incomplète. Cela est d'ailleurs cohérent avec l'idée selon laquelle l'État postmoderne n'a pas vocation à systématiquement remplacer l'État moderne. Certes, il introduit une dose de complexité considérable et il constitue une forme de dépassement de l'État moderne. Or, une trajectoire assumée du droit postmoderne comporte aussi une forme de rejet des mythes fondateurs de la modernité. Pour nuancer cette affirmation, K. Benyekhlef écrit :

Le rejet de mythes fondateurs [de la pensée juridique moderne] ne signifie pas que l'interprétation devient relativiste, voire impossible. L'interprétation est bien entendu possible et le fait que le texte ne soit plus le texte de son auteur; qu'il soit autonome, détaché de son auteur, soumis au lecteur et aux interprétations que celui-ci voudra bien y déceler, ne suppose pas une impossibilité interprétative, ni ne constitue une ouverture à toutes subjectivités [note omise]. Cependant, l'interprétation n'est plus sacralisée au nom d'une lecture objective et seule possible du texte. Ce mythe a vécu. L'interprétation n'est plus un oracle, mais un exercice humain d'équilibre, de recours au code culturel [...] aux valeurs et aux référents de la communauté [...] bref de justice. [Nos soulignements]³⁶⁵

Ce qui mène à la deuxième tendance identifiée dans la présente étude : de façon circonstancielle, le fédéralisme, dans sa conception classique, transpose davantage une version moderne de l'État et du droit. En effet, pour mettre en œuvre un fédéralisme canadien classique, les tribunaux ont interprété de façon littéraire le partage des compétences³⁶⁶. Selon cette vue, interpréter se veut un exercice déclaratoire, objectif ou non constitutif de sens³⁶⁷. L'interprète dualiste de la première moitié du 20^e siècle restreint ses préférences discrétionnaires (sa subjectivité) dans la distribution des compétences à la question de la localisation des limites d'empiètement d'une compétence sur une autre³⁶⁸. Cette approche suppose le désir du Comité judiciaire, particulièrement, de respecter la

³⁶⁴ Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 168.

³⁶⁵ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 426.

³⁶⁶ Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 309.

³⁶⁷ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, aux pp 315 et 316; Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 386.

³⁶⁸ Brouillet, « La dilution », *supra* note 21 à la p 35.

souveraineté étatique³⁶⁹. Dès lors, le droit (étatique) se veut cohérent, confiné dans les lois, à l'abri d'interprétations discrétionnaires pouvant dénaturer la volonté de l'État. L'idée que la Constitution soit la loi suprême, à laquelle les normes inférieures doivent se conformer (pyramide des normes), se voit davantage cristallisée par un fédéralisme classique.

En considération de ces constats, et en arrière-plan de notre réflexion sur la place accordée par les tribunaux à l'intérêt municipal en aménagement du territoire, nous adhérons à l'idée qu'une multitude d'approches permet d'expliquer des phénomènes sociaux par le droit, et que c'est en s'ouvrant entièrement à cette complexité, à la pensée postmoderne, qu'il devient possible d'identifier les tensions implicites à chaque situation. Autrement dit, valoriser ces dynamiques conflictuelles rend dès lors possible l'identification cette fois-ci, d'une solidarité conflictuelle, pour reprendre les termes de F. Ost et M. Van de Kerchove, « comme si, à raison même de leur opposition [les perspectives] tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne se réduit ni à l'un ni à l'autre. »³⁷⁰ C'est en accueillant cette ramification du droit, dans des domaines vastes comme l'environnement, que les enjeux constitutionnels en aménagement du territoire peuvent être observés à la lumière à la fois du texte constitutionnel et des doctrines et principes qui en découlent, accent mis sur le fédéralisme et la subsidiarité. Cette pensée du droit – la pensée postmoderne – considère le local réciproquement aux autres intérêts, lorsque semblent se polariser les dimensions locale-sociale et nationale-économique en environnement. C'est une proposition de solution par voie d'assemblage plutôt que par délimitations tranchées.

Dans le détour d'une réflexion de l'influence des approches interprétatives sur l'orientation de la fédération canadienne supportée par la pensée postmoderne, nous avons sondé les effets de l'approche fonctionnelle, privilégiée par la Cour suprême, sur les principes du fédéralisme coopératif et de la subsidiarité. Dès lors, il a été démontré que le potentiel conceptuel de ces principes est menacé par cette approche, en raison du critère de l'efficacité. Ceux-ci se transposent paradoxalement – en pratique – en une nouvelle occasion de justifier une centralisation des pouvoirs. Cette réalité est particulièrement percutante pour les enjeux locaux, puisque ces principes sont au cœur même de leurs

³⁶⁹ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

³⁷⁰ Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 38.

revendications. Avec le J. Beetz, nous questionnons cette renonciation à la « conceptualisation », qui est pourtant « indispensable » à la « fécondité » du droit »³⁷¹.

Chapitre 3 L'absence d'un recours à la subsidiarité en matière de partage de compétence en aménagement du territoire

Les arrêts de la Cour suprême en aménagement du territoire et en environnement local sont, des points de vue du fédéralisme et de la subsidiarité, emblématiques de la difficulté à concilier, d'un côté, la recherche d'efficacité économique avec, de l'autre, l'intérêt local à l'endroit de la protection de l'environnement et du territoire. En tension entre la centralisation et la décentralisation des pouvoirs, ces jugements mettent en exergue l'opposition de deux grands thèmes, pour ne pas dire, valeurs : la société libérale et la société environnementale.

Certes, il existe plusieurs principes juridiques en faveur de l'environnement, de nature et de portée indéterminées. Notamment, celui de pollueur-payeur, de fiducie publique, d'équité intergénérationnelle, ou encore, la reconnaissance par la Cour suprême que la protection de l'environnement est une « valeur fondamentale » de la société canadienne³⁷². Selon Jerry V. DeMarco, du moment où la Cour est présumée ne pas parler pour ne rien dire, ces principes reflètent une préoccupation judiciaire à l'endroit de l'environnement. « The Court seems to be going out of its way to reiterate the importance of environmental stewardship and protection, not merely as a small logical step in the reasoning of each case, but as a larger body of jurisprudence aimed at recognizing the fundamental value of environmental protection. »³⁷³

Parmi les jugements dans lesquels la protection de l'environnement a été explicitement définie comme une valeur fondamentale canadienne l'on compte l'arrêt *Spraytech*. Dans ce jugement, c'est en s'appuyant sur le principe de subsidiarité que la Cour déclare constitutionnel un règlement municipal environnemental en matière de pesticide. Pour une

³⁷¹ Beetz, *supra* note 135 à la p 121.

³⁷² Patrick Taillon et Russ Manitt, « Canada » (2019) *Constitution et environnement* 165-196 à la p 180.

³⁷³ Jerry V DeMarco, « The Supreme Court of Canada's Recognition of Fundamental Environmental Values: What Could Be Next in Canadian Environmental Law? » (2007)17:3 *JELP* 159 à la p 163; *Ibid*, à la p 180.

majorité de juges dans *Spraytech*, les municipalités sont fiduciaires de la protection de l'environnement³⁷⁴.

La subsidiarité et la protection de l'environnement convergent ainsi lorsqu'il est question de traiter des pouvoirs municipaux au regard de la Constitution. Dans un troisième chapitre, nous nous intéresserons donc concrètement à l'interprétation de la subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour suprême, ainsi qu'à son apport en droit de l'aménagement du territoire.

Au travers d'une analyse du contentieux relatif au partage des compétences dans le secteur de l'aménagement du territoire et de l'environnement, le paradoxe entre le cadre conceptuel et les pétitions de principes affichés par la jurisprudence sera illustré. Parallèlement à ce paradoxe, nous exposerons les conséquences pratiques des raisonnements suivant lesquels les litiges sont tranchés en matière de partage des compétences dans le domaine de l'aménagement du territoire.

Cette analyse des décisions judiciaires sur ce thème nous mènera au constat qu'il existe une inconstance au sein de la jurisprudence de la Cour suprême : alors que l'environnement - une matière diffuse - semble être porteur d'un fédéralisme pluriel, l'aménagement du territoire, pour sa part, apprécié en regard de l'efficacité des marchés nationaux, se voit relayer au second rang, après les considérations économiques nationales. En d'autres mots, la lecture du partage des compétences varie en fonction du secteur d'activité en litige.

3.1 L'APPORT DE LA SUBSIDIARITÉ DANS LA JURISPRUDENCE CANADIENNE EN PARTAGE DES COMPÉTENCES : UNE COMPOSANTE DU FÉDÉRALISME CANADIEN

Une analyse des jugements dans lesquels le principe de subsidiarité est intégré aux raisonnements de la Cour suprême permet de constater qu'à ce jour, un débat sémantique existe quant à la nature du principe de subsidiarité³⁷⁵. D'un côté, la subsidiarité est interprétée par certains comme décentralisatrice des pouvoirs, jusqu'à concurrence de

³⁷⁴ Le juge Kennedy écrivait (aux pp 230-231) que, [TRADUCTION] « devant une situation où la santé et l'environnement sont en jeu [le conseil municipal] voyait à un besoin de sa collectivité ». Ainsi, la municipalité tente d'exercer son rôle, qualifié par la Cour d'appel de l'Ontario de [TRADUCTION] « fiduciaire de l'environnement » voir *Scarborough*, *supra* note 29 au para 5 et *Spraytech*, *supra* note 6 au para 27. L'expression « fiduciaire de l'environnement » a ensuite été reprise dans *Ferme Geléry* *supra* note 29 au para 71 puis dans *Spraytech*, *supra* note 6 au para 27.

³⁷⁵ Dwight Newman, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity » (2011) 74:1 Saskatchewan Law 21-31 aux pp 27-28; Kong, *supra* note 351 à la p 42.

l'impossibilité locale d'agir³⁷⁶. De l'autre, elle est comprise comme justifiant des standards fédéraux, auxquels doivent se conformer les entités fédérées³⁷⁷. Le choix de sa nature est fondamental quant à son potentiel conceptuel, autrement dit, quant à sa capacité à être mobilisée pour une prise en compte des intérêts locaux en aménagement du territoire et en environnement local.

Le principe de subsidiarité est explicitement introduit dans le vocabulaire de la Cour suprême dans les arrêts *Spraytech* en 2001 et *Banque canadienne de l'Ouest* précités en 2005. C'est de l'arrêt *Spraytech* qu'est tirée sa célèbre définition :

Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population. [Nos soulignements]³⁷⁸

L'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* pour sa part, nous informe que le principe constitue un contre-pouvoir à l'application asymétrique (en faveur du fédéral) de la doctrine de l'exclusivité de compétence³⁷⁹. Les auteurs s'entendent pour dire que dans ces deux premiers arrêts, la subsidiarité joue un rôle secondaire, celui d'un filtre conceptuel et philosophique dans le raisonnement de la Cour³⁸⁰.

En 2010, dans l'arrêt *Lacombe*³⁸¹ le principe est à nouveau invoqué, cette fois-ci, dans les propos minoritaires. Dans cet arrêt, un règlement de zonage municipal est déclaré *ultra vires* en raison de ses effets, notamment, d'interdire l'atterrissage d'avions touristiques sur un lac dont le zonage n'autorise que les activités de type pêche et plein-air.

Dans son jugement dissident, la juge Deschamps, appuyée par le juge LeBel dans des propos distincts³⁸², sont cependant d'avis que le règlement municipal est constitutionnel

³⁷⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 RCS 457 au para 273, motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein [*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*].

³⁷⁷ *Ibid* aux para 70-72, motifs la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron

³⁷⁸ *Spraytech*, *supra* note 6 au para 3.

³⁷⁹ *BCO*, *supra* note 107 au para 45.

³⁸⁰ Newman, *supra* note 375 aux pp 27-28; Brouillet, « Pandora's Box? », *supra* note 55 à la p 627.

³⁸¹ *Lacombe*, *supra* note 7.

³⁸² La dissidence du juge LeBel se distingue néanmoins de celle de la juge Deschamps. En effet, le juge LeBel est d'avis que seule la doctrine de la prépondérance fédérale permet de résoudre le litige. Voir *ibid* aux para 70-71.

puisqu'il peut être lié de façon rationnelle et fonctionnelle à une régime législatif plus large, soit le plan de zonage de la ville, quant à lui valide. À ce sujet, la juge Deschamps écrit :

[i]l convient assurément de relever en l'espèce que de ce principe de subsidiarité — qui constitue une composante de notre fédéralisme comme il tend de plus en plus à l'être dans le fédéralisme moderne ailleurs dans le monde — découle le principe de proximité qu'a défendu l'intervenante la ville de Shawinigan dans l'affaire *COPA*. [Nos soulignements]³⁸³

En outre, la subsidiarité a aussi été un élément important du raisonnement des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*³⁸⁴. Ce renvoi est particulièrement pertinent pour les fins de notre étude sur la place qu'accordent les juges à l'intérêt municipal en aménagement du territoire, puisque pour la première fois le principe de subsidiarité est saisi pour son apport non pas philosophique, mais bien normatif.

Dans cet arrêt, il s'agissait de déterminer la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la procréation assistée* (LPA)³⁸⁵, qui visent à encadrer la recherche et la pratique de la procréation assistée. Dans un jugement cinq contre quatre, une majorité de juges accueille en partie la demande, et conclut que certaines des dispositions contestées de la LPA constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle en raison des questions morales et éthiques que soulèvent cette pratique médicale.

Alors que la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron sont d'avis que l'ensemble des dispositions contestées sont constitutionnelles pour la raison exposée ci-haut, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein estiment qu'elles sont inconstitutionnelles puisqu'elles régissent la pratique et la recherche clinique liées à la procréation assistée, ce qui relève des provinces selon le partage constitutionnel des compétences. C'est le juge Cromwell, dans des propos distincts, qui scelle le sort du renvoi en concluant qu'une partie des dispositions contestées sont de nature criminelle, se ralliant ainsi aux juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein sur l'inconstitutionnalité des dispositions traitant des pratiques et de la recherche clinique liées à la procréation assistée.

³⁸³ Dans son mémoire, la Ville de Shawinigan fait plutôt référence à la notion d'« autorité de proximité » qu'est la municipalité et de son apport « dans l'organisation dynamique du territoire ». Voir *ibid* au para 109 (mémoire de l'intervenante au para 7).

³⁸⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376.

³⁸⁵ LC 2004 c 2.

Dès lors, un débat sémantique existe au sein des juges de la Cour suprême quant à la nature de la signification du principe de subsidiarité³⁸⁶. Quatre contre quatre sur ce point - puisque le juge Cromwell ne s'exprime pas sur la question de la subsidiarité - la Cour suprême offre donc deux interprétations du principe à ce jour. Notons au passage que dans ce renvoi, l'analyse du caractère véritable d'une loi de nature criminelle semble être un important ancrage de désaccord entre les deux groupes de juges³⁸⁷. Cet aspect de la décision, non pertinente ici, peut tout de même permettre de relativiser l'écart entre les deux groupes de quatre juges sur la question de la subsidiarité.

3.1.1 La conception décentralisatrice des pouvoirs de la subsidiarité

La subsidiarité est une notion élastique au sein de laquelle deux tendances s'opposent : efficacité ou proximité. C'est également un principe objectif qui prévoit une centralisation des pouvoirs nécessaires uniquement pour pallier l'incapacité locale. En regard de cette définition, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron l'assimilent davantage à une centralisation des pouvoirs, alors qu'à l'inverse, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein la perçoivent comme un principe décentralisateur. Pour comprendre l'apport normatif de ces deux interprétations de la subsidiarité, il faut se rapporter aux effets que ce principe produit dans le contexte du renvoi. Débuter par un résumé de ce que les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein estiment être une interprétation de la LPA conforme à la subsidiarité est essentiel. En effet, l'opinion des quatre autres juges sur cet aspect constitue une réponse à leur position. Selon ce premier groupe de juge, la subsidiarité aurait des vertus interprétatives et décentralisatrices :

[L]e principe de subsidiarité [devrait être perçu], non comme source autonome de répartition des compétences législatives, mais comme principe d'interprétation qui, comme l'a reconnu notre Cour, se dégage de notre structure fédérative et qui permet de rattacher des dispositions à une compétence législative exclusive. En l'espèce, si le principe de subsidiarité devait jouer, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel (voir J.-F. Gaudreault-DesBiens, « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », dans S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens et L. Sossin, dir., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, p. 193).³⁸⁸

³⁸⁶ Newman, *supra* note 275 aux pp 27-28; Kong, *supra* note 351 à la p 42.

³⁸⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 au para 194 ; Kong, *supra* note 351 à la p 42; Eugénie. « La dilution », *supra* note 21 à la p 13.

³⁸⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 au para 273.

Ce passage est d'emblée révélateur du rôle du principe de subsidiarité en droit canadien. Il est reconnu par la doctrine que les principes constitutionnels implicites, tels le fédéralisme, le constitutionnalisme, la démocratie, l'honneur de la Couronne, l'indépendance judiciaire, la subsidiarité et bien d'autres, constituent des standards juridiques. Selon Françoise Leurquin-De Visscher, ce sont des principes « qui partagent la caractéristique d'avoir été formul[és] sur la base d'un raisonnement introductif par la jurisprudence. »³⁸⁹ Ils ont deux fonctions : celle de guider l'interprétation des contentieux en matière de partage et, plus exceptionnellement, celle de combler les lacunes du texte constitutionnel³⁹⁰. Dans le passage inséré ci-haut, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein nous informent que la subsidiarité, à titre de principe constitutionnel non-écrit, doit être comprise comme guidant l'interprétation du partage des compétences. La position de ce premier groupe de juge est formulée à la lumière des principes constitutionnels : le fédéralisme, en général, et la subsidiarité, en particulier. Ils qualifient ce dernier principe de « composante importante du fédéralisme canadien »³⁹¹. Un peu avant, ils rappellent que tout régime de type fédéral détient cette capacité « à mettre en œuvre le principe de subsidiarité, ce qui accentue sa dimension et sa plus-value démocratique. »³⁹²

Au regard de ces assises principielles, les quatre juges notent que la LPA englobe deux catégories d'actes à contrôler, les actes représentant un mal social en raison des préoccupations morales et éthiques que sous-tendent la pratique de la procréation assistée, et les actes déjà observés dans la pratique et la recherche clinique liées à ce traitement médical. Ce sont les actes de la deuxième catégorie qui soulèvent un enjeu constitutionnel, la première comprenant inévitablement des considérations d'ordre criminel.

Ainsi, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein préconisent une approche décentralisatrice. Ils constatent que les articles de la LPA dont le caractère véritable est d'encadrer la pratique et la recherche clinique liées à la procréation assistée créent des chevauchements avec plusieurs dispositions de lois provinciales, dont le *Code civil du*

³⁸⁹ Leurquin-De Visscher, *supra* note 33 à la p 29.

³⁹⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 au para 183. Voir aussi, Cyr, *supra* note 32 aux pp 20-21 (dans cet article, Hugo Cyr place la subsidiarité au rang de l'un des trois principes constitutionnels normatifs structurant, voire justifiant, la conception moderne du fédéralisme canadien. Les deux autres principes normatifs sont l'autonomie et la solidarité).

³⁹¹ *Ibid* au para 183.

³⁹² *Ibid* au para 183.

Québec, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (LSSSS)³⁹³ et la *Loi médicale*³⁹⁴. Pourtant, de leur avis, les dispositions contestées de la LPA ne répondent pas aux conditions justifiant leur rattachement au droit criminel³⁹⁵. En raison de la gravité du débordement sur les compétences provinciales sur les hôpitaux, sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale, les dispositions contestées ne peuvent à leurs avis être préservées puisqu'elles ne sont pas nécessaires à l'efficacité des autres dispositions de la LPA, ici valides³⁹⁶.

Selon eux – le juge Cromwell s'accordant aussi sur ce point dans ses propos distincts – certaines dispositions de la loi fédérale cherchent à créer un système harmonisé des pratiques et de la recherche clinique liées à la procréation assistée, matières qui relèvent des provinces selon l'ordre constitutionnel établi. On peut lire à cet égard :

L'efficacité administrative à elle seule ne peut cependant pas justifier l'intervention législative de l'ordre fédéral (Renvoi sur la margarine, p. 52). Encore faut-il que cette intervention respecte les limites d'une compétence attribuée. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. Les trois composantes du droit criminel doivent être présentes. [Nos soulignements]³⁹⁷

En interprétant restrictivement le rapport entre les dispositions contestées de la LPA et les conditions d'existence de son rattachement à la compétence fédérale criminelle les juges

³⁹³ RLRQ c S-4.2.

³⁹⁴ RLRQ c M-9.

³⁹⁵ C'est-à-dire (1) réprimer un mal, (2) énoncer une interdiction et (3) accompagner cette interdiction d'une sanction, tel qu'énoncé dans *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can)*, [2000] 1 RCS 783 au para 27.

³⁹⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 aux para 276 à 280, motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein (le critère de « l'intégration suffisante » qui provient de l'arrêt *General Motors of Canada c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 traitant de la constitutionnalité d'un recours privé créé par le fédéral, énonce que le choix du critère (nécessité ou fonctionnalité) dépendra de la gravité du débordement de compétence de l'ordre gouvernemental qui adopte la norme. Lorsqu'une disposition législative contestée n'empiète que légèrement sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement, un lien rationnel et fonctionnel entre les dispositions contestées et le régime législatif complet dans lequel elles s'insèrent (quant à lui valide), doit être démontré. Cependant, plus le degré d'empiètement est important, plus il s'impose de procéder à une appréciation du « niveau d'intégration requis » en fonction du critère de la nécessité. La législation sera dans ce dernier cas sauvegardée uniquement si elle est « nécessaire accessoirement » à un régime législatif quant à lui valide et efficace). Voir aussi *Lacombe*, *supra* note 6 aux para 36 à 42; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 aux pp 470 à 473.

³⁹⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 aux para 244 et 287, motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein.

LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein arrivent à donner sens aux principes du fédéralisme et de la subsidiarité.

En somme, la subsidiarité permet d'ordonner le pluriel lorsque des matières sont d'agrégats, c'est-à-dire de nature si diffuse qu'elles engendrent une concurrence entre les champs de compétences exclusives. L'environnement compte parmi ces matières dites concurrentes, d'agrégats, diffuses³⁹⁸.

Dans le contexte du *Renvoi sur la Loi sur la procréation assistée*, qui constitue un exemple type de situation où une compétition juridictionnelle prend place en santé, une matière transversale, la subsidiarité guide le raisonnement des quatre juges. Selon eux, il n'est nullement nécessaire de rattacher à la compétence criminelle fédérale l'encadrement de la procréation assistée, alors que les provinces peuvent légiférer sur ce domaine, dans la mesure de leur capacité et de leur compétence exclusive (la santé). Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein font la démonstration que diverses lois québécoises couvrent déjà adéquatement bon nombre de sujets régies par les dispositions contestées de la LPA³⁹⁹. Il n'y a donc pas ouverture à conclure autrement.

Les auteurs Dwight Newman et Hoi Kong appuient leur raisonnement. Ils estiment que la conception de la subsidiarité exposée par ce premier groupe de juge est fidèle à l'essence même du principe. D. Newman rappelle que les origines du principe reposent sur la reconnaissance d'une préséance d'action locale, ce qui implique inévitablement une limite à l'interprétation large des pouvoirs du fédéral⁴⁰⁰. Dans le même ordre d'idées, H. Kong est d'avis que le principe de subsidiarité est particulièrement d'intérêt pour résoudre les conflits juridictionnels sur une matière concurrente. En effet, le principe impose une justification supplémentaire à l'intervention du pouvoir central, ce qui a pour effet de limiter la mise en œuvre de certains pouvoirs fédéraux⁴⁰¹. C'est pourquoi cette conception de la subsidiarité se veut décentralisatrice des pouvoirs. Or, l'équilibre des pouvoirs qui résulte en pratique de cette version de la subsidiarité dépend de la définition, sous peine de nous répéter, de l'incapacité locale et, par le fait même, de l'efficacité centrale.

³⁹⁸ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 592.

³⁹⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 aux para 265-266, motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein.

⁴⁰⁰ Newman, *supra* note 375 à la p 29.

⁴⁰¹ Kong, *supra* note 351 à la p 45.

3.1.2 La conception centralisatrice des pouvoirs de la subsidiarité

La position de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron à l'égard de la subsidiarité est diamétralement opposée. Leurs propos sur cette notion sont toutefois moins étayés que ceux du premier groupe de juge.

La juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron supposent que la loi fédérale contestée se rattache à la compétence criminelle. Ainsi, la subsidiarité ne guide pas leur argumentaire. Selon eux, ce principe sert uniquement à justifier qu'une loi provinciale (ou un règlement municipal) puisse régir conjointement avec le fédéral une matière locale concurrente à une compétence fédérale.

En effet, pour la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron, le principe de subsidiarité permet uniquement aux provinces (ou aux municipalités) d'adopter des normes qui complètent les lois fédérales, telles que la LPA, sans avoir pour effet d'empêcher le fédéral de légiférer en matière criminelle⁴⁰². Ils écrivent en appui à leur position: « la subsidiarité ne prévaut pas sur le partage des compétences »⁴⁰³. À leur avis, dans l'arrêt *Spraytech*⁴⁰⁴, la subsidiarité a contribué à justifier la constitutionnalité du règlement municipal limitant davantage l'utilisation de certaines substances antiparasitaires pour des considérations environnementales, uniquement dans la mesure où ce règlement complétait sans contredire une norme fédérale⁴⁰⁵. C'est dire que la subsidiarité permet aux ordres gouvernementaux provinciaux et municipaux de légiférer sur les matières concurrentes que lorsqu'ils le font de manière complémentaire aux standards fédéraux. Ils estiment que l'approche de leurs collègues les amène sur un « territoire constitutionnel peu fréquenté »⁴⁰⁶.

Or, ce raisonnement centralisateur fondé sur une logique de la subordination de l'autonomie des entités fédérées sur celle de l'entité fédérale n'est pas conforme ni au fédéralisme, ni à la subsidiarité. Cette interprétation de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron suppose une délégation du haut vers le bas, voire même un pouvoir lié. Ce genre

⁴⁰² *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 au para 72, motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron.

⁴⁰³ *Ibid* au para 72, motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron.

⁴⁰⁴ *Spraytech*, *supra* note 6.

⁴⁰⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 au para 70, motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron.

⁴⁰⁶ *Ibid* au para 67, motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron.

d'organisation administrative des pouvoirs s'assimile davantage à ce qui serait observé dans un État unitaire.

Cette position centripète du deuxième groupe de juges trouve appuie dans une compréhension à certains égards erronée des propos des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein. À notre avis, ces derniers n'ont jamais indiqué que la subsidiarité empêche le fédéral de légiférer en matière criminelle. D'un côté, leur interprétation des faits législatifs et de la LPA les amène à conclure que le caractère véritable des dispositions contestées de cette même loi ne peut se rattacher à la compétence criminelle. D'un autre côté, ils associent directement les sujets traités par ces dispositions inconstitutionnelles de la LPA aux compétences provinciales sur les hôpitaux, sur la propriété et les droits civils et sur toutes matières de nature locale. Ils ont ensuite démontré que cette section de la LPA constitue un débordement inconstitutionnel du fédéral sur les compétences provinciales eu égard à la doctrine des effets accessoires. Leur interprétation est donc guidée par le principe de subsidiarité, au sens où l'« efficacité » d'une administration centralisée à elle seule ne peut justifier une intervention du fédéral alors que des lois provinciales régissent déjà les aspects scientifiques non criminels de la procréation assistée, en respect de l'ordre constitutionnel préétabli.

Selon E. Brouillet, la conception de la subsidiarité proposée par la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron semble plus « alignée » avec l'apport de ce principe en droit européen⁴⁰⁷. Cela rejoint en quelque sorte la mise en garde de G. Davied : en droit européen comme au Canada, l'usage de la subsidiarité glisse vers une nécessité de se conformer aux objectifs uniques ou unifiés, donc assimilés à la volonté de la para institution. Dès lors, pour G. Davies, les possibles inconsistances entre l'État central et les États membres d'une part, quant à la méthode pour atteindre cet objectif et, d'autre part, quant à la définition même de l'objectif, constituent les angles morts de cette volonté de mise en commun des intérêts⁴⁰⁸. Comme l'affirme Francis Delpérée, la subsidiarité, dans un système fédéral, s'apparente à une prise des pouvoirs par le niveau fédéral, ou encore une tutelle déguisée des états fédérés, à risque d'éluder le pacte fédératif⁴⁰⁹. Or, le principe du

⁴⁰⁷ Eugénie Brouillet, « Pandora's Box? », *supra* note 55 à la p 630.

⁴⁰⁸ Davies, *supra* note 313 à la p 78.

⁴⁰⁹ Francis Delpérée, « Conclusion Générale » dans Francis Delpérée, dir, *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002 à la p 522 (516-527 ; 527 p.)

fédéralisme, dont l'objectif est de concilier unité et diversité, est fondé sur le caractère autonome et non subordonné des entités dans leurs champs de compétences exclusives.

3.1.3 Le rapport subsidiarité et fédéralisme

Au regard des raisonnements jurisprudentiels et des critiques doctrinales, il devient nécessaire d'éclaircir ici certaines caractéristiques du rapport entre fédéralisme et subsidiarité. Contrairement au fédéralisme, la subsidiarité n'a pas, en soi, pour essence, la préservation de l'autonomie des entités d'un système, d'où la raison pour laquelle elle entre en tension avec certains fondements du fédéralisme.

En effet, la subsidiarité repose sur une organisation des systèmes indifférente au fédéralisme, au sens où le rapport entre le centre et la périphérie se définit « au profit d'une intériorité mutuelle, d'une immanence réciproque, qui écarte définitivement toute question d'antériorité, de priorité ou de préséance. »⁴¹⁰ Dans un ordre juridique reposant sur la subsidiarité, « il n'y a pas d'extériorité entre le centre et la périphérie, il n'y a pas de hiérarchie possible. »⁴¹¹ Le centre et la périphérie ne font qu'un, et poursuivent un même et seul objectif. À cet égard, Julien Barroche écrit: « [p]hilosophiquement, la subsidiarité fait référence à un modèle de société dans lequel les capacités de chaque personne et de chaque instance sont conçues comme naturelles et à l'intérieur duquel, donc, l'attribution des compétences ne fait pas débat. »⁴¹² Il poursuit en expliquant que la transposition du principe dans la sphère juridique a troqué cette logique « naturaliste » pour une logique « utilitariste » basée sur le critère de l'efficacité. C'est l'une des raisons pour laquelle des auteurs tels J. Commaille et J. Chevallier associent l'apparition du principe de subsidiarité à une manifestation que la pensée postmoderne infiltre, et par le fait modifie, les fondements sur lesquels repose notre système juridique, soit ceux issus de la pensée moderne (cohérence, souveraineté étatique, centralisation, hiérarchie)⁴¹³. La distribution du pouvoir, selon la subsidiarité, se fait suivant un critère « objectif » – du moins en théorie – soit la « nécessité », traduite en jurisprudence canadienne par l'efficacité ou l'incapacité locale. Ce critère « objectif » est celui qui, « indépendant des volontés formulées aux différents

⁴¹⁰ Julien Barroche, « La normativité entre proximité démocratique et efficacité politique : la question de la subsidiarité dans le droit de l'union européenne » (2008) 5 :2 *Revue gouvernance* 51 à la p 57.

⁴¹¹ *Ibid* à la p 57.

⁴¹² *Ibid* à la p 57.

⁴¹³ Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 65.

niveaux, [...] règle, pour chaque niveau, la mesure des autonomies. [Nos soulignements] »⁴¹⁴ Suivant cette logique, l'État n'est plus la source exclusive de droit.

D'un point de vue juridique, il fallait bien définir le *nécessaire* d'une intervention du centre, encore que le choix du critère puisse être critiqué, ou du moins, l'inexistence de son fardeau de preuve remise en question. Ceci dit, pour toutes ces raisons, la subsidiarité se rallie davantage à l'approche fonctionnaliste. Cette constatation n'est pas nécessairement de bon augure pour le local, dans l'optique où une efficacité, indéfinie, guide les raisonnements juridiques de cette école de pensée. En somme, tout comme pour les fonctionnalistes, la subsidiarité invite à observer l'organisation des pouvoirs dans une unité (cohérente).

Soyons clair, il ne s'agit pas ici de déterminer laquelle des perspectives communautaire (dualiste), démocratique, fonctionnelle constitue la représentation la plus ou la moins fidèle du fédéralisme canadien. Il est néanmoins opportun de souligner le potentiel fonctionnaliste, d'une part, et dualiste, de l'autre, des différentes interprétations de la subsidiarité.

Dans son potentiel fonctionnaliste, la subsidiarité propose une subordination de l'autonomie des entités fédérées à celle de l'entité fédérale. Or, la préservation de cette autonomie assure la pérennité du pluralisme à l'origine même de l'union fédérative⁴¹⁵. C'est pour cette raison que, dans sa version centripète, la subsidiarité entre en conflit, voire même en compétition, avec le principe du fédéralisme, puisqu'elle contribue à sa « dilution ».

Dans son potentiel dualiste, la subsidiarité engendre une interprétation restrictive d'une certaine délégation des pouvoirs du bas vers le haut sur des matières concurrentes. L'effet de la subsidiarité (décentralisatrice) sur la distribution des pouvoirs contribue à justifier une interprétation judiciaire conforme aux « arrangements originels » de la loi de 1867, en concordance avec la conception classique du fédéralisme. Cette interprétation participe à la protection de l'autonomie des entités parties au régime fédéral, dans ce qui constitue l'essence de leurs compétences.

En résumé, certes, la subsidiarité entre en tension avec le fédéralisme, de par son essence même. Tant dans sa conception centralisatrice que décentralisatrice, la subsidiarité est un principe intégrateur des pluralités institutionnelles puisque suivant son modèle, le centre et

⁴¹⁴ Héraud, *supra* note 108 à la p 50.

⁴¹⁵ Otis, *supra* note 21 à la p 264.

la périphérie ne font qu'un, et poursuivent un même et seul objectif. Le fédéralisme, pour sa part, constitue « l'expression de la souveraineté étatique [...] partagée entre deux niveaux distincts, l'un central et l'autre décentralisé, disposant chacun d'une sphère propre d'autonomie [dans leurs champs de compétences distincts]. [Nos soulignements] »⁴¹⁶

Or, la subsidiarité génère aussi, jusqu'à un certain point, les effets recherchés par les dualistes, c'est-à-dire, autonomie et équilibre. Elle est une composante, un ingrédient supplémentaire qui guide l'interprétation du partage des compétences lorsque des conflits de normes surgissent sur des matières concurrentes, qui sont d'ailleurs le reflet de l'impossibilité de faire tenir toutes les modalités du fédéralisme dans un texte.

C'est ici où le droit en réseau prend tout son sens. En effet, la subsidiarité n'a pas pour conséquence d'annuler le fédéralisme. Ces deux principes entrent en dialogue, leur « solidarité conflictuelle » dicte les raisonnements juridiques. Ce phénomène s'inscrit dans la pensée dialectique, qui :

[...] invite à un changement de regard : et si la vérité tenait dans la tension des deux pôles (plutôt que dans le choix de l'un ou de l'autre), dans leur solidarité conflictuelle et leur intime articulation – comme si, à raison même de leur opposition, ils tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne se réduit ni à l'un ni à l'autre ?⁴¹⁷

L'écho de cette pensée, d'un droit postmoderne, se profile dans la voix minoritaire des litiges constitutionnels en environnement local et en aménagement du territoire; ces jugements minoritaires étant articulés notamment dans une logique de subsidiarité, dans sa tangente décentralisatrice (dualiste). Nous prendrons ici l'historique de l'aéronautique comme cas d'étude.

3.2 L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE, UN POUVOIR LOCAL NÉGLIGÉ POUR PROTÉGER L'ENVIRONNEMENT

Si la Cour suprême a choisi de ne pas attribuer l'environnement à une compétence de l'un ou l'autre des ordres gouvernementaux, c'est notamment dans l'optique de protéger la notion d'équilibre intrinsèque au principe fédéralisme canadien, soit la préservation de l'autonomie de chaque autorité législative dans ses sphères de compétences exclusives⁴¹⁸. Comme l'écrit le juge La Forest, « la protection de l'environnement est un défi majeur de

⁴¹⁶ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 404.

⁴¹⁷ Ost et Van de Kerchove, *supra* note 47 à la p 38.

⁴¹⁸ *Hydro-Québec*, *supra* note 6 aux para 112-117.

notre époque. C'est un problème international qui exige une action des gouvernements de tous les niveaux. [Nos soulignements] »⁴¹⁹

C'est en citant avec approbation ce passage que la juge L'Heureux-Dubé dans *Spraytech* a introduit en droit canadien le principe de subsidiarité⁴²⁰. La mise en relation entre la subsidiarité, le fédéralisme et l'environnement et les arrêts *Oldman River* et *R c Hydro-Québec* n'est pas une coïncidence. Ces arrêts ont en effet freiné l'élan centralisateur de la Cour suprême lorsque dans *Crown Zellerbach*, la protection de l'environnement a été rattachée de manière enthousiaste à la théorie de la dimension nationale, donc à la compétence exclusive fédérale. Or, faire de l'environnement une compétence uniquement fédérale serait incohérent avec l'essence même du fédéralisme. Cette interprétation centralisatrice du partage des compétences au regard de l'environnement risquerait, d'une part, de justifier des débordements indus des lois canadiennes sur les compétences provinciales, et d'autre part, d'exposer à des contestations judiciaires les lois provinciales et les règlements municipaux traitant de l'environnement dans leurs champs de compétences exclusives. Ainsi, dans *Oldman River* et *R c Hydro-Québec*, une majorité de juges rectifie le tir en plaçant l'environnement au rang de matière diffuse nécessitant des interventions multiniveaux⁴²¹.

Bien que l'environnement - une matière diffuse - semble être porteur d'un fédéralisme pluriel, l'aménagement du territoire, pour sa part, apprécié en regard de l'efficacité des marchés nationaux, se voit relayé au second rang, après les considérations économiques nationales. Ce constat en amène un autre : la Cour suprême dissocie l'aménagement du territoire de l'environnement. Pourtant, l'aménagement du territoire, qui « s'intéresse à la répartition spatiale des différentes fonctions de l'activité humaine », est l'un des moyens retenus par l'État pour protéger l'environnement⁴²². Pour Lorne Giroux, Yvon Duplessis et Jean Héту, il n'existe pas de distinctions fondamentales entre le droit de l'aménagement du territoire et le droit de l'environnement⁴²³. En effet, les deux domaines de droit administratif, fondés sur des pouvoirs discrétionnaires ou réglementaires, ont pour finalité de réduire les impacts négatifs de l'activité humaine sur l'environnement. La Cour d'appel du Québec a

⁴¹⁹ *Hydro-Québec*, *supra* note 6 à la p 215 et au para 85.

⁴²⁰ *Spraytech*, *supra* note 6 au para 3.

⁴²¹ Sous-titre 2.2.3 du mémoire

⁴²² Lorne Giroux, « Les interrelations », *supra* note 51 à la p 468.

⁴²³ *Ibid* à la p 468; Yvon Duplessis, Jean Héту, *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992 à la p 179 et ss.

d'ailleurs affirmé dans l'arrêt *Saint-Michel-Archange* que « la qualité de l'environnement dépend, en partie au moins, de la réglementation touchant l'aménagement du territoire et de l'urbanisme. »⁴²⁴

Lors de l'adoption d'un règlement de zonage, par exemple, un exercice de réflexion est mené dans le but de concilier les intérêts et les usages du territoire. Cet exercice implique de soupeser une variété de variables. À cet égard, dans l'arrêt *Montréal c Arcade Amusement Inc*⁴²⁵, le juge Beetz écrit:

Un bon nombre de finalités possibles viennent à l'esprit comme susceptibles d'inspirer ou de dicter un règlement de zonage : protection de l'environnement, sauvegarde du patrimoine historique [...] considérations esthétiques, restriction du bruit et de la circulation. Mais, pour peu que l'on s'y arrête, on se rend compte que lorsque le législateur concentre par exemple le commerce ou l'industrie dans certains quartiers d'une ville, il n'est pas indifférent non plus aux exigences du service des incendies, à la surveillance des heures d'ouverture et de fermeture des entreprises, au contrôle des lois et des règlements de santé ou d'hygiène, et, généralement à la police des lois dans leur ensemble. [Nos soulignements]⁴²⁶

Par ailleurs, un des effets sociaux de l'aménagement du territoire est la création de compromis, puisque chaque usage doit être exercé dans l'optique de nuire le moins possible aux citoyens d'un même secteur. La connaissance des usages voisins du territoire relève d'abord et avant tout du local. C'est ce que tentent de faire valoir les juges Lebel et Deschamps, minoritaires, dans deux arrêts de la Cour suprême en matière d'aéronautique, *COPA* et *Lacombe*⁴²⁷. Ils font par le fait même la démonstration qu'il est possible de concilier d'un côté, en matière de partage des compétences dans le domaine de l'aménagement du territoire, l'absence de protection constitutionnelle quant à l'existence, au statut et aux pouvoirs municipaux avec, de l'autre côté, les principes de la subsidiarité et du fédéralisme.

L'accès au territoire est aux premières loges des tensions nationales économiques et sociales locales en environnement. Le lieu choisi par les entreprises fédérales pour y exercer leurs activités fait souvent l'objet de litiges. Dans la plupart de ces litiges, l'intérêt local en aménagement du territoire est relayé au second rang, après les intérêts économiques nationaux. Il n'empêche que certaines opinions dissidentes témoignent d'une sensibilité à la réalité locale et d'une volonté de préserver l'équilibre fédératif. À ce sujet, le

⁴²⁴ *Saint-Michel Archange*, *supra* note 77 à la p 21; Duplessis, Héту, *supra* note 423 à la p 179 et ss.

⁴²⁵ [1985] 1 RCS 368.

⁴²⁶ *Montréal c Arcade amusements Int*, [1985] 1 RCS 368 à la p 397; Duplessis, Héту, *supra* note 423 à la p 179 et ss.

⁴²⁷ *COPA*, *supra* note 7; *Lacombe*, *supra* note 7.

cas de l'aéronautique est particulièrement détaillé et pertinent. Ce dossier, en regard du local, est en effet l'aboutissement d'une jurisprudence marquée d'hésitations, de tergiversations. Depuis l'arrêt *Johannesson*⁴²⁸, le pouvoir exclusif sur l'aéronautique a été reconnu au Parlement canadien en vertu de la compétence relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Dans cet arrêt, il s'agissait de juger de la constitutionnalité d'un règlement municipal du Manitoba qui restreignait l'emplacement des aérodromes à certaines zones du territoire de la municipalité. La compétence fédérale sur l'aviation n'est dès lors plus remise en question ; c'est plutôt son étendue qui fait toujours l'objet de contentieux. Ses interactions avec les compétences locales en aménagement du territoire ont suscité plusieurs de ces litiges.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Orangeville*⁴²⁹, la Cour d'appel de l'Ontario refuse, cette fois-ci, d'appliquer un règlement de zonage général à un aéroport dont la construction avait été autorisée par Transport Canada en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*⁴³⁰ et du *Règlement de l'aviation canadien*⁴³¹. Dans l'arrêt *Walker*⁴³², un règlement régissant la hauteur des immeubles est déclaré inapplicable sur les terrains adjacents à un aéroport en vertu des arrêts *Johannesson* et *Orangeville*. Dans *Vanchiarutti*⁴³³, la Cour d'appel de l'Ontario interprète de façon atténuée le règlement de zonage contesté afin de le rendre inapplicable cette fois-ci à un petit aérodrome dont l'exploitation n'exigeait pas de permis. Dans cet arrêt, la Cour s'appuie encore une fois sur les arrêts *Johannesson*, *Orangeville* et *Walker* et mentionne, par ailleurs, la doctrine de l'exclusivité des compétences sans explicitement l'appliquer. Dans *Mississauga*⁴³⁴, la Cour a refusé de reconnaître l'application du *Ontario's Building Code Regime* aux bâtiments de l'aéroport Pearson en regard de la doctrine de l'exclusivité des compétences en matière notamment d'aéronautique.

De l'autre côté du continent, dans l'arrêt *Comos-Strathcona*⁴³⁵ les dispositions d'un règlement de zonage interdisant les aérodromes ont été jugées *ultra vires* en vertu de la

⁴²⁸ *Johannesson*, *supra* note 273 aux p 305 (Juge Kerwin), p 320 (Juge Estey) et pp 328-329 (Juge Locke).

⁴²⁹ *Re Orangeville Airport Ltd And Town of Caledon* (1976), 66 DLR (3d) 610 (Ont CA).

⁴³⁰ LRC 1985 c A-2.

⁴³¹ DORS/96-433.

⁴³² *Walker v Ontario (Minister of Housing)* (1983), 144 DRL (3d) 86.

⁴³³ *Venchiarutti c Longhurst* (1992), 8 OR (3d) 422 (CA) aux pp 428-429 [*Venchiarutti*].

⁴³⁴ *Mississauga (City) v Greater Toronto Airports Authority*, 50 OR (3d) 641, 192 DLR (4th) 443, 138 OAC 1 aux pp 30-56, 57-61 et 61-79.

⁴³⁵ *Comos-Strathcona (Regional District) v Hansen et al*, [2005] 7 WWR 249 (BCSC), 2005 BCSC 2020 aux para 44 et 58.

doctrine de l'exclusivité des compétences par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourtant, dans *Van Gool*⁴³⁶, des dispositions de zonage d'application générale avaient été jugées *intra vires* bien que produisant des effets sur les aérodromes. Discutant des contrecoups de ces jugements, P. Hogg écrit:

Given that federal legislative jurisdiction exists over aeronautics, there remains the question of the degree to which provincial laws are precluded. Where there are inconsistent federal laws, then provincial laws are of course rendered inoperative by paramountcy doctrine, but the tendency of the decisions is to deny the application of provincial laws to airports and related activity even where the federal Parliament has not acted. [...] [Donnant l'arrêt *Johannesson* en exemple] Johannesson's site had not been licensed; Johannesson had selected the site because it appeared to him satisfy general federal regulations with respect to aerodromes, and because it was suitable for his business. When one considers that the control of land use is ordinarily within property and civil rights in the province, and is always a question of vital local concern, it would surely have been wiser for the Court to treat the by-law as valid under the double-aspect doctrine. [Citant *Van Gool*] On this basis, the by-law would override a private business decision to construct an aerodrome, at least until the appropriate federal regulatory authority had directed its construction. [Note omise]⁴³⁷

Ainsi, selon P.W. Hogg, dans *Johannesson*, il aurait été plus « sage » pour la Cour de traiter la validité du règlement municipal en vertu de la doctrine du double aspect. En effet, la question de l'aéronautique affecte d'une part, l'utilisation des terres dans la Province, ce qui est directement lié à sa compétence sur la propriété et droits civils, et d'autre part, un enjeu vital pour l'intérêt local, c'est-à-dire, la répartition harmonieuse des usages du territoire. Le seul fait que le Parlement soit préoccupé par d'autres aspects de l'aéronautique et laisse conséquemment les entreprises fédérales choisir aléatoirement l'emplacement de leurs activités lui apparaît suffisant pour que la législation provinciale trouve effet.

L'étendue de la compétence fédérale sur l'aéronautique a finalement fait à nouveau débat devant la Cour suprême du Canada dans les arrêts *COPA*⁴³⁸ et *Lacombe*⁴³⁹, de 2010. Il s'agissait alors de répondre à la question de la constitutionnalité d'un règlement de zonage municipal ayant des effets sur le choix de l'emplacement des aérodromes en zone agricole et en zone récréative n'autorisant que les activités de type plein-air.

⁴³⁶ *Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool* (1987), 36 DLR (4th) 481 (BCCA).

⁴³⁷ Hogg, « Constitutional Law (2018) », *supra* note 151 aux pp 22-25 et 22-26; *Johannesson*, *supra* note 273; *ibid.*

⁴³⁸ *COPA*, *supra* note 7.

⁴³⁹ *Lacombe*, *supra* note 7.

Dans l'arrêt *COPA*, une école de pilotes conteste le refus de la Commission de protection des territoires agricoles (CPTAQ) d'autoriser en zone agricole l'aménagement d'une piste d'atterrissage et d'un hangar d'aéronefs. L'article 26 de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*⁴⁴⁰ interdit l'usage d'une terre agricole à des fins autres qu'agricoles sans l'autorisation de la CPTAQ. Sous la plume de la juge en chef McLachlin, une majorité de juges de la Cour suprême conclut que le zonage local est inapplicable puisqu'il entrave l'exercice d'une activité protégée relevant du cœur d'une compétence fédérale⁴⁴¹. Deux juges québécois, Lebel et Deschamps, s'opposent diamétralement à cette conclusion. Ils vont exposer leurs points de vue explicitement à l'occasion de leurs motifs dissidents dans les arrêts *COPA* (motifs dissidents des juges LeBel et Deschamps) et *Lacombe* (motifs dissidents de la juge Deschamps uniquement).

La majorité de juges, toujours dans *COPA*, rejette néanmoins l'argument de la prépondérance fédérale. En effet, la *Loi sur l'aéronautique*⁴⁴² et ses règlements sont permissifs⁴⁴³, au sens où la seule obligation des usagers est l'enregistrement de l'aérodrome en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*, sans nulle autre exigence ou autorisation ministérielle⁴⁴⁴. Autrement dit, la structure de la législation fédérale en aéronautique ne permet pas de conclure en un objectif fédéral de régir l'emplacement des aérodromes⁴⁴⁵.

Il faut par ailleurs insister sur un aspect factuel important mis en exergue par les juges dissidents : uniquement quatre pourcents du territoire québécois est zoné agricole⁴⁴⁶. Les

⁴⁴⁰ RLRQ c P-41.1.

⁴⁴¹ Citant *Johannesson*, *supra* note 273 à la p 319 et *Air Canada c Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 RCS 581 à la p 72. Voir *COPA*, *supra* note 7 aux para 30, 31 et 47.

⁴⁴² LRC 1985 c A-2.

⁴⁴³ « [D]eux lois ne sont pas en conflit du simple fait qu'elles s'appliquent sur une même matière. [...] [il y aura un conflit implicite] si l'application cumulative de deux lois, bien que techniquement possible, mène à des conséquences tellement déraisonnables ou absurdes qu'on puisse croire que le législateur n'a pas voulu une telle application. » *Lacombe*, *supra* note 7 aux para 125-126, citant P.-A. Côté avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009 à la p 409. De plus, dans *Spraytech*, *supra* note 6 au para 35, pour réduire la portée de la prépondérance fédérale dans sa formule extensive c'est-à-dire, reconnaissant un conflit de normes opératoire lorsqu'une loi provinciale ou un règlement municipal contredit l'intention fédérale, la juge L'Heureux-Dubé a établi qu'une loi permissive (qui ne crée aucun droit positif) ne place nul individu dans une « situation impossible d'avoir l'obligation légale de se conformer aux deux régimes de réglementation. » Voir aussi les motifs de la juge Deschamps, dissidente, *Lacombe*, *supra* note 7 aux para 125 à 129.

⁴⁴⁴ *Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433 arts 301.05 à 301.09, 302.01(1)c, 301.03(1) [*Règlement de l'aviation*].

⁴⁴⁵ *COPA*, *supra* note 7 aux para 71-74.

⁴⁴⁶ *Ibid* au para 89.

revendications sous le thème de l'aéronautique sont parfois non loin de ce qu'on pourrait qualifier de caprice constitutionnel. N'est-ce pas là un peu instrumentaliser l'apport du droit dans notre société?

En matière d'aménagement du territoire, le zonage agricole est un régime centralisé, contrairement au zonage municipal qui se veut décentralisé⁴⁴⁷. Le but d'un zonage agricole centralisé, et d'ordre public, est de protéger les terres agricoles contre certaines politiques municipales néfastes d'étalement urbain. En effet, tentées d'accroître leurs revenus fiscaux qui résultent essentiellement de la taxe foncière sur les biens immobiliers, les municipalités vont parfois privilégier le développement immobilier au détriment de la protection du territoire agricole. Cela dit, de manière ponctuelle, ce régime centralisé à l'échelle du Québec peut avoir des effets sur le déploiement des installations des entreprises à charte fédérale. Or, pour les juges Deschamps et LeBel, dissidents dans *COPA*, il est évident que cela ne constitue pas une entrave aux activités se trouvant au cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique⁴⁴⁸.

Dans *Lacombe*, une décision rendue simultanément à *COPA*, un règlement municipal est déclaré *ultra vires*. S'appuyant encore et toujours sur l'arrêt *Johannesson*, la majorité des juges conclut que son caractère véritable était d'interdire les aérodromes dans un autre secteur de la municipalité⁴⁴⁹. À leur avis, puisqu'une activité est expressément autorisée par le zonage d'un autre secteur, cela signifie, par l'application de la règle *inclusio unius est exclusio alterius*, que cette activité est proscrite dans les autres secteurs⁴⁵⁰.

Depuis 1993, des exploitants d'un service d'excursion aérienne exercent leurs activités sur le lac Long qui se situe sur le territoire de la municipalité de Sacré-Cœur, à la jonction des régions du Saguenay-Lac-Saint-Jean et de la Haute-Côte-Nord. En 1995, ces activités aéronautiques privées se sont déplacées au lac Gobeil, également localisé sur le territoire de la municipalité de Sacré-Cœur.

Cette décision d'exercer des activités aériennes au lac Gobeil soulève à l'époque des enjeux d'harmonisation des usages du territoire entre les activités commerciales et les activités de villégiature. En effet, l'usage aéronautique au lac Gobeil pose problème pour les résidents,

⁴⁴⁷ *Ibid* au para 83.

⁴⁴⁸ *Ibid* aux para 90-91.

⁴⁴⁹ *Lacombe*, *supra* note 7 aux para 14, 27 et 29.

⁴⁵⁰ *Ibid* au para 14.

puisque ce lieu est fréquenté pour la pêche, la baignade et les activités de type plein-air. Les citoyens se sont ainsi plaints à la municipalité en raison de la pollution sonore occasionnée par cette activité.

Le lac Gobeil et le lac Long (selon le règlement de zonage de Sacré-Cœur de 1993⁴⁵¹) se situaient en zone 33-RF. Une seule classe d'usage est attribuée à cette zone soit ceux « s'inscrivant dans la poursuite et la réalisation des objectifs de protection et de mise en valeur de certains milieux naturels de la municipalité [par exemple, des activités de plein-air, des activités de pêche, etc.] »⁴⁵². Les activités d'excursions aériennes y sont donc à l'origine non permises.

Son territoire étant convoité par l'aéronautique touristique privée, Sacré-Cœur modifie, en 1994, son règlement et divise le secteur de la zone 33-RF en deux zones, la zone 33-RF et la zone 61-RF⁴⁵³. Le lac Long se voit désormais relocalisé en zone 61-RF et le lac Gobeil reste en zone 33- RF.

Les zonages de la zone 33-RF et 61-RF héritent du zonage de l'ancienne zone 33-RF, soit un zonage non conforme à l'usage aéronautique. Or, la note 10 fut additionnée à la zone 61-RF, laquelle autorise spécifiquement l'usage du territoire visé à des fins d'amerrissage et d'accueil d'hydravions⁴⁵⁴. Bref, le zonage autorise à ce jour l'amerrissage et l'accueil d'hydravion au lac Long, et réserve le lac Gobeil à d'autres types d'usages, tel qu'il en était depuis 1993. Ainsi, la municipalité concilie les usages du territoire.

L'entreprise Lacombe, quant à elle, a commencé ses activités sur le territoire de Sacré-Cœur en 2002 à partir d'un hydroaérodrome aménagé au lac Long. Selon son certificat d'exploitation aérienne délivré par le ministre fédéral des Transports⁴⁵⁵, l'entreprise a enregistré le lac Gobeil comme l'une de ses « bases d'activités », où elle a d'ailleurs déplacé ses activités en 2005⁴⁵⁶; d'où la demande d'injonction présentée par Sacré-Cœur à la Cour

⁴⁵¹ *Règlement no 210* émis en vertu de l'art 113 LAU, *supra* note 25.

⁴⁵² *Ibid* à l'art 2.2.4.2.

⁴⁵³ *Règlement no 260*.

⁴⁵⁴ « Les articles 4.2.3 et 4.2.4 [du *Règlement no 210*] prévoient aussi, pour plus de souplesse, un mécanisme d'interdictions et d'autorisations « spécifiques » par l'inscription, pour une zone donnée, d'une « note » se trouvant à soustraire un usage particulier d'une classe d'usages indiquée ou, au contraire, à ajouter un usage qui fait partie d'une classe non indiquée. » Voir *Lacombe, supra* note 7 au para 80.

⁴⁵⁵ *Règlement de l'aviation, supra* note 444 art 702.07; *Lacombe, supra* note 7 au para 78.

⁴⁵⁶ *Règlement de l'aviation, supra* note 444 art 301.03; *Lacombe, supra* note 7 au para 78.

supérieure⁴⁵⁷. En effet, nous avons vu que cette activité n'était pas permise en vertu du zonage dans ce secteur.

À cet égard, le *Règlement de l'aviation* ne prévoit aucune disposition régissant l'aménagement du territoire, il demande uniquement aux exploitants d'aérodrome d'inscrire dans leur demande de certificat leurs « bases d'activités », à des fins purement administratives. Aucune analyse urbanistique n'est effectuée à l'égard de l'emplacement choisi par les entreprises. C'est d'ailleurs pour cette raison que la juge Deschamps, minoritaire, rejette la position du juge LeBel, également dissident sur le caractère véritable, mais en accord avec la majorité sur le sort du litige. Selon ce dernier, la prépondérance fédérale, comme dans *Lafarge* précitée, trouve application en l'espèce. Or, la juge Deschamps, se rabattant sur l'arrêt *Spraytech*, explique que le *Règlement de l'aviation* est une norme permissive, ce qui n'empêche pas les autres paliers gouvernementaux de l'étoffer sans le contredire, en légiférant dans ce qui relève de leurs compétences⁴⁵⁸.

Dans sa dissidence, la juge Deschamps est par ailleurs d'avis que le caractère véritable du règlement est l'aménagement du territoire ce qui relève des compétences des provinces déléguées aux municipalités. L'emplacement des aérodromes est donc une matière à double aspect. Certes, le règlement crée accessoirement des effets sur la compétence fédérale en aéronautique. Il est cependant valide puisqu'il s'intègre fonctionnellement et rationnellement à un régime législatif plus large en matière de zonage, quant à lui valide⁴⁵⁹.

Relativement au pouvoir exclusif du fédéral sur l'aéronautique, dans la dissidence, la juge Deschamps admet qu'une jurisprudence bien établie depuis l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Venchiarutti*⁴⁶⁰ reconnaît l'emplacement des installations liées à l'aviation comme le cœur protégé de la compétence⁴⁶¹. Cependant, la juge Deschamps rappelle :

[L]e critère applicable dans *Venchiarutti* était la simple atteinte, et non l'entrave, que notre jurisprudence a introduite depuis. Si, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, il a été décidé qu'il y a lieu de s'en tenir aux cœurs de compétence déjà reconnus, on y précise cependant que le critère applicable aux nouveaux conflits est l'entrave aux activités qui se trouvent au cœur de cette compétence exclusive. Par conséquent, même si la jurisprudence reconnaît que le port d'attache

⁴⁵⁷ Accordée dans *Sacré-Cœur (Municipalité de) c Lacombe*, 2006 QCCA 1171, annulée en appel dans *Lacombe c Sacré-Cœur (Municipalité de)*, 2008 QCCA 426.

⁴⁵⁸ *Lacombe*, supra note 7 aux para 125-16 citant *Spraytech*, supra note 6 au para 35.

⁴⁵⁹ *Lacombe*, supra note 7 au para 147.

⁴⁶⁰ *Venchiarutti*, supra note 433.

⁴⁶¹ *Lacombe*, supra note 7 au para 154.

des aéronefs fait partie du cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique, il faut tout de même se demander, lorsque se présente comme en l'espèce un nouveau conflit, s'il y a ou non entrave aux activités protégées.⁴⁶²

Elle conclut par la suite qu'il n'y a pas entrave en l'espèce puisqu'il s'agit d'activités de petite aviation non commerciale, qui sont d'ailleurs permises à deux endroits sur le territoire de la municipalité⁴⁶³.

Au-delà d'une interprétation divergente quant au rapport entre les faits de l'affaire et les doctrines constitutionnelles en matière de partage des compétences, il faut lire *in extenso* la conclusion de la juge Deschamps. Elle écrit :

[184] Le second fondement de notre divergence d'opinions se situe à un niveau plus fondamental, dont la portée dépasse le strict cadre des faits de la présente affaire. Je vois dans les motifs de la Juge en chef dans le présent dossier et dans l'affaire *COPA* une modification de la doctrine de la protection des compétences exclusives, une remise en question des doctrines du double aspect et de la compétence accessoire ainsi qu'une invitation à l'application de la doctrine de la prépondérance en l'absence de tout conflit, alors même que toutes ces doctrines ont été revues il y a quelques années seulement. La sécurité du droit s'en trouve affectée. De plus, tout ceci pointe dans une seule direction, un fédéralisme davantage dualiste, voire plus centralisé. Cette démarche ouvre la porte à la prédation des compétences provinciales. Elle dément l'affirmation du professeur Hogg qui soutient que les grandes orientations constitutionnelles données par le Conseil privé sont probablement irréversibles (Hogg, p. 5-18 et 5-19). Elle mine aussi l'héritage constitutionnel du juge en chef Dickson, lequel est fondé sur le fédéralisme coopératif. À mon avis, une telle évolution n'est aucunement requise et encore moins souhaitable.

[185] En effet, il y a quelque chose de fondamentalement incohérent dans l'interprétation des règles de notre fédéralisme si, en l'absence de toute entrave véritable à des activités relevant au cœur d'une compétence fédérale protégée ou en l'absence de mesure législative fédérale incompatible, une municipalité ne peut prescrire des limites raisonnables pour faire en sorte que les usagers du territoire s'adonnent à des usages compatibles les uns avec les autres. Qu'il s'agisse de cas où des écoles de pilotage sont autorisées à exploiter leur entreprise en milieu urbain (plus de 500 mouvements d'aéronefs par jour) ou du décollage d'hydravions en rase-mottes au-dessus d'une plage publique, les gouvernements qui sont le plus près des citoyens et qui sont compétents en matière d'aménagement du territoire doivent disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour intervenir en cas d'inaction ou d'indifférence du gouvernement central. Cette marge de manœuvre leur est fournie, entre autres, par le critère de protection atténué qu'est l'entrave. Éliminer la considération de l'effet pratique de la mesure législative concernée pour déterminer s'il y a entrave aux activités au sens de la doctrine de la protection des compétences a, à mon avis, des conséquences néfastes à long terme.

[186] En l'espèce, que des villégiateurs puissent en toute sécurité profiter d'un lac alors que les hydravions se voient autoriser l'accès à un autre lac me paraît une solution tout à fait logique et conforme à notre droit. Un tel compromis ne constitue qu'un exemple, au niveau local, des

⁴⁶² *Ibid* au para 155.

⁴⁶³ *Ibid* aux para 161 à 164.

résultats auxquels mène une conception du fédéralisme canadien qui met l'accent sur la coopération plutôt que sur la confrontation. [Nos soulignements]⁴⁶⁴

Derrière ce passage se profile une logique de subsidiarité décentralisatrice, soit une approche cohérente à la thèse que seule une interprétation restrictive de certaines compétences fédérales s'harmonise à l'essence du fédéralisme « coopératif ».

Dans ces deux jugements, une minorité des juges de la Cour suprême reconnaît aux municipalités une forme d'autonomie et, surtout, une autorité, en ce qui a trait à l'aménagement des usages du territoire, du moins, en matière aéronautique. La mise en relation entre la loi de 1867, les doctrines et les principes constitutionnels non-écrits, au regard de faits précis et largement détaillés, d'une compréhension du rôle du zonage et de l'historique des modifications réglementaires, de règles administratives « autorégulatrices » fédérales, illustrent bien ce droit en réseau, où chaque ordre juridique entre en interactions. Un équilibre, un compromis, se trouve aux croisements de ces normativités.

Le contexte des arrêts *COPA* et *Lacombe* démontre bien cette nécessité de concilier les usages du territoire, sans hiérarchie. La quiétude et la préservation des certains lieux naturels, de villégiatures ou encore résidentiels dépend du caractère contraignant des mesures d'urbanisme et d'aménagement du territoire des institutions locales sur les entreprises, peu importe leur charte d'origine. Après tout, c'est bien là que se loge l'apport des institutions locales, pour une protection de l'environnement multiniveau.

⁴⁶⁴ *Ibid* aux para 184 à 186.

Conclusion chapitre 3

Selon le principe de subsidiarité, les décisions affectant les individus devraient être prises par l'autorité la plus près de ces individus, et la méta institution devrait intervenir uniquement pour pallier l'impossibilité locale d'agir⁴⁶⁵. Or, il existe deux conceptions de la subsidiarité selon la Cour suprême du Canada, la conception décentralisatrice des pouvoirs, et la conception centralisatrice des pouvoirs.

Dans sa conception décentralisatrice des pouvoirs, la subsidiarité se veut un principe interprétatif qui guide les raisonnements juridiques en matière de partage constitutionnel des compétences. Elle valorise la proximité du pouvoir en justifiant une interprétation restrictive des doctrines qui tendent à favoriser un renforcement des compétences fédérales, telle la prépondérance fédérale, ainsi que des matières fédérales englobantes, telle la clause de paix, d'ordre et bon gouvernement. Dans sa conception centralisatrice, la subsidiarité permet plutôt de légitimer une intervention locale concurrente (et non contradictoire) aux normes fédérales, sur une même matière. Autrement dit, selon cette deuxième conception, dans un domaine où les compétences se chevauchent, le gouvernement le plus près des citoyens peut adopter des dispositions complémentaires aux standards fédéraux, uniquement.

Nous estimons que la conception décentralisatrice des pouvoirs est plus fidèle à la nature et au rôle du principe de subsidiarité, en droit. En effet, cette dernière se veut une délégation non pas du haut vers le bas, mais du bas vers le haut. Elle valorise la proximité sous réserve d'une incapacité locale. Il n'empêche qu'associée à la logique d'efficacité législative et d'État performatif, l'incapacité locale, évaluée par les tribunaux *in abstracto*, risque de vider la subsidiarité de son contenu conceptuel. Centrée sur la recherche d'une efficacité non définie, la subsidiarité, même dans son potentiel centrifuge, pourrait aussi entraîner une prise de pouvoir par le niveau fédéral, ou une mise en tutelle des entités décentralisées.

De manière générale, la subsidiarité, de par sa nature, son essence, entre en tension avec le principe du fédéralisme. Tant dans sa conception centralisatrice que décentralisatrice, la subsidiarité est un principe intégrateur des pluralités institutionnelles puisque suivant son modèle, le centre et la périphérie ne font qu'un, et poursuivent un même et seul objectif. Le

⁴⁶⁵ Dubois, Mitterand et Dauzat, *supra* note 32 à la p 765; Delcamp, *supra* note 32 à la p 615; Cyr, *supra* note 32 à la p 27.

fédéralisme, pour sa part, constitue « l'expression de la souveraineté étatique [...] partagée entre deux niveaux distincts, l'un central et l'autre décentralisé, disposant chacun d'une sphère propre d'autonomie [dans leurs champs de compétences distincts]. »⁴⁶⁶ Ces deux logiques sont-elles compatibles ?

La pensée postmoderne nous permet de considérer des solutions au sein même des tensions générées par la rencontre de ces deux principes, dont la représentation est plus fidèlement définie comme étant des *solidarités* conflictuelles. De cette manière, une conciliation entre ces deux notions juridiques est possible, et apporte dès lors un nouvel éclairage à la résolution des conflits de normes en matière d'aménagement du territoire et d'environnement local.

Dans son potentiel décentralisateur, la subsidiarité permet de pallier les lacunes du fédéralisme. Elle propose une organisation des pouvoirs sur des matières qui se chevauchent, en considération de la capacité locale à répondre aux besoins des citoyens. L'autonomie législative de chaque ordre gouvernemental est dans cette optique respectée. Les interactions conceptuelles entre les principes du fédéralisme et de la subsidiarité deviennent *solidaires*; elles n'ont pas pour effet de s'annuler mutuellement.

La subsidiarité dans son potentiel centralisateur, pour sa part, participe à la dilution du principe du fédéralisme. Selon cette conception, lorsqu'une compétition des pouvoirs prend place sur une matière, l'État fédéraliste mute vers un État unitaire, dans lequel le pouvoir central dicte des standards devant être respectés par les entités décentralisées. La conception centralisatrice de la subsidiarité est donc inconciliable avec le fédéralisme, car elle justifie une intégration des pouvoirs.

C'est en s'appuyant sur la conception décentralisatrice des pouvoirs de la subsidiarité qu'une voix minoritaire conclut en la constitutionnalité de règlements de zonage ayant pour conséquences de restreindre à certains secteurs du territoire la pratique d'activités en aéronautique⁴⁶⁷. Cette approche minoritaire en aménagement du territoire converge par le

⁴⁶⁶ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 43 à la p 404.

⁴⁶⁷ COPA, *supra* note 7, propos dissidents des juges LeBel et Deschamps; *Lacombe*, *supra* note 7, propos dissidents de la juge Deschamps.

fait même vers la reconnaissance d'une action multiniveau présentement mise en œuvre par la jurisprudence de la Cour suprême en matière de protection de l'environnement⁴⁶⁸.

Reste que le discours judiciaire dominant en matière de partage des compétences dissocie encore à ce jour l'aménagement du territoire des considérations environnementales. Pourtant, l'aménagement du territoire est l'un des outils mobilisés par l'État pour protéger l'environnement⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ *Hydro-Québec*, *supra* note 6 à la p 215.

⁴⁶⁹ Giroux, « Les interrelations », *supra* note 51 à la p 468; Duplessis, Hétu, *supra* note 423 à la p 179 et ss; *Saint-Michel*, *supra* note 77 à la p 21.

Conclusion générale

L'aménagement du territoire, l'un des moyens mobilisés par l'État pour protéger l'environnement⁴⁷⁰, régit la répartition des usages humains du territoire. En effet, la planification nos activités sur le territoire influence grandement la qualité de la vie humaine et de l'environnement dans nos villes et dans nos campagnes. Or, l'accès au territoire est aussi aux premières loges des tensions entre les intérêts économiques nationaux et les intérêts locaux en aménagement du territoire et en environnement local. Chaque échelle d'intérêts est régie par des ordres gouvernementaux différents, respectivement le fédéral et le municipal, et surtout, pour des finalités différentes. Lorsqu'un conflit de normes entre une loi fédérale et un règlement municipal surgit, c'est au juge qu'incombe le rôle de trancher quelle norme aura préséance sur l'autre, ou encore, la possibilité de concilier les deux. Face à cette dynamique, nous avons sondé la place qu'accorde le pouvoir judiciaire aux intérêts locaux d'aménagement du territoire, en contexte de conflit de normes.

Délibérer sur cette question nécessite un retour sur les fondements théoriques et pratiques du fédéralisme et du partage des compétences. Le fédéralisme, en tant que pacte entre deux volontés opposées, celles de s'unir tout en gardant une autonomie, est un principe dialectique, une trajectoire, oscillant entre la centralisation et la décentralisation des pouvoirs. Au sein de cette dynamique contradictoire, la pierre d'assise du fédéralisme est le partage de la souveraineté législative; d'où la raison pour laquelle ce principe repose sur la recherche d'un équilibre des pouvoirs.

En effet, dans une fédération, chaque ordre de gouvernement est autonome dans ses champs de compétences exclusives. Ce partage, au Canada, est consigné aux articles 91 et 92 de la Constitution. À cet égard, la Constitution ne protège pas directement l'existence, le statut et les pouvoirs municipaux. C'est en vertu des paragraphes 8, 13 et 16 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confèrent aux provinces la compétence sur les « institutions municipales », sur « la propriété et les droits civils » et sur « les affaires locales »⁴⁷¹, que ces dernières ont créé les municipalités, pour ensuite leur accorder des pouvoirs en matière d'aménagement du territoire et d'environnement.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Loi Constitutionnelle de 1867, supra note 4 arts 92 (8), (13) et (16).*

Le principe du fédéralisme et la protection de l'autonomie de chaque ordre de gouvernement dans ses champs de compétences exclusives trouvent particulièrement écho dans la jurisprudence du Conseil judiciaire du Comité privé de Londres. Le rôle du juge dans cette première période jurisprudentielle en matière de partage des compétences, associée à la conception classique du fédéralisme, est axé sur l'identification de ce qui constitue le noyau dur (intouchable) des compétences de chaque gouvernement. L'approche interprétative dominante ici, l'approche dualiste, favorise une lecture littéraire et objective du texte constitutionnel. Cette façon « étanche » d'aborder le partage des compétences suppose une volonté de la Cour de respecter les « arrangements constitutionnels originaux ». Ce désir de respecter les volontés originaires des États souverains unis sous un pacte fédératif confirme une adhésion à l'idée que le rôle exclusif d'énoncer le droit est détenu par l'État. La souveraineté étatique est l'un des traits saillants de la modernité juridique⁴⁷².

Or, la fédération canadienne n'est pas un système isolé du reste du monde. De nombreuses et puissantes forces centripètes « produisent leurs effets sur le Canada » et conséquemment, « pourront l'inciter à vouloir consolider le pouvoir de l'État, et singulièrement, celui de l'État central »⁴⁷³. Parmi ces forces centripètes, l'on compte les impératifs économiques internationaux⁴⁷⁴. Cette pression économique engage une nécessité d'aplanir les normes. L'harmonisation (l'aplanissement) des normes sur l'ensemble du territoire canadien favorise un rôle accru du fédéral.

Des considérations d'efficacité, empruntées du discours économique, infiltrent dès lors les raisonnements juridiques des tribunaux, particulièrement lorsqu'un litige remet en cause l'union économique canadienne. Ce souci d'efficacité c'est d'abord manifesté dans deux jugements du Comité judiciaire, l'un en aéronautique dans *Aeronautics Reference*⁴⁷⁵ et l'autre en télécommunication dans *Radio Reference*⁴⁷⁶. Ces deux avis ont en commun d'une part, la question de l'intégration en droit interne du contenu des traités internationaux, et la conclusion d'assimiler à la compétence fédérale les matières régies à l'international, et de l'autre, le début d'une interprétation fonctionnelle du partage des compétences.

⁴⁷² Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

⁴⁷³ Beetz, *supra* note 135 à la p 133.

⁴⁷⁴ Edmond, *supra* note 111 à la p 461 et ss. Voir aussi, Loungnarath, *supra* note 21 aux pp 1021 et ss; Leclair, *supra* note 21.

⁴⁷⁵ *Supra* note 166.

⁴⁷⁶ *Supra* note 167.

La suite naturelle des évènements est que la Cour suprême, qui a succédé au Conseil judiciaire, s'est explicitement affranchie de la lecture littérale du texte constitutionnel privilégiée par ce dernier⁴⁷⁷. Pour la Cour suprême, il s'agit de muer vers un fédéralisme dit souple, moderne, ou coopératif⁴⁷⁸. Cette réorientation du fédéralisme canadien s'accompagne d'un affermissement de l'interprétation du partage des compétences selon l'approche fonctionnelle, alimentée d'un désir d'efficacité législative associée à une centralisation des pouvoirs. Ce faisant, la Cour suprême contribue à la création d'un espace économique pancanadien⁴⁷⁹. Or, la concentration de pouvoir repose inévitablement sur des choix, des préférences. Ces choix impliquent néanmoins un coût de renonciation, c'est-à-dire, le sacrifice de certains intérêts au profit d'un État performant, efficace, centralisé. Parmi ces intérêts sacrifiés, l'on compte l'intérêt local en aménagement du territoire et en environnement local. La Cour suprême a pourtant spécifié dans son arrêt *Hydro-Québec* que la protection de l'environnement « exige une action des gouvernements de tous les niveaux. [Nos soulignements] »⁴⁸⁰

Prenant acte du paradoxe souvent observé entre, d'un côté, une conception dominante d'un fédéralisme efficace et centralisé, et de l'autre, la pertinence d'une décentralisation des pouvoirs en matière d'aménagement et d'environnement, la Cour suprême établit le principe de subsidiarité⁴⁸¹. Le principe de subsidiarité signifie qu'une intervention de l'État central est légitime qu'en cas d'insuffisance des dispositifs les plus près des problèmes à résoudre. Intégrée en droit canadien comme une « composante » du fédéralisme⁴⁸², la subsidiarité est au cœur d'une pensée postmoderne de l'État et du droit, placée sous le signe du pluralisme juridique et d'une diversification des îlots producteurs de droit⁴⁸³.

⁴⁷⁷ « Comme toute autre partie de notre Constitution, cet « arbre vivant » selon l'image célèbre de l'arrêt *Edwards*, *supra* note 197 à la p 136, l'interprétation de ces compétences et de leur attribution doit être évolutive et adoptée aux réalités politiques et culturelles changeantes dans la société canadienne. » Voir *BCO*, *supra* note 109 au para 23.

⁴⁷⁸ Loungnarath, *supra* note 21 à la p 1009; Brouillet, « L'identité culturelle Québécoise », *supra* note 123 à la p 389.

⁴⁷⁹ Loungnarath, *supra* note 21 aux pp aux pp 1021 et ss; Leclair, *supra* note 21.

⁴⁸⁰ *Hydro-Québec*, *supra* note 6 à la p 215 et au para 85.

⁴⁸¹ *Spraytech*, *supra* note 6 au para 3.

⁴⁸² *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, *supra* note 376 au para 183. Voir aussi, Cyr, *supra* note 32 aux pp 20-21 (dans cet article, Hugo Cyr place la subsidiarité au rang de l'un des trois principes constitutionnels normatifs structurant, voire justifiant, la conception moderne du fédéralisme canadien; les deux autres principes normatifs étant l'autonomie et la solidarité).

⁴⁸³ Chevallier et Commaille, *supra* note 42 à la p 65.

Du point de vue de la fédération, la notion de subsidiarité s'inscrit dans une seconde phase du fédéralisme, la première étant la formulation du pacte. Il s'agit d'un principe objectif « indépendant des volontés formulées aux différents niveaux, qui règle, pour chaque niveau, la mesure des autonomies. [Nos soulignements] »⁴⁸⁴ Cette objectivité est fondée, en droit, sur le critère d'insuffisance, d'incapacité ou d'inefficacité des états décentralisés. Si le droit est pénétré d'une logique de performance, d'efficacité, c'est que nous franchissons le seuil de la pensée postmoderne puisque « [l]a légitimité du droit ne semble plus reposer sur la souveraineté, expression de la volonté générale, mais sur une forme d'efficacité qui emprunte plus au discours économiste que classiquement juridique. »⁴⁸⁵

À ce jour indéfini en droit canadien, le critère de l'efficacité, sous-jacent à la subsidiarité, rend légitime, en regard des faits et de l'interprétation judiciaire, un élargissement, notamment, des doctrines de la prépondérance fédérale et de l'intérêt national. Conséquemment, les préoccupations d'efficacité, à elles seules, maintiennent le droit dans certaines préconçus de la modernité, c'est-à-dire, un droit simple, linéaire et surtout, centralisé. Le passage vers un droit postmoderne serait donc à ce jour, non assumé ou incomplet. À l'instar de K. Benyekhlef, il y a lieu de souligner qu'une transition assumée vers un droit postmoderne, et le rejet des mythes fondateurs de la modernité supposent « un exercice [interprétatif] humain d'équilibre, de recours au code culturel [...] aux valeurs et aux référents de la communauté [...] bref de justice. »⁴⁸⁶

Cette approche postmoderne peut notamment amener des effets bénéfiques en regard de la prise en compte de l'aménagement du territoire. En effet, les motifs dissidents de deux juges québécois dans les arrêts *COPA*⁴⁸⁷ et *Lacombe*⁴⁸⁸ en aéronautique reflètent ce souci d'un aménagement du territoire harmonisé, c'est-à-dire, lorsque l'usage du territoire par l'un ne constitue pas une nuisance pour l'autre, et ce, peu importe son autorité d'origine. L'environnement de proximité devient dès lors une préoccupation dans la recherche de l'équilibre fédératif. Cela concorde avec la devise environnementale de la Cour suprême : pour une approche multiniveau en matière de protection de l'environnement.

⁴⁸⁴ Héraud, *supra* note 108 à la p 50.

⁴⁸⁵ Benyekhlef, « Droit postmoderne », *supra* note 45 à la p 415.

⁴⁸⁶ *Ibid* à la p 426.

⁴⁸⁷ *COPA*, *supra* note 7 motifs dissidents des juges LeBel et Deschamps.

⁴⁸⁸ *Lacombe*, *supra* note 7 motifs dissidents de la juge Deschamps.

Néanmoins, l'efficacité d'une union économique centralisée est à ce jour priorisée par la Cour lors de conflits de normes en aménagement du territoire entre une politique d'entreprise « autorégulatrice » adoptée en vertu d'une loi fédérale, et un règlement municipal. Cette façon de poser le droit a pour conséquence le maintien de la hiérarchie des normes, dont une appellation plus fidèle serait la « hiérarchie des valeurs ». Sans doute l'ébranlement d'un modèle étatique pyramidal est-il compensé entre autres par le contrôle constitutionnel des normes locales.

Bibliographie

LÉGISLATION

Traités internationaux

Déclaration de Balfour, novembre 1926, Conférence impériale de 1926, en ligne: <https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.pdf> [Déclaration de Balfour].

Loi de 1931 visant à donner effet à des résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930, 22 & 23 George V c 4 (RU) [Statut de Westminster de 1931].

Traité sur l'Union européenne, 7 février 1992, (entrée en vigueur : 1er novembre 1993), en ligne : <https://europa.eu/european-union/law/treaties_fr> [Traité de Maastricht].

Lois

Acte à l'effet d'incorporer la compagnie canadienne de Téléphone Bell, SC 1880 c 67.

Acte pour abroger certaines Ordonnances y mentionnées, et faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'autorités locales et municipales dans le Bas-Canada de 1845, 8 Vict 1845 c 40.

Acte pour faire des meilleures dispositions pour l'établissement d'autorités municipales dans le Bas-Canada, 10-11 Vict 1847 c 7.

Acte des municipalités et des chemins du bas Canada de 1855, 18 Vict 1855 c 100.

Code civil du Québec

Code municipal de la province de Québec de 1871, 34 Vict 1871 c 68.

Code municipal du Québec, RLRQ c C-27.1.

Loi de 1865 sur la validité des lois coloniales, 28 & 29 Vict c 63.

Loi anti-inflation, SC 1974-75-76 c 75.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, LRC c 16.

Loi constitutionnelle de 1867, LRC 1985 no 5.

Loi maritime du Canada, LC 1998 c 10.

Loi médicale, RLRQ c M-9.

Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême, SC 1949 c 37.

Loi sur l'aéronautique, LRC 1985 c A-2.

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, RLRQ c A-19.

Loi sur la protection des eaux navigables, LRC c N-22.

Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, RLRQ c P-41.1.

Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ c Q-2.

Loi sur les cités et les villes, RLRQ c C-19.

Loi sur les compétences municipales, RLRQ c C-7.1.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, RLRQ c S-4.2.

Loi sur les télécommunications, LC 1993 c 38.

Règlements

Règlement d'application de l'article 32 LQE, D 635 (2008) GOQ II 3600.

Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433.

Règlement sur l'évacuation et le traitement des eaux usées des résidences isolées, RLRQ c Q-2 r 22.

Règlement sur les ouvrages municipaux d'assainissement des eaux usées, RLRQ c Q-2 r 34.1.

Décret

Décret fédéral sur les ligne directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

JURISPRUDENCE

Conseil Privé

A-G for Canada v A-G for Ontario, [1937] AC 326.

A-G for Ontario v A-G for Canada, [1937] AC 355.

A-G for British Columbia v A-G for Canada, [1937] AC 377.

Canada c Attorney-General for Ontario, [1937] AC 326.

Citizens Insurance Company of Canada v Parsons, [1881-82] 7 AC 96.

Edwards c Attorney-General for Canada, [1930] AC 124.

Fort Frances Pulp and Power Co v Manitoba Free press, [1923] AC 695.

Great West Saddlery Co v The King, [1921] 2 AC 91.

Hodge v The Queen, [1883] 9 AC 117.

In re the Board of Commerce Act and Combines and Fair Prices Act, [1922] 1 AC 191.

In re the Regulation and Control of Aeronautics in Canada, [1932] AC 54.

In re the Regulation and Control of Radio Communication in Canada, [1932] AC 304.

Ontario (AG) V Canada Temperance Federation, [1946] AC 193.

Toronto Electric Commissioners v Snider, [1925] AC 396.

Union Colliery Co of British Columbia c Bryden, [1899] AC 580.

Cour suprême

Air Canada c Ontario (Régie des alcools), [1997] 2 RCS 581.

Banque canadienne de l'Ouest c Alberta, [2007] 2 RCS 3.

Banque de Montréal c Hall, [1990] 1 RCS 121.

Canada (Ministre de citoyenneté et immigration) c Vavilov, 2019 CSC 65.

Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Ville de Hudson, [2011] 2 RCS 241.

Catalyst Paper Corp c North Cowichan (District), [2012] 1 RCS 5.

City of Hamilton c Hamilton Distillery Co, (1907) 38 RCS 239.

Colombie-Britannique (Procureur général) c Lafarge Canada Inc, [2007] 2 RCS 86.

Commission du Salaire minimum c Bell Telephone Co of Canada, [1966] RCS 767.

Construction Montcalm Inc c Com Sal Min, [1979] 1 RCS 754.

Entreprise Sibica Inc c Frelighsburg (Municipalité), [2004] 3 RCS 304.

General Motors of Canada c City National Leasing, [1989] 1 RCS 641.

Hartel Holdings c Calgary (Ville de), [1984] 1 RCS 337.

Johannesson v Municipality of West St Paul, [1952] 1 SCR 292.

John Deere Plow Co Ltd v Wharton, [1915] AC 330.

La Reine c Friends of the Oldman River, [1992] 1 RCS 3.

Law Society of British Columbia c Mangat, [2001] 3 RCS 113.

Montréal c Arcade amusements Int, [1985] 1 RCS 368.

Multiple Access Ltd c McCutcheon, [1982] 2 RCS 161.

Ontario c Canadien Pacifique, [1995] 2 RCS 1031.

Parents naturels c Superintendent of ChildWelfare, [1976] 2 RCS 751.

Produits Shell Canada Ltée c Vancouver (Ville), [1994] 1 RCS 231.

Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association, [2010] 2 RCS 536.

Québec (Procureur général) c Lacombe, [2010] 2 RCS 436.

R c Crown Zellerbach Canada Ltd, [1988] 1 RCS 401.

R c Greenbaum, [1993] 1 RCS 674.

R c Hydro-Québec, [1997] 3 RCS 213.

R c Morgentaler, [1993] 3 RCS 463.

R c Wetmore, [1983] 2 RCS 284.

Renvoi sur la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 RCS 457.

Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can), [2000] 1 RCS 783.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217.

Robinson c Countrywide Factors Ltd, [1978] 1 RCS 753.

Rogers Communications Inc c Châteauguay (Ville), [2016] 1 RCS 467.

Smith v The Queen, [1960] SCR 776.

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c Calgary (Ville), 2004 CSC 19.

Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, [1976] 2 RCS 373.

Vidéotron Ltée et al c Ville de Gatineau et al, 2020 CanLII 30821 (CSC).

Ville de Nanaimo c Rascal Trucking Ltd, [2000] 1 RCS 342.

Cour d'appel

9034-8822 Québec inc c Sutton (Ville de), 2010 QCCA 858.

Abitibi (municipalité régionale de comté d') c Ibitiba Itée, [1993] RJQ 1061 (CA).

B Bellefleur c Québec (Procureur général), [1993] RJQ 2320 (CA).

Chalet St-Adolphe inc c St-Adolphe d'Howard (Municipalité de), 2011 QCCA 1491.

Comos-Strathcona (Regional District) v Hansen et al, [2005] 7 WWR 249 (BCSC), 2005 BCSC 2020.

Doucet c Ville de Saint-Eustache, 2018 QCCA 282.

Ferme Geléry Inc c Laverlochère (Municipalité), JE 2003-2137 (CA).

Greater Toronto Airports Authority c Mississauga (City) (2000), 192 DLR (4tr) 443 (Ont CA).

Hamilton Harbour comm. c City of Hamilton et al, 48 OR (2d) 757-14 DLR (4th) 338.

Lacombe c Sacré-Cœur (Municipalité de), 2008 QCCA 426.

Mississauga (City) v Greater Toronto Airports Authority, 50 OR (3d) 641, 192 DLR (4th) 443, 138 OAC 1.

Procureure générale du Québec c Vidéotron, 2019 QCCA 840.

Saint-Michel Archange (Municipalité) c 2419-6388 Québec inc, [1992] RJQ 875 — JE 92-583.

Recyclage Saint-Michel Inc c Municipalité de Saint-Michel, JE 96-1242 (QCCA).

Re Orangeville Airport Ltd And Town of Caledon (1976), 66 DLR (3d) 610 (Ont CA).

Re The Queen in Right of British Columbia and Van Coll (1987), 36 DLR (4th) 481 (BCCA).

Scorborough (Borough) v REF Homes Ltd, (1979) 9 MPLR.

SEFPO c Ontario (procureur général), [1987] 2 RCS 2.

Vallot c Québec (Ville de), 2011 QCCA 1165.

Venchiarutti c Longhurst (1992), 8 OR (3d) 422 (CA).

Walker v Ontario (Minister of Housing) (1983), 144 DRL (3d) 86.

Cour supérieure

Ferme l'Évasion inc c Elgin (Municipalité du canton d'), 2009 QCCS 4386.

Gastem inc c Municipalité de Ristigouche-Partie-Sud-Est, 2018 QCCS 779.

Marcoux c St-Charles de Belle Chasse, 2015 QCCS 4353.

Sacré-Cœur (Municipalité de) c Lacombe, 2006 QCCS 1171

Videotron c Ville de Gatineau, 2017 QCCS 3571.

MONOGRAPHIES

- ARNAUD, André-Jean. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, 824 p.
- ARNAUD, André-Jean. *Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, 185 p.
- BACCIGALUPO, Alain et Luc Rhéaume. *Les administrations municipales québécoises des origines à nos jours: anthologie administrative*, Montréal, Agence d'ARC, 1984, 608 p.
- BENYEKHFLEF, Karim. *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015, 921 p.
- BRAULT, Philippe, Guillaume Renaudineau et François Sicard. *Le principe de subsidiarité*, Paris, Documentation française, 2005, 111 p.
- BROUILLET, Eugénie. *La négation de la nation : L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Septentrion, 2005, 478 p.
- BROWNE, G.P. *The Judicial Committee and the British North America Act*, Toronto, University of Toronto Press, 1967, 477 p.
- BRUN, Henri, Guy TREMBLAY et Eugénie Brouillet. *Droit Constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Édition Yvon Blais, 2014, 1666 p.
- BUSSIÈRE, Roger. *Le régime municipal de la province de Québec*, Québec, Imprimeur officiel de la reine, 1964, 611 p.
- CHEVALLIER, Jacques et Jacques Commaille. *L'État post-moderne*, Issy-les Moulineaux, LGDJ, 2017, 326 p.
- CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, 1035 p.
- CÔTÉ, Pierre-André, avec la coll. de S. Beaulac et M. Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009, 865 p.
- DELEUZE, Gilles et Félix Guattari. *Rhizome : introduction*, Paris, Éditions de Minuit, 1979, 74 p.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit - Le relativisme et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.
- DUBOIS, Jean, Henri Mitterand et Albert Dauzat. *Grand dictionnaire étymologique & historique du français*, Paris, Larousse, 2011, 1280 p.
- DU MARAIS, Bertrand. *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, 488 p.

- DUPLÉ, Nicole. *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7e éd., coll. Le manuel de l'étudiant, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, 663 p.
- DUPLESSIS, Yvon et Jean Héту. *Les pouvoirs des municipalités en matière de protection de l'environnement*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 1992, 429 p.
- EISENMANN, Charles. *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, 330 p.
- GARANT, Patrice, Philippe Garant et Jérôme Garant. *Précis de droit des administrations publiques*, 6e édition, Montréal Édition Yvon Blais, 2018, 473 p.
- GIRARD, Philip. *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, 545 p.
- GIROUX, Lorne. *Aspects juridiques du règlement de zonage au Québec*, Québec, Presse de l'Université Laval, 1979, 543 p.
- HÉRAUX, Guy. *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Paris, Presse d'Europe, 1968, 155 p.
- HÉTU, Jean et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina. *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2e éd., Brossard, Wolters Kluwer, 2018.
- HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Student éd., Toronto, Thomson Reuters, 2018.
- HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, The Carswell Co Ltd, 1977, 548 p.
- KENNEDY, W.P.M., *Some Aspects of the Theories and Working of Constitutional Law*, London-Toronto, Oxford University Press, 1932, 142 p.
- LAMBTON, John George, Charles Buller, Edward Gibbon Wakefield. *Le Rapport Durham*, Montréal, Éditions Sainte-Marie, 1969, 156 p.
- LECHASSEUR, Marc-André. *Zonage et urbanisme en droit canadien*, 3e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, 872 p.
- LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne*, Paris, Édition de Minuit, 1979, 108 p.
- MINDA, Gary. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995, 350 p.
- ORBAN, Edmond. *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible?*, Montréal, Québec/Amérique, 1984, 475 p.
- OST, François et Michel Van de Kerchove. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.
- ROMANO, Santi et al. *Les ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2015, 45 p.

- SMILEY, Donald. *Canada in Question: Federalism in the Eighties*, 3rd ed., Toronto, McGraw Hill-Ryerson, 1980, 347 p.
- SWINTON, Katherine. *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Lasking-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990, 360 p.
- ST-AMOUR, Jean-Pierre. *Le droit municipal dans l'urbanisme discrétionnaire au Québec*, Yvon Blais, Cowansville, 2006, 761 p.
- VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Nouveaux instruments juridiques de l'union européenne. Évolution de la méthode communautaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, 374 p.

OUVRAGES COLLECTIFS

- BARTENSTEIN, Kristin et Christelle Landheer-Cieslak. « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s)? » dans Alexandre Fluckiger et thierry Tanquerel, dir, *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp 69-79.
- BEETZ, Jean. « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P-A Crépeau et C B Macpherson, dir, *The Future of Canadian Federalism*, Toronto/Montréal, University of Toronto Press, 1965, pp 113-138.
- BENYEKHFLEF, Karim. « Droit postmoderne » dans Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde, dir, *Approches et fondements du droit - Tome 2 - Philosophie et théorie juridiques*, Montréal, Édition Yvon Blais, 2019, pp 393-435.
- CHARTIER, Marie-France et Peter Oliver. « La juge Charron et le fédéralisme coopératif » dans Graham Mayeda et Peter Oliver, dir, *Principles and Pragmatism. Essays in the Honour of Louise Charron*, Markham, LexisNexis Canada, 2014.
- DIVAY, Gérard. « La proximité du niveau de vie » dans Gérard Divay, dir, *Le management municipal : un gouvernement de proximité?*, Tome 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019, aux pp 11-33.
- DIVAY, Gérard. « La proximité n'est pas qu'une affaire local » dans Gérard Divay, dir, *Le management municipal : un gouvernement de proximité?*, Presses de l'Université du Québec, 2019, pp 43-74.
- FRÉMONT, Jacques, « La face caché de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », dans G.-A. Beaudoin, J.E., Magnet, et al, dir, *Le fédéralisme de demande : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 45 p.
- FRYDMAN, Benoît et Gregory Lewkowicz. « Les codes de conduite : source du droit global », dans Isabelle Hachez et al, dir, *Les sources du droit revisitées. Vol 3 – Normativités concurrentes*, Bruxelles, Anthemis et Université Saint-Louis, 2012, p 179.
- M. TELLIER, Paul. « Centralisation et décentralisation », dans Raoul-P. Barbe, dir, *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969, pp 446-470.

PRÉMONT, Marie-Claude, « Les municipalités : entre pouvoirs et devoirs », dans Gérard Divay, dir, *Le management municipal : un gouvernement de proximité?*, Tome 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019, pp 107-131.

LEURQUIN-DE VISSCHER, Françoise. « Existe-t-il un principe de subsidiarité? », dans Francis Delparee, dir, *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp 21-43.

DELPÉRÉE, Francis. « Conclusion Générale », dans Francis Delpérée, dir, *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp 515-525.

RIGAUX, François. « Le juge, ministre du sens », dans *Justice et argumentation - Essais à la mémoire de Chaim Perelman*, Bruxelles, Édition de L'Université de Bruxelles, 1986, aux pp 79-95.

VERDUSSEN, Marc. « L'origine et la légitimité du Conseil supérieur de la justice » dans Marc Verdussen, dir, *Le Conseil supérieur de la justice* Bruxelles, Bruylant, 1999.

PÉRIODIQUES

BARROCHE, Julien. « La normativité entre proximité démocratique et efficacité politique : la question de la subsidiarité dans le droit de l'union européen » (2008) 5 :2 Revue gouvernance 51.

BELLEY, Jean-Guy. « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 :1 Sociologie et Sociétés 11-32.

BERNMANN, George A. « Subsidiarity in the European Community » (1993) 17:1 Hastings Int'l & Comp L Rev 97-112.

BROUILLET, Eugénie. « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45 :1 C & D 7-67

BROUILLET, Eugénie. « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 60-83.

BROUILLET, Eugénie. « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? » (2011) 54-21 SCLR 601-32.

CAIRNS, Alan C., « The Judicial Committee and Its Critics » (1971) 4 Rev Can Sc Pol 301.

CONSTANTINESCO, Vlad. « Who's Afraid of Subsidiarity? » (1991) 11 YEL 33.

CYR, Hugo. « Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism » (2014) 23:4 Constit Forum 20-40.

DALY, Paul. « L'abolition du registre des armes d'épaule : le rôle potentiel des principes non-écrits » (2014) 23:4 Constit Forum 41.

DAVIES, Gareth. « Subsidiarity: The Wrong Idea, In The Wrong Place, At the Wrong Time » (2006) 43 CML Rev 63.

- DELCAMP, Alain. « Principe de subsidiarité et décentralisation » (1993) 23 Rev fr dr Const 609.
- DELORME-MONTINI, Bénédicte. « Le moment post-moderne » (2010) 160 Le Débat 178.
- DEMARCO, Jerry V. « The Supreme Court of Canada's Recognition of Fundamental Environmental Values: What Could Be Next in Canadian Environmental Law? » (2007)17:3 JELP 159.
- DE MESTRAL, A.L.C. « La subsidiarité est-elle une menace au grand marché intérieur? » (1993) 3 NJCL 341.
- DEROSIER, Jean-Philippe. « La dialectique centralisation/décentralisation - Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité » (2007) 59:1 RDIDC107-140.
- ÉMOND, Paul. « The case for Greater federal Role in the environmental protection Field: an Examination of the Pollution Problem and the Constitution » (1972) 10:3 OHLJ 647-680.
- FRANCISCO, Céline. « San Francisco vise la vie sans déchets » (2015) 349:9 Alternatives économiques 58-59.
- GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François. « Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty » (2014) 23:4 Constit Forum 1.
- GHISLAIN, Otis. « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000: uniformisation ou construction plurielle du droit? » (1995) 26 RD Ottawa 261.
- GIROUX, Lorne. « Les interrelations entre le droit de l'environnement et le droit de l'aménagement du territoire » (1988) 48 R du B 467-503.
- HOGG, Peter W. « Subsidiarity and the Division of Powers in Canada » (1993) 3 NJCL 341.
- KARAZIVAN, Noura. « Fédéralisme coopératif et valeurs mobilières » (2016) 46 RGD 419-472.
- KENNEDY, W.P.M. « The Interpretation of the British North America Act » (1944) 8 CLJ 146.
- KONG, Hoi. « Subsidiarity, republicanism, and the division of powers in Canada » (2015) 45 RDUS13-46.
- LASKIN, Bora. « Peace, Order and Good Government - Re-examined » (1947) 25 Can Bar Rev 1054
- LASKIN, Bora. « Tests For the Validity of Legislation: What's the " Matters " ? » (1955) 11:1 UTLJ 114

- LASKIN, Bora. « The Protection of Interests by Statutes and the Problem of “ Contracting Out ” » (1938) 16 Can Bar Rev 669.
- L'HEUREUX, Jacques. « Nature et effets d'un schéma d'aménagement et d'un plan d'urbanisme » (2001) 31:1 RDUS 3-77.
- L'HEUREUX, Jacques. « Les premières institutions municipales au Québec ou « machines à taxer » (1979) 20:1-2 C & D 331-356.
- LEDERMAN, W.R. «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963) 9 McGill LJ 185.
- LECLAIR, Jean. « Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the expense of Diversity » (2003) 28 Queen's LJ 411.
- LÉVEILLÉE, Jacques et Marie-Odile TRÉPANIÉ. « Évolution de la législation relative à l'espace urbain au Québec » (1981-82) 16:19 RJT 21-121.
- LOUNGNARATH, Vilaysoun. « Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne » (1997) 57 R du B 1103.
- MACDONALD, Vincent. « Judicial interpretation of the Canadian Constitution » (1935-36) 1 UTLJ 260.
- MACDONALD, Vincent. «The Constitution in a Changing World» (1948) 26 Can Bar Rev 21.
- MAKUCH, S.M. « Bora Laskin and Municipal and Planning Law » (1985) UTLJ 469.
- MOTARD, Geneviève. « La dimension collective des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé » (2019) 60 :2 C & D 395.
- NEWMAN, Dwight. « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity » (2011) 74:1 Sask. Law Rev. 21-31.
- PEACH, Ian. « The Supreme Court of Canada Long-Gun Registry Decision: The Constitutional Question Behind an Intergovernmental Failure » (2015) 24:1 Constit Forum 1.
- PETTER, Andrew. « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power » (1989) 68 Can Bar Rev 448.
- PIGEON, L.P. « The meaning of provincial autonomy » (1951) 29 Can Bar Rev 1126.
- POIRIER, Johanne. « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire? » (2015) 45 RDUS 47.
- PRÉMONT, Marie-Claude, « La justice négocie de l'énergie éolienne au Québec » (2019) 60 :2 C & D 327.
- RÉAUME, Denise. « The judicial Philosophy of Bora Laskin » (1985) UTLJ 438.

- ROBITAILLE, David. « Environnement, aménagement du territoire et transports fédéraux : fédéralisme coordonné ou subordonné? » (2018) 48 RGD 7-55.
- ROBITAILLE, David. « Fascicule 22 : Le local et l'interprovincial – Municipalités, transports et communications », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, JCQ Droit constitutionnel.
- ROBITAILLE, David. « Le fragile équilibre des intérêts locaux et nationaux dans l'interprétation de la compétence fédérale sur l'aéronautique: l'exemple du parachutisme » (2019) 28:3 Constit Forum 19-30.
- ROBITAILLE, David. « Le Transport interprovincial sur le territoire local: vers un nécessaire équilibre » (2015) 20 Rev Const Stud 76-117.
- ROUSSEAU, Guillaume. « Fascicule 22 : Aspects environnementaux du droit de l'aménagement » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir., JCQ *Droit de l'environnement*.
- ROUSSEAU, Guillaume. « La Loi sur l'aménagement et l'urbanisme 30 ans plus tard : toujours entre centralisation et décentralisation » (2011) 52:2 C & D 197-244.
- ROUSSEAU, Guillaume. « La prépondérance étatique et les compétences municipales sur l'eau et le forage : Étude de la validité d'un règlement de la ville de Gaspé » (2014) 55 C & D 645-684.
- RUBAIN, Edward L. « The Fundamentality and Irrelevance of Federalism » (1997) 13 Ga St UL Rev 1009.
- RYDER, Bruce. « Equal Autonomy in Canada's Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR 565.
- SCOTT, Frank R. « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951) 20 R du B can 1095.
- SMITH, Herbert A. « The Residue of Power in Canada » (1926) 4 Can Bar Rev 432.
- SIMEON, R. E. « Criteria for choice in Federal Systems » (1983) 8 Queen's LJ 131.
- SWINTON, Katherine. « Bora Laskin and federalism » (1985) 35 UTLJ 353.
- TAILLON, Patrick et Russ Manitt. « Canada » (2019) Constitution et Environnement pp165-196.
- TUCK, Raphaël. « Canada and the Judicial Committee of the Privy Council », (1941-42) 4 UTLJ 33
- WRIGHT, Wade K. « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada » (2010) 51 SCLR 625.

RECUEIL DE COURS

LAVALLÉ, Sophie. *Aménagement durable du territoire*, Recueils de textes Tomes II et III, Faculté de droit, Université Laval, hiver 2019.

THÈSES ET MÉMOIRES

BROUILLET, Eugénie. *L'identité culturelle Québécoise et le fédéralisme canadien*, Grade de Docteur en droit (LL.D.), Faculté des études supérieures de l'Université Laval, 2003.

DEMEULES-TRUDEL, Charles. *La vétusté immobilière en droit municipal. Une limite d'intérêt général à l'exercice du droit de propriété*, Mémoire de maîtrise, Ville de Québec, Université Laval, 2019.

MATHIS-CALVET, Christine. *Décentralisation et subsidiarité : les germes d'une évolution*, Thèse de Doctorat de Droit public, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2004.

VEILLEUX, Jean-Pierre. *Le référendum local en droit québécois – Une institution juridique en tension avec les objectifs du droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Mémoire de maîtrise, Ville de Québec, Université Laval, 2019.

DÉBAT PARLEMENTAIRE

Débats de la Chambre des communes, 36-1, vol 135 (10 octobre 1997).

PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES ET RAPPORTS

FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS. *Tempête parfaite à l'horizon - Incidences sur les municipalités des nouvelles technologies et des nouveaux investissements dans le secteur canadien des télécommunications*, Ottawa, 2010, 24 p.

LA HAYE. *Rapport de la Commission provinciale d'urbanisme*, Québec, Gouvernement du Québec, 1968.

O'CONNOR. *Rapport au Sénat du Canada sur L'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1939.

CANADA. *Stratégie pancanadienne sur la gestion des effluents d'eaux usées municipales*, Whitehorse, février 2009, approuvée par CCMQ en ligne : <<https://www.ccme.ca>>.