

# PARTAGE CONSTITUTIONNEL DES COMPETENCES EN MATIERE DE SANTE AU CANADA\*

ANDREE LAJOIE†  
PATRICK A. MOLINARI††  
*Montréal*

---

## *Introduction*

Au moment de la rédaction du British North America Act de 1867,<sup>1</sup> l'intervention publique en matière de santé était fort limitée au Canada comme d'ailleurs dans le reste du monde occidental. Conçu comme ponctuel et le plus souvent complémentaire à celui qu'assumaient alors les communautés religieuses en cette matière, le rôle de l'Etat se résumait à l'établissement d'institutions hospitalières ou charitables destinées à des clientèles spécifiques, que certaines caractéristiques particulières désignaient à la conscience du siècle comme bénéficiaires de mesures spéciales, notamment et bien sûr pour des raisons différentes, les indigents et les militaires.

C'est le reflet fidèle de ces préoccupations concrètes que l'on retrouve dans le texte constitutionnel qui commet deux attributions partielles et spécifiques, l'une à la compétence provinciale, visant "l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine"<sup>2</sup> et l'autre qui spécifie précisément cette dernière réserve en l'attribuant à la compétence fédérale, savoir: "la quarantaine, l'établissement et le maintien des hôpitaux de marine".<sup>3</sup>

A cet égard, celui qui veut lire le partage des compétences dans la fédération canadienne en matière de santé en 1978 ne se trouve donc pas dans une position différente de ceux qui s'intéressent à d'autres secteurs: ici comme ailleurs les développements scientifique et technologique et l'évolution du rôle de l'Etat posent des

---

\* Ce texte a été préparé dans le cadre d'un vaste projet de recherche intitulé Synthèse et critique du droit de la santé au Québec qui est actuellement en voie de réalisation au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, grâce à des subventions du ministère national de la Santé et du Bien-être, du ministère québécois des Affaires sociales et du ministère québécois de l'Éducation.

† Andrée Lajoie, Directeur du Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

†† Patrick A. Molinari, Professeur, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

<sup>1</sup> 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R. U.) ci-après cité: B.N.A. Act.

<sup>2</sup> B.N.A. Act de 1867, art. 92, 7.

<sup>3</sup> *Ibid.*, art. 91, 11.

problèmes que les Pères de la Confédération n'avaient pu évidemment prévoir spécifiquement. Il faut donc s'en remettre aux articles généraux et aux théories et principes d'interprétation de notre fédéralisme.

D'ailleurs, c'est bien avant l'époque actuelle et même dès la fin du XIXe siècle que le problème s'est posé de l'interprétation des compétences en matière de santé, tant il avait été énoncé de façon restrictive dans le B.N.A. Act de 1867.

Historiquement, on distingue trois périodes dans la discussion constitutionnelle et politique qu'ont entretenue les tribunaux et les commentateurs en matière de santé publique, chaque époque abordant la question par le biais à la fois conjoncturel et idéologique qui la caractérise.

La première période va de 1885 à la fin du siècle environ: elle se pose dans le double contexte de la lutte contre l'état épidémique qu'avaient alors atteint certaines maladies contagieuses, en particulier la variole, dans certaines régions du pays, dont Montréal et Vancouver, et de la définition, très importante pour les juristes du XIXe siècle, des pouvoirs municipaux. Comme nous le verrons en détail ci-après, elle situe d'emblée la compétence relative aux interventions nécessitées par les réalités de cette époque dans l'enveloppe des provinces.

Il faudra attendre les années trente pour que le type d'intervention publique exigée par la santé ait suffisamment évolué pour que le problème se pose sous un autre jour et révèle d'autres dimensions du problème constitutionnel. Les effets de la crise économique et le type de mesures remédiatrices qu'y envisage le parlement fédéral vont alors poser la question de la validité constitutionnelle des programmes fédéraux d'assurance sociale, question importante s'il en est, qui a modifié et précisé le partage constitutionnel tel qu'il demeure établi encore aujourd'hui. Parallèlement, un autre type de préoccupation s'annonçait dans le domaine de la santé, et qui allait aussi avoir des répercussions constitutionnelles: celui du contrôle des aliments, première manifestation d'une valeur alors émergente et qui prend des dimensions encore plus importantes depuis quelques années, savoir: la qualité de la vie.

Depuis les années soixante, en effet, les problèmes de santé qui ont atteint le forum constitutionnel se sont présentés sous l'angle de la qualité de la vie: contrôle des aliments, des drogues, dans le contexte d'une définition plus précise des droits de la personne, du malade, du malade mental, de la prévention. Mais il s'agit malgré tout de questions spécifiques, marginales par rapport au partage réel des compétences qui s'inscrit à notre époque dans les pratiques gouvernementales, échappant par ailleurs aux tribunaux.

Cette troisième période se caractérise en effet surtout par le développement des ententes fédérales-provinciales, et de la théorie du pouvoir de dépenser qui leur est sous-jacent, développement effectué au plan administratif, en marge du judiciaire auquel échappe de plus en plus, durant cette troisième période, la définition des compétences respectives de l'Etat central et des provinces en matière de santé.

Toutes les questions soulevées dans ces deux dernières périodes de l'évolution constitutionnelle du secteur de la santé forment un faisceau complexe, assez éloigné des simples questions d'épidémies abordées avec la relative simplicité de l'appareil conceptuel des tribunaux appelés à juger ces questions au XIXe siècle.

Il en est résulté une jurisprudence plus nuancée, effectuant de façon additive (que l'anglais décrit plus efficacement sous le vocable "incremental") un partage plus subtil des compétences dans ce domaine qui s'est élargi et se diversifie progressivement au cours du dernier siècle. Nous suivrons donc ce développement et cette évolution progressive de la pensée juridique de nos tribunaux et commentateurs pour en dégager, au fur et à mesure, les éléments permanents qui puissent nous guider dans une lecture contemporaine du partage constitutionnel des compétences législatives et des pouvoirs d'intervention en matière de santé dans la fédération canadienne.

### *I. Evolution historique.*

#### *A. Première période: fin du XIXe siècle: les épidémies et la compétence provinciale.*

C'est au Québec que la compétence provinciale en matière de santé a été mise en doute—et affirmée—la première fois, plus précisément à l'occasion d'une injonction prise par la Municipalité du village Saint-Louis du Mile End contre la Cité de Montréal.<sup>4</sup>

En 1885-86, sévit à Montréal une épidémie de variole qui fera plus de 3,000 morts en moins deux ans. Devant la gravité de la situation, la Commission de santé du bureau d'hygiène, sur l'ordre du Bureau Central (provincial) d'hygiène, avait aménagé et commençait à utiliser comme hôpital pour contagieux, avec l'approbation du gouvernement provincial, des bâtiments appartenant à ce dernier et situés sur le territoire de la Municipalité du village de Saint-Louis du Mile End.

Les autorités de cette dernière municipalité demandèrent alors à la Cour supérieure une injonction enjoignant la Cité de Montréal de

---

<sup>4</sup> *La Municipalité du village de Saint-Louis du Mile End v. la Cité de Montréal* (1886), 2 M.L.R. S.C. 218.

cesser ces travaux et activités. En Cour supérieure, le juge Taschereau refusa cette injonction, affirmant la compétence provinciale à exercer l'autorité dévolue à la province du Bas-Canada sous l'Union par le chapitre 38 des Statuts Refondus du Canada.<sup>5</sup> Ce statut n'aurait pu, selon lui, être aboli par une loi de la législature fédérale,<sup>6</sup> et il appuie sa décision sur le fait que "toutes les questions d'hygiène, le contrôle des hôpitaux autres que ceux de marine et généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province, sont du ressort exclusif de la législation provinciale . . .".<sup>7</sup>

La compétence provinciale en matière de santé, entendue au sens d'organisation administrative de l'hygiène, était donc rattachée aux paragraphes 7 et 16 de l'article 92 du B.N.A. Act de 1867. Déjà en 1885, le libellé du paragraphe 7, spécifique à l'administration des hôpitaux et des institutions de charité paraissait trop étroit pour couvrir les interventions nécessaires à la santé publique, et il fallait faire appel au paragraphe 16, relatif aux matières d'une nature locale ou privée.

Ce fondement, énoncé pour la première fois en Cour supérieure par le juge Taschereau dans l'affaire *Saint-Louis du Mile End*,<sup>8</sup> a été confirmé par la Cour de Révision, saisie en appel de cette même affaire.<sup>9</sup> Le juge Mousseau, rendant alors jugement pour la Cour, fait de la dimension locale des questions de santé "un motif si puissant qu'il dispense d'examiner les autres". La même année, le juge Taschereau de la Cour supérieure affirmait de nouveau ce principe dans sa décision relative au conflit opposant Bolland et Dugas.<sup>10</sup> Un juge des Sessions de la Paix, Calixte Aimé Dugas, avait refusé

---

<sup>5</sup> An Act to make provision for the preservation of the Public Health in certain emergencies, 1849, 12 Vict., c. 8, devenu S.R.C., 1859, c. 38.

<sup>6</sup> En 1868, l'année après la Confédération, le Parlement du Canada avait abrogé en grande partie le chapitre 38 des Statuts Révisés du Canada par l'Acte de la Quarantaine et de la Salubrité de 1868, 1868, 31 Vict., c. 63, lui-même abrogé par l'Acte relatif à la quarantaine, 1872, 35 Vict., c. 27, qui ne contient plus que des dispositions relatives à la quarantaine (des navires et passagers) à l'exclusion de toute question de santé publique. En autant qu'on puisse le déduire des rapports judiciaires, la Municipalité de Saint-Louis du Mile End, comme après elle Pope, Dugas, puis la Cité de Vancouver, dans d'autres arrêts analysés plus loin, prétendaient que ledit chapitre 38 avait été valablement abrogé par les lois ci-haut citées du Parlement fédéral. L'argument des parties adverses, chaque fois accueilli par les tribunaux, est à l'effet que la matière des dispositions du chapitre 38 relatives à la santé publique votées sous l'Union est passée à la compétence provinciale par l'acte confédératif et que désormais le Parlement fédéral ne peut plus les modifier.

<sup>7</sup> *Supra*, note 4, à la p. 220.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, aux pp. 220 et s.

<sup>10</sup> *Bolland v. Dugas* (1885), 15 R.L. 266.

d'assermenter Michel Bolland et d'accepter une plainte qu'il déposait selon les dispositions pertinentes du même chapitre 38 des Statuts Refondus déjà mentionné dans l'affaire *Saint-Louis du Mile End*, prétendant que ledit chapitre 38 avait été abrogé par une loi fédérale postérieure. Le juge Taschereau, logique avec sa propre décision antérieure, confirmée d'ailleurs par la Cour de Révision, accueillit le mandamus visant à contraindre le magistrat Dugas à recevoir la plainte déposée en vertu dudit chapitre 38, "considérant que ledit chapitre 38 des Statuts Refondus du Canada est encore en pleine force et vigueur et n'a pu être rappelé ou abrogé par aucune disposition législative du Parlement de la Puissance du Canada . . . toutes les questions d'hygiène, le contrôle des hôpitaux autres que ceux de marine et généralement toutes les matières d'une nature locale dans la province sont du ressort exclusif de la législature provinciale, qui, seule, avait le pouvoir d'amender et de rappeler ledit statut et ne l'a point fait".

Un an plus tard, la Cour d'Appel du Québec devait confirmer à nouveau ce fondement de la compétence provinciale dans le jugement majoritaire de l'affaire *Rinfret and Pope*.<sup>11</sup> Dans cette affaire la compétence des autorités provinciales à agir en vertu des pouvoirs qui leur étaient assignés par le chapitre 38 des Statuts Refondus du Canada<sup>12</sup> était de nouveau mise en cause, cette fois à l'occasion d'une requête d'un contribuable de la ville de Québec, un certain Pope, qui demandait à la Cour supérieure de démettre un certain Rinfret de sa charge de membre de la Commission d'hygiène où il avait été nommé en contravention des dispositions dudit chapitre 38. En rejetant la réponse en droit de Rinfret et en accueillant la demande de Pope, les juges Andrews et Casault de la Cour supérieure, puis la Cour du Banc de la Reine, division d'appel, à l'exception du juge Cross, dissident, ont affirmé de nouveau "que toute législation sur la santé publique dans chaque province à l'exception des établissements de quarantaine et des hôpitaux de marine tombe dans les attributions législatives de chaque province".<sup>13</sup>

Ce jugement majoritaire de la Cour d'Appel du Québec va très loin: il donne l'ensemble de la compétence en matière de santé aux provinces, à l'exception de l'énuméré spécifique du paragraphe 11 de l'article 91 du B.N.A. Act de 1867, qui confie au Parlement fédéral la compétence législative sur "la quarantaine, l'établissement des hôpitaux de marine". Et cette compétence provinciale générale, la Cour d'Appel l'affirme à une majorité de quatre à un, à l'encontre de

<sup>11</sup> (1886), 12 Q.L.R. 303.

<sup>12</sup> Voir, *supra*, note 6.

<sup>13</sup> *Supra*, note 11, à la p. 312.

l'opinion minoritaire du juge Cross, qui estime plutôt que la compétence générale dans ce domaine appartient au Parlement fédéral, à l'exception spécifique de l'établissement et du maintien des hôpitaux, et cela en vertu de la compétence résiduelle qui lui serait conférée par la clause "paix, ordre et bon gouvernement" du paragraphe introductif de l'article 91.

Cette affirmation par la Cour d'Appel du Québec de la compétence provinciale générale a d'ailleurs été suivie, quelques années plus tard, par la Cour supérieure de la Colombie Britannique, dans la décision *Canadian Pacific Navigation v. The City of Vancouver*.<sup>14</sup> Toujours dans la traînée des épidémies de variole, les autorités sanitaires de Vancouver avaient empêché péremptoirement les passagers d'un bateau en provenance de Victoria, où sévissait la maladie, de descendre à Vancouver. Le juge Crease décida qu'il s'agissait d'un abus de la discrétion administrative et qu'une telle décision ne pouvait être légale qu'après examen médical des passagers et preuve de contamination parmi eux. Il affirmait ainsi la compétence provinciale à exercer cette juridiction, pourvu que ce soit dans la légalité, et retenait en conséquence sa constitutionnalité, laquelle avait été soulevée et affirmée en cours d'instance par l'une des procureurs qui s'appuyait précisément sur la décision *Rinfret and Pope*. Les tribunaux de cette province et d'autres tribunaux canadiens devaient d'ailleurs, souvent à l'occasion d'autres incidents administratifs rattachés à la même épidémie, réaffirmer tantôt implicitement<sup>15</sup> et tantôt explicitement, quoiqu'en *obiter*,<sup>16</sup> que la compétence provinciale générale en matière de santé s'étend tant à l'organisation administrative des services qu'à celle de la pratique médicale.<sup>17</sup>

On peut donc dire que cette première période du développement du droit constitutionnel canadien en matière de santé définit clairement la compétence provinciale comme une enveloppe générale dont il ne faudrait soustraire que la quarantaine et les hôpitaux de la marine, objets spécifiques de la compétence fédérale aux termes du paragraphe 11 de l'article 91 du B.N.A. Act.

<sup>14</sup> (1892), 2 B.C.R. 193.

<sup>15</sup> *Attorney General of British Columbia v. Milne* (1892), 2 B.C.R. 196 et *Metherwell v. The Medical Council of British Columbia and G. L. Milne, Registrar of the Council* (1892), 2 B.C.R. 186.

<sup>16</sup> *Re George Bowack* (1892), 2 B.C.R. 216, à la p. 224: "... as the subject of public health falls within the class of legislative matters assigned to the Province by section 92 of the B.N.A. Act."

<sup>17</sup> *Metherwell v. The Medical Council of British Columbia and G.L. Milne*, *supra*, note 15; *Ex parte Fairbairn* (1877), 18 N.B.R. 4 (C.A.); *Re Stinson and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1910), 22 O.L.R. 627 (C.A.). Pour un exposé de cette question, voir: R.T. McKall, *Constitutional Jurisdiction over Public Health* (1974-75), 6 Man. L.J. 317, à la p. 321.

Cette unanimité de nos tribunaux, atténuée par la seule dissidence du juge Cross dans l'arrêt *Rinfret*,<sup>18</sup> étonne d'autant plus le lecteur contemporain qu'elle s'est manifestée dans la solution de litiges reliés pour la plupart à des épidémies et à des mesures administratives visant à les contenir, qu'on serait aujourd'hui naturellement tenté de rapprocher de ce qu'on nomme la quarantaine. Et l'on arrive mal à comprendre comment les tenants d'un pouvoir fédéral fort n'ont pas songé à ranger ces mesures dans la quarantaine, et par conséquent, dans la compétence fédérale sous l'article 91, paragraphe 11 du B.N.A. Act.

Seul le juge Mousseau, rendant jugement pour la Cour de Révision dans l'affaire *Saint-Louis du Mile End*<sup>19</sup> nous laisse entrevoir un élément de réponse, d'ailleurs confirmé par une lecture attentive du paragraphe 11 de l'article 91 dans son contexte séquentiel, c'est-à-dire compte tenu de l'univers logique que représentent les paragraphes précédant et suivant le paragraphe 11 dans l'article 91.

Le juge Mousseau écrit, à propos de la quarantaine: "c'est un sujet d'intérêt général, il s'agit de commerce avec l'étranger et de mettre en quarantaine, en isolement, dans une Isle ou autre lieu les vaisseaux, marchandises et passagers venant au Canada des pays étrangers infectés de maladie contagieuse ou soupçonnés de l'être . . . c'est ainsi qu'on a toujours compris les lois de quarantaine dans ce pays depuis la 16 Vict., chapitre 86, section 21, jusqu'à la 35 Vict., chapitre 27."<sup>20</sup>

Dans l'empire britannique de la fin du XIXe siècle, le mal vient d'ailleurs par la mer; et quand, dans la constitution d'une colonie, on parle de quarantaine dans un même souffle que des hôpitaux de marine, au milieu d'une énumération des compétences fédérales où précèdent les phares, les bouées, l'île du Sable, (article 91, paragraphe 9) la navigation (paragraphe 10) et où suivent les pêcheries (paragraphe 12) et les passages d'eau (paragraphe 13), il ne saurait être question de se protéger que de la contagion venue d'ailleurs par la mer, et non de la contagion des épidémies intérieures, qui restent d'une nature purement locale ou privée.

Mais ce critère tout simple de partage des compétences, qui avait suffi à régler les conflits qui se présentaient à la fin du siècle dernier, allait bientôt céder la place à une discussion plus subtile du fédéralisme où la compétence législative, même lorsqu'elle s'exerce sur des objets de nature purement locale, peut le faire à travers des lois ou des dispositions de nature pénale ou civile, sujettes à un

<sup>18</sup> *Supra*, note 11, aux pp. 308 et s.

<sup>19</sup> *Supra*, note 4, à la p. 224.

<sup>20</sup> *Ibid.*

éclairage différent suivant qu'on les examine au jour de l'une ou l'autre des théories explicatives du fédéralisme canadien.

*B. Seconde période: des années trente à l'après-guerre: une vue plus complexe de la compétence fédérale.*

C'est en effet la discussion de la compétence fédérale, de ses fondements, de ses limites à l'intérieur du champ de la santé qui occupe les tribunaux et les commentateurs de cette seconde période.

D'une part le législateur fédéral va essayer de mettre en oeuvre un programme d'assurance sociale qui aurait pu être le précurseur de l'assurance-santé; mais c'est précisément son caractère d'assurance qui va permettre aux tribunaux de le déclarer *ultra vires* et de déterminer ainsi toute une importante partie de l'évolution du fédéralisme canadien. D'autre part, ses tentatives de légiférer sur un certain nombre de questions reliées à la qualité de la vie par le biais du droit criminel seront plus fructueuses, même si elles ne remportent finalement qu'un succès mitigé.

Nous allons examiner successivement ces deux cheminements de la compétence fédérale.

En référant à la Cour suprême la question de la validité de sa loi sur les assurances sociales et l'assurance-chômage, le gouvernement canadien, suivant en cela les recommandations de la Commission Rowell-Sirois,<sup>21</sup> posait carrément la question de confiance au fédéralisme: la structure fédérale allait-elle pouvoir répondre aux besoins sociaux soulevés par la crise économique? Presque tout l'arsenal des arguments centralisateurs était invoqué: la compétence résiduelle, le pouvoir de taxation, le pouvoir de dépenser, celui de mettre en oeuvre les traités, la théorie de l'urgence et celle des dimensions nationales et même, plus modestement, la compétence fédérale en matière commerciale et criminelle.<sup>22</sup>

En déclarant, par une décision majoritaire, que cette législation ne pouvait être validée sous aucun des chefs de compétence précités, la Cour suprême affirma qu'il s'agissait en fait d'une législation portant sur l'emploi, l'assurance-chômage et la santé. Confirmant cet avis, en infirmant les arguments des juges minoritaires, le Conseil privé<sup>23</sup> déclara qu'il s'agissait d'une loi portant sur l'assurance et affectant les droits civils des employeurs et employés dans chaque province.

<sup>21</sup> Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces (Ottawa, 1940), vol. II, p. 39.

<sup>22</sup> *In the matter of a reference as to whether the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the Employment and Social Insurance Act, being chapter 38 of the Statutes of Canada 1935*, [1936] S.C.R. 427.

<sup>23</sup> *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, [1937] A.C. 326, à la p. 355.

Cet arrêt allait avoir les conséquences importantes que l'on sait. D'une part, la constitution canadienne, peu de temps après, fut modifiée<sup>24</sup> pour ajouter l'assurance-chômage à la liste des compétences fédérales, à l'article 91, paragraphe 2a du B.N.A. Act. D'autre part, il devenait dès lors évident que le Parlement fédéral, quelque mécanisme qu'il invente par ailleurs, ne pourrait plus établir un régime contributif d'assurance sociale ou d'assurance-santé, comme l'ont d'ailleurs souligné les auteurs de rapport Castonguay, plusieurs années plus tard, au moment où le Québec s'apprêtait justement à utiliser sa compétence aux mêmes fins.<sup>25</sup> Enfin, l'impossibilité où se trouvait désormais le Parlement canadien de percevoir un impôt spécifique pour l'affecter ensuite par voie législative aux fins d'un régime contributif d'assurance a donné lieu à l'élaboration d'une pratique constitutionnelle abusivement coiffée du titre de "théorie" du pouvoir de dépenser, utilisée dans le domaine de la santé dès la fin de la période que nous étudions, mais que nous retrouverons surtout dans les années soixante.

Mais avant de poursuivre l'analyse de cette évolution récente, il faut examiner l'autre avenue de la compétence fédérale dans la période qui va des années trente à l'après-guerre, celle dont le focus social se situe entre la qualité de la vie et le respect des droits de la personne et qui emprunte souvent la voie du droit criminel.

La première affaire constitutionnelle de cette nature qui ait retenu l'attention des tribunaux est celle de *Standard Sausage*.<sup>26</sup> Dans cette affaire, la compagnie Standard Sausage soulevait l'inconstitutionnalité de certains articles de la Loi sur le contrôle des aliments et drogues<sup>27</sup> en vertu desquels elle était poursuivie pour avoir ajouté à ses saucisses du dioxyde de soufre, en quantité cependant inoffensive pour la santé. Néanmoins, ce préservatif ne faisait pas partie de ceux dont l'usage était permis par la lecture concurrente des articles précités et des règlements adoptés sous leur autorité. La question était donc de savoir si cette législation est *intra vires* du Parlement aux termes de sa compétence en matière criminelle, bref si cette compétence lui permet de criminaliser des conduites qui ne portent atteinte ni à la vie, ni à la santé, ni à la propriété.

Dans l'affirmative la législation est valide; au cas contraire, on pourrait croire que l'affaire soumise ne concernait que la santé, une

<sup>24</sup> British North America (No. 2) Act, 1949, 13 & 14, Geo. VI, c. 81 (R.U.).

<sup>25</sup> Québec, Commission (Castonguay) d'enquête sur la santé et le bien-être social, Rapport, vol. I, l'assurance-maladie (1970), p. 190.

<sup>26</sup> *Standard Sausage Co. v. Lee, Proctor v. Standard Sausage Co.*, [1933] 4 D.L.R. 501.

<sup>27</sup> S.R.C., 1927, c. 76, arts 3, 4 et 23.

matière de nature locale et privée. La Cour d'Appel de la Colombie Britannique, confirmant un jugement du juge MacDonald de la Cour supérieure de cette province,<sup>28</sup> affirme que cette législation est *intra vires* du Parlement aux termes de sa compétence en matière criminelle. Selon ce tribunal, qui s'appuie d'ailleurs sur une décision du Conseil privé,<sup>29</sup> le Parlement fédéral peut criminaliser une conduite sans qu'elle ne porte atteinte à la vie, la santé ou la propriété et il n'est pas empêché de déclarer criminelles certaines conduites pour le seul motif que leur objet pourrait à d'autres égards tomber sous l'article 92. Néanmoins, toujours selon la même décision, le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir d'empiéter sur la compétence provinciale sur les matières locales et privées sous le prétexte du droit criminel.<sup>30</sup>

On voit que la ligne est mince entre ces deux éléments de la décision *Standard Sausage*: mais c'est la dernière proposition qui allait être mise en relief par la jurisprudence subséquente, au cours de cette même période de l'évolution constitutionnelle du champ de la santé. En effet, c'est à propos d'une autre affaire de produits alimentaires que la question s'est posée de nouveau, quoique différemment, en 1949, à l'occasion d'un avis de la Cour suprême<sup>31</sup> confirmé par le Conseil privé<sup>32</sup> en matière de contrôle et de vente de margarine. Si on lit cet arrêt en regard de la décision *Standard Sausage* précitée, on en arrive à la conclusion, d'ailleurs logique, qu'il faut à chaque fois déterminer l'objet spécifique et la substance (pith and substance) d'une législation pour déterminer la matière sur laquelle elle porte et, partant, la compétence dont elle relève. Dans le cas qui nous occupe, la prohibition de la vente de la margarine n'a pas été considérée comme du droit criminel par la majorité de la Cour suprême, ni comme visant la santé publique, mais comme une mesure de protection de l'industrie laitière. Le Conseil privé a entériné cet avis, confirmant qu'il s'agissait de droits civils et d'affaires internes aux provinces et écartant la dissidence du juge

---

<sup>28</sup> Egalement rapporté dans [1933] 4 D.L.R. 501.

<sup>29</sup> *Proprietary Articles Trade Association v. A.G. for Canada*, [1931] A.C. 310, Lord Atkin.

<sup>30</sup> Dans le même arrêt, le juge Martin concourt à la décision de ses collègues mais soulève d'autres motifs. Pour lui, la préservation de la nourriture, qui a toujours fait partie du droit criminel en Angleterre, se justifie (entre autres) par la paix, l'ordre et le bon gouvernement et fait partie de la compétence fédérale résiduaire. Mais le caractère minoritaire de ce motif exceptionnellement ici invoqué à l'appui de ce jugement, fondé sans nécessité sur le droit anglais, réduit son importance compte tenu par ailleurs de l'évolution subséquente de la jurisprudence.

<sup>31</sup> *Reference re validity of section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] 1 D.L.R. 433.

<sup>32</sup> *Reference re validity of section 5(a) of the Dairy Industry Act; Canadian Federation of Agriculture v. Attorney General of Quebec*, [1950] 4 D.L.R. 689.

Rinfret de la Cour suprême qui tenait la disposition comme relevant du droit criminel. Pour qu'une question de santé (ou autre) soit considérée comme relevant de la compétence criminelle du gouvernement fédéral, il ne faut pas que le Parlement cherche par là "to create penal sanctions under s. 91 head 27 [in order to] appropriate to itself exclusively a field of jurisdiction in which, apart from such procedure, it could exert no legal authority", comme l'affirmait l'une des sources sur lesquelles s'appuyait le jugement de la Cour suprême.<sup>33</sup>

En spécifiant la compétence criminelle du Parlement, ces jugements avaient aussi abordé la théorie de l'urgence et celle des dimensions nationales, souvent en *obiter* et jamais pour affirmer que la législation en matière de santé puisse en relever. Et le Rapport Rowell-Sirois, qui par ailleurs avançait la théorie des dimensions nationales pour justifier l'octroi au Parlement de la compétence en matière d'assurance-chômage et de pensions de vieillesse, va jusqu'à reconnaître expressément que l'assurance-maladie ne possède pas en soi ce "caractère national".<sup>34</sup> L'arrêt dit de la *Tempérance*,<sup>35</sup> ultérieur au Rapport Rowell-Sirois, a ravivé en droit constitutionnel toute la discussion sur la nature et la portée de la clause introductive de l'article 91 du B.N.A. Act.<sup>36</sup> Ne portant sur la santé que par le biais de l'épidémiologie, si tant est qu'une législation sur la tempérance soit un moyen de contrer l'alcoolisme entendu au sens médical, cette décision du Comité judiciaire du Conseil privé offre une définition élargie des pouvoirs du Parlement fédéral de légiférer à partir de la clause "Paix, ordre et bon gouvernement". Si cette interprétation<sup>37</sup> avait été antérieure au référé concernant l'assurance-chômage et l'assurance sociale,<sup>38</sup> le scénario jurisprudentiel aurait pu être tout autre. En effet, on peut croire que ces deux lois fédérales auraient alors pu être validées par une telle interprétation de "Paix, ordre et bon gouvernement". Mais, compte tenu du fait que la lecture de l'état du droit constitutionnel canadien varie selon les époques eu égard à l'ensemble interprétatif du fédéralisme que constituent l'acceptation ou le rejet des théories de l'urgence, des dimensions nationales et de la compétence résiduelle

---

<sup>33</sup> *A.G. for Canada v. A.G. of Alberta and A.G. of British Columbia* (1916), 26 D.L.R. 288, notes du juge Duff, *sub nom Re Insurance Act (Can.) 1910* (1914), 15 D.L.R. 251.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, note 21, vol. II, p. 44.

<sup>35</sup> *A.G. for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193.

<sup>36</sup> Voir, particulièrement: Bora Laskin, "Peace, Order and Good Government" Re-examined (1947), 25 R. du B. Can. 1054.

<sup>37</sup> A titre d'exemple voir: P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), pp. 257-261.

<sup>38</sup> *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, *supra*, note 23.

fédérale, nous réservons pour la période contemporaine l'application que nous entendons proposer de ces théories au champ de la santé.

Au terme de cette seconde période de l'évolution du droit constitutionnel canadien relatif à la santé, on peut dire que la compétence provinciale et la compétence fédérale commencent à se préciser davantage. La compétence provinciale, fondée au XIX<sup>e</sup> siècle surtout sur le paragraphe 16 de l'article 92 se rapportant aux matières locales et privées, s'est étoffée d'une compétence implicite rattachée aux assurances et au droit civil, en ce qui a trait aux programmes d'assurances sociales, et par extension d'assurance santé.

L'établissement de tels programmes a été, en effet, déclaré *ultra vires* de la compétence du Parlement du Canada, auquel a été reconnu d'autre part le pouvoir de légiférer sur des matières qui relèvent par ailleurs du domaine de la santé en vertu de sa compétence en matière criminelle, à condition qu'il ne s'agisse pas là d'un prétexte pour légiférer sur des matières dont la nature véritable est autre et qui échapperaient autrement à la compétence fédérale.

Mais les tribunaux sont loin d'avoir partagé exhaustivement le champ de la santé entre le Parlement et les législatures. Le Rapport Rowell-Sirois<sup>39</sup> qui est publié en 1940, soit au milieu de cette période, constate l'existence d'un "chaos" au point de vue du partage des pouvoirs, mais estime qu'il ne faut pas tenter de remédier à la situation. En effet, les auteurs concluaient: "En conséquence nous sommes d'avis qu'il ne faut rien changer à la situation constitutionnelle présente et que le public doit s'en remettre au bon sens des chefs de services d'hygiène et des autorités administratives pour voir régner la coopération et s'effectuer entre le Dominion et les Provinces, un partage des attributions favorisant l'efficacité et l'économie."

Hélas, leur conseil fut suivi et l'abdication politique devant la rationalité technocratique de "l'efficacité et de l'économie", qui n'est pas dénuée d'idéologie quoiqu'on en pense, a favorisé le développement des mécanismes conditionnels de partage de coût et des ententes fédérales-provinciales qui en résultent, opérations contractuelles souvent contradictoires avec le partage des compétences tel qu'effectué par le B.N.A. Act, si laconique qu'il fut.

### *C. Troisième période: les années soixante ou la pratique constitutionnelle en marge de la constitution.*

C'est en effet une caractéristique de la troisième période de l'évolution de notre droit constitutionnel de la santé que d'avoir

<sup>39</sup> *Op. cit.*, note 21, recommandations.

escamoté la question du partage des compétences. Les rares litiges dont ont été saisis les tribunaux n'ont pas autorisé une analyse élaborée du partage des champs respectifs en cette matière<sup>40</sup> pas plus d'ailleurs ont-ils permis d'en fixer les limites plus précises ou plus étanches. Dans l'ensemble en effet cette évolution s'est produite non seulement à l'écart des tribunaux mais en marge du droit, contournant par des ententes conditionnelles les rares principes clairs énoncés dans la Constitution et explicités par les tribunaux durant le premier siècle de la confédération.

Bien sûr, il faut admettre qu'à certaines occasions, les tribunaux ont eu à se prononcer sur des questions relatives à la santé. Ainsi la Cour suprême du Canada a décidé, dans l'affaire *Fawcett*,<sup>41</sup> que la compétence provinciale sur l'administration des hôpitaux, prévue au paragraphe 7 de l'article 92 du B.N.A. Act pouvait coïncider avec la compétence fédérale en matière de droit criminel à condition que les dispositions respectivement adoptées en vertu de ces attributions distinctes soient compatibles. Il reste, par ailleurs, qu'en cas de contradiction, la théorie de la prépondérance de la législation fédérale aurait pour effet de rendre inopérante la disposition provinciale qui n'en serait pas pour autant *ultra vires*.

Deux autres jugements, difficilement conciliables, ont aussi été rendus durant cette période, l'un reconnaissant la compétence provinciale de légiférer sur la possession de LSD<sup>42</sup> et l'autre déclarant une disposition provinciale similaire invalide.<sup>43</sup> Dans le premier arrêt, le juge Riley de la Cour supérieure de l'Alberta a exprimé l'avis, confirmé par la Cour d'Appel de cette province, que le législateur pouvait adopter une loi relative aux drogues fondée sur sa compétence en matière de santé. Cette conclusion, établie à partir de l'étude d'un article prohibant la possession de LSD alors que la loi fédérale des aliments et drogues contient une interdiction de vendre un tel produit, est conforme à la théorie du double aspect que la Cour suprême a fait sienne dans plusieurs décisions.<sup>44</sup> Mais cette théorie qui habilite l'autorité provinciale à réglementer un objet à partir d'une de ses compétences spécifiques, même si l'autorité fédérale le

---

<sup>40</sup> A une exception près, savoir le juge Hickson de la Cour Supérieure de Colombie-Britannique qui, dans l'arrêt *Benson and Hedges (Canada) Ltd. et al. v. Attorney General of British Columbia* (1972), 27 D.L.R. (3d) 257, s'est permis un long *obiter dictum* sur le partage des compétences en matière de santé, dans une affaire qu'il a jugée par la suite relever du commerce.

<sup>41</sup> *Fawcett v. A.G. for Ontario and A.G. of Canada*, [1964] S.C.R. 625.

<sup>42</sup> *R. v. Snyder and Fletcher* (1967), 61 W.W.R. 112, conf. en appel: (1967), 61 W.W.R. 576.

<sup>43</sup> *Regina v. Simpson, Mack and Lewis* (1968), 1 D.L.R. (3d) 597.

<sup>44</sup> Voir, notamment: *Provincial Secretary of P.E.I. v. Egan*, [1941] S.C.R. 396.

réglemente en se fondant sur une de ses attributions législatives, pose généralement des problèmes importants d'interprétation. Ainsi dans l'affaire *Simpson*,<sup>45</sup> le juge MacLean de la Cour d'Appel de la Colombie Britannique, statuant sur un litige de la même nature que celle soulevée dans l'arrêt *Snyder*<sup>46</sup> a estimé, vu le cadre dans lequel la prohibition de possession de LSD s'inscrivait, que la disposition était *ultra vires* de la législature provinciale parce que relative au droit criminel.

Enfin, une dernière décision, rendue en 1974 par la Cour fédérale, *Berryland Canning Co. c. La Reine*<sup>47</sup> reprenait, en l'affirmant, l'arrêt *Standard Sausage*<sup>48</sup> à l'effet que l'interdiction d'utiliser des cyclamates est *intra vires* du Parlement au titre de sa compétence en droit criminel, c'est-à-dire celle de prohiber un acte ou une conduite dans l'intérêt public.

Mais, si l'on excepte ces applications de principes connus et ces précisions de la compétence fédérale en matière criminelle reliée à la santé, et un jugement isolé portant sur la capacité d'ester en justice d'un individu affecté par une loi pour en contester la constitutionnalité,<sup>49</sup> la seule discussion judiciaire du partage constitutionnel des compétences en matière de santé dans la fédération canadienne à cette époque se retrouve dans un *obiter* de l'arrêt *Benson and Hedges* déjà mentionné.<sup>50</sup> Dans cette décision, le juge Hickson affirme que la réglementation de la publicité sur le tabac est une question qui relève du droit des sociétés et non de la santé. Heureusement pour les provinces, il en résulte que ses considérations sur le partage des pouvoirs dans ce dernier domaine s'en trouvent réduites à l'état d'*obiter*, car il aurait eu tendance à accorder au Parlement une compétence "in respect to protection of the general health of the public", réduisant celle des provinces aux "matters of a local or provincial concern relating to public health". Il y a une différence importante entre d'une part, faire de la santé une matière de nature locale et privée et la ranger en conséquence dans la compétence provinciale, ce qu'autorise une lecture objective de la jurisprudence antérieure sur laquelle le juge Hickson prétend appuyer sa décision et, d'autre part, réduire la compétence provinciale en matière de santé à ses aspects purement locaux ou privés.

Le cheminement entre ces deux interprétations passe par la compétence résiduelle fédérale interprétée dans le contexte de la

---

<sup>45</sup> Voir, *supra*, note 43.

<sup>46</sup> Voir, *supra*, note 42.

<sup>47</sup> [1974] C.F. 91.

<sup>48</sup> Voir, *supra*, note 26.

<sup>49</sup> *Mercer v. A.G. of Canada* (1972), 24 D.L.R. (3d) 758.

<sup>50</sup> Voir *supra*, note 40.

théorie de l'urgence et celle des dimensions nationales. Or s'il était possible de lire les compétences en matière de santé sous cet éclairage en 1972, et bien qu'il ne faille pas attacher à cet *obiter* un poids qu'il ne saurait avoir, il faut bien voir que cela n'est plus possible depuis l'avis de la Cour suprême sur la loi anti-inflation,<sup>51</sup> surtout si l'on est d'accord avec l'analyse qu'en font Marx et Chevrette<sup>52</sup> à l'effet que notre plus haut tribunal a profité de cette occasion pour écarter majoritairement la théorie des dimensions nationales.

Mais il faut néanmoins relativiser cette lecture très contemporaine de notre droit constitutionnel en la remplaçant dans son contexte séquentiel des mouvements de balancier qu'ont connus les interprétations globales de notre fédéralisme au gré des époques successives et des idéologies qui les caractérisaient. Il faut donc admettre la possibilité d'une interprétation toute opposée dans quelques années, pour peu, d'une part, que la fédération subsiste et que, de l'autre, les tribunaux soient à nouveau saisis de litiges constitutionnels dans le domaine de la santé.

C'est, en effet, en marge d'eux que s'est établie au cours des années soixante<sup>53</sup> une pratique constitutionnelle d'ententes fédérales-provinciales qui avait pris son origine dans le secteur de l'éducation. Ces ententes, qu'il faut comprendre comme des interventions fédérales, sont fondées sur la théorie du pouvoir de dépenser et effectuent le contournement des dispositions les plus claires et les plus expressives du B.N.A. Act de 1867. En effet, elles arrivent à donner indirectement à l'Etat fédéral le pouvoir d'imposer des règles aux hôpitaux, pouvoir expressément attribué à la compétence provinciale par l'article 92, paragraphe 7.

Voyons comment s'est produit ce détournement de pouvoirs. Dans les faits, l'histoire commence avec le Rapport Rowell-Sirois

---

<sup>51</sup> Dans l'affaire des questions soumises par le gouverneur en conseil sur la validité de la Loi anti-inflation par le décret CP 1976-581, en date du 11 mars 1976, [1976] 2 R.C.S. 373.

<sup>52</sup> Anti-Inflation Act—Constitutionality—National Emergency—Peace, Order and Good Government Buried (1976), 54 R. du B. Can. 732.

<sup>53</sup> Même si, comme l'indique Henriette Bourque dans *Le pouvoir fédéral de dépense*, C.R.D.P. (1967), photocopié, 41 pages, le gouvernement fédéral offrait "gracieusement" aux provinces certains dons ou subventions dès 1910, il les restreignait jusqu'à la seconde guerre mondiale aux domaines des compétences concurrentes ou au moins connexes. Ce n'est qu'après l'invitation du Rapport Rowell-Sirois, et l'interprétation complaisante qu'il donna lui-même du jugement de Lord Atkin dans l'affaire de l'assurance-chômage, que le gouvernement fédéral intensifia ses interventions sous forme d'entente avec les provinces en matière d'éducation vers la fin des années trente, puis de santé dans les années soixante, notamment en vertu de sa Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques, S.C., 1957, c. 28.

qui recommande des accommodements administratifs au lieu de modifications constitutionnelles.<sup>54</sup> Elle se poursuit avec les conclusions que le gouvernement Saint-Laurent a tirées de ce qu'il a voulu voir comme des ambiguïtés du jugement de Lord Atkin dans l'avis du Conseil privé sur les assurances sociales.<sup>55</sup>

Dès lors, le débat était porté sur le plan juridique, mais compte tenu de l'accueil réservé dont il fut l'objet auprès du Conseil privé, le pouvoir de dépenser a par la suite été tenu à l'écart du forum judiciaire<sup>56</sup> par les gouvernements du Canada qui l'ont traité comme un instrument politique.

Sans reprendre ici en détail les nombreuses analyses auxquelles le pouvoir de dépenser a donné lieu,<sup>57</sup> il faut souligner que du prononcé de Lord Atkin, on peut déduire comme l'ont fait, entre autres, les auteurs du Rapport Castonguay, que "sur le plan constitutionnel il ne fait donc plus de doute à l'heure actuelle que le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir d'adopter une *loi relative à l'institution d'un régime contributif d'assurance sociale*."<sup>58</sup>

Lord Atkin est même allé plus loin, en écrivant, entre autres: "But assuming that the Dominion has collected by means of taxation a fund, it by no means follows that any legislation which disposes of it is necessarily within Dominion competence."<sup>59</sup> Il informait ainsi l'opinion, d'ailleurs minoritaire, des juges Duff et Davis se prononçant en Cour suprême sur la même question à l'effet que "the proper conclusion is that Parliament has exclusive authority to raise money by any mode or system of taxation for disposition by

<sup>54</sup> *Op. cit.*, note 21, pp. 18 et s.

<sup>55</sup> *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, *supra*, note 23.

<sup>56</sup> Suite à l'avis du Conseil privé sur l'assurance-chômage, les gouvernements tant provinciaux que fédéral se sont en effet abstenus de soulever la validité du pouvoir de dépenser ou d'intervenir en qualité lors des rares occasions où un particulier ou une corporation l'ont attaquée, notamment: *Francois-Albert Angers v. The Minister of National Revenue*, [1957] Ex. C.R. 83 et *Central Mortgage and Housing Corp. v. Cooperative College Residences Inc. et al.* (1974), 44 D.L.R. (3d) 183 et (1977), 71 D.L.R. (3d) 183.

<sup>57</sup> En particulier l'article de Jacques Dupont, Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral: a dead issue?, [1967] U.B.C.L.R., C. de D. 69 qui analyse minutieusement les opinions antérieures. Voir aussi, entre autres, F.R. Scott, *The Constitutional Background of Taxation Agreements* (1955), 2 McGill L.J. 1; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law* 1 (1966), p. 666; Gérard V. Laforest, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution* (1967), pp. 36-41; Henriette Bourque, *op. cit.*, note 53; D.V. Smiley, *Canadian Federalism and the Spending Power: Is Restriction Necessary?* (1969), 17 Can. Tax J. 467; P.E. Trudeau, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien* (1969); Marc Lalonde, *Nouvelle perspective de la santé des canadiens*, un document de travail (1974), p. 48.

<sup>58</sup> Voir *op. cit.*, note 25.

<sup>59</sup> *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, *supra*, note 23, aux pp. 366-367.

Parliament for any purpose for which it is competent to Parliament to apply the assets of the Dominion''.<sup>60</sup>

Même s'il allait plus loin que de prohiber l'établissement par législation fédérale d'un régime contributoire d'assurance sociale, même s'il posait que toute législation fédérale visant à distribuer le produit d'un impôt fédéral n'était pas pour autant nécessairement *intra vires* du Parlement, Lord Atkin, en ne se prononçant que sur la question qui lui était soumise, laissait sans réponse celle de savoir si certaines mesures fédérales visant à distribuer le produit de certains impôts fédéraux seraient éventuellement valides constitutionnellement, et à quelles conditions.

Les arrêts subséquents, peu nombreux et d'une importance beaucoup moindre, n'ont pas vraiment clarifié la question. Le premier,<sup>61</sup> malgré les apparences, ne porte pas sur le pouvoir de dépenser puisqu'il valide la législation fédérale sur les allocations familiales en vertu de la clause paix, ordre et bon gouvernement en affirmant qu'elle n'empiète pas sur la compétence provinciale en matière d'éducation. Le second, qui émane de la Cour d'Appel d'Ontario<sup>62</sup> tente d'affirmer que les prêts conditionnels aux universités sont un exercice valide de la compétence fédérale aux termes de l'article 91, paragraphe 1A, du B.N.A. Act, mais sa portée se trouve réduite du fait qu'il s'appuie pour ce faire sur les opinions des juges Kerwin et Duff dans l'avis de la Cour suprême sur l'assurance-chômage, opinions par ailleurs infirmées par celle de Lord Atkin déjà mentionnée.

Mais en tout état de cause, on ne peut pas dire que les tribunaux aient vidé la question et c'est sur ces ambiguïtés que se sont appuyés les auteurs qui par la suite ont estimé que l'Etat fédéral pouvait exercer un pouvoir de dépenser à certaines conditions, les uns estimant que l'intervention est valide si elle n'emprunte pas la voie législative, les autres refusant de reconnaître la validité des subventions conditionnelles qui ont un caractère normatif même lorsqu'elles ne sont pas formulées dans un instrument législatif ou réglementaire.<sup>63</sup>

Les fondements constitutionnels généralement invoqués à l'appui du pouvoir de dépenser se résument par ailleurs à l'exercice

---

<sup>60</sup> *In the matter of a reference as to whether the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the Employment and Social Insurance Act, being chapter 38 of the Statutes of Canada 1935, supra*, note 22, à la p. 445.

<sup>61</sup> *Francois-Albert Angers v. The Minister of National Revenue, supra*, note 56.

<sup>62</sup> *Central Mortgage and Housing Corp. v. Cooperative College Residences Inc. et al.*, *supra*, note 56.

<sup>63</sup> Pour un exposé et une discussion de ces positions, voir plus particulièrement l'article de Jacques Dupont et le texte de P.E. Trudeau, *op. cit.*, note 57.

de la prérogative, à la compétence résiduelle sous le paragraphe introductif de l'article 91, et à la compétence relative à la propriété publique. L'inutilité des deux premiers a été démontrée par Laforest.<sup>64</sup> Quant au troisième, la compétence sur la propriété publique, c'est certainement celui qu'autorise le plus facilement une lecture technique des arrêts. Cependant il nous paraît impossible de nous y rallier compte tenu qu'une interprétation moins littérale du fédéralisme nous semble devoir refuser que l'on puisse faire indirectement ce que la constitution canadienne prohibe directement, c'est-à-dire viser par l'imposition de conditions un résultat identique à celui qu'on obtiendrait par voie législative lorsqu'une telle législation serait par ailleurs *ultra vires*.<sup>65</sup>

D'ailleurs un commentateur aussi peu suspect d'interprétation provincialiste de la constitution canadienne que Pierre Trudeau, l'admettait à une époque où il avait d'autres préoccupations.<sup>66</sup> L'actuel premier ministre du Canada affirmait alors qu'une loi fédérale distribuant des sommes perçues au moyen de taxes directes pour des fins provinciales serait illégale. En effet, concluait-il, "le fédéral ne peut pas légalement avoir dans ses coffrets de l'argent qu'il prévoit après coup devoir servir à des fins provinciales". Cette affirmation conforme à la théorie du "Dominion Income Tax for Dominion Purposes", mise de l'avant par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Caron v. The King*,<sup>67</sup> est suivie, dans le texte de Trudeau, de la constatation que, par le biais des ententes, le fédéral fait indirectement ce qu'il ne pourrait faire directement sans soulever des protestations importantes.<sup>68</sup>

Il n'y a là rien d'étonnant. D'une part, il est impossible de qualifier de conforme à l'esprit du fédéralisme une constitution où chaque instance peut dépenser et réglementer par subvention conditionnelle dans un champ de compétence réservé à l'autre et il ne nous semble pas qu'aucun tribunal auquel la question eut été soumise

<sup>64</sup> *Op. cit.*, note 57, p. 37.

<sup>65</sup> Pour une opinion contraire à la nôtre, voir: Peter W. Hogg, *op. cit.*, note 37, pp. 71-72.

<sup>66</sup> Voir notamment, *Les octrois fédéraux aux universités* (1957), 16 *Cité Libre* 15.

<sup>67</sup> [1924] A.C. 1004.

<sup>68</sup> Mais, si l'auteur semble s'indigner face à de telles opérations, il écrit néanmoins ces propos étonnants sous la plume d'un publiciste: "Mais il reste que ces gouvernements peuvent avoir dans leurs coffrets d'autres deniers que ceux des impôts: ceux provenant du domaine public, des prises de guerre, des profits des compagnies de la Couronne, des bénéfices d'opérations de la Banque du Canada, etc. Aucune théorie du fédéralisme ne peut évidemment empêcher un gouvernement de donner ces argents comme il l'entend. Il est comme le détenteur privé de cette richesse. . . ." (C'est nous qui soulignons). Par ailleurs, en 1969, son opinion avait évolué: voir, *op. cit.*, note 57.

ne pourrait échapper à ce raisonnement. Mais d'autre part, c'est justement ce type de décision que voulaient jusqu'à récemment éviter les parties en cause, qui croyaient toutes deux avoir avantage à contourner le partage exprès des compétences: ce qui les a empêchées de porter elles-mêmes la question devant les tribunaux. De sorte qu'on se retrouve, dans le domaine de la santé avec une entente qui, en échange d'une subvention du gouvernement fédéral, lui permet indirectement de réglementer les hôpitaux qui relèvent par ailleurs de la compétence expresse provinciale selon l'article 92, paragraphe 7.<sup>69</sup>

Il nous semble qu'il suffit de faire voir ce croisement aberrant de compétences et de responsabilités pour illustrer le caractère anti-fédéral de ce mécanisme de relations fédérales-provinciales, dont les provinces ont compris tardivement le ridicule. Il aura fallu en effet presque dix ans d'une telle pratique avant que les provinces ne saisissent que le gouvernement fédéral n'était capable d'une telle "générosité" qu'à même le produit de taxes perçues en excédant des besoins repérés dans le champ de ses compétences, et qui auraient dû être perçues par les provinces pour des fins provinciales. Mais c'est sur le plan politique que les gouvernements et les contribuables provinciaux ont décidé de mener cette bataille, ce qui explique que les tribunaux en aient été tenus à l'écart et que la pratique constitutionnelle des vingt dernières années se soit édifiée en marge du droit constitutionnel.

## II. *Fondements constitutionnels des compétences en matière de santé dans l'état actuel du droit.*

Au terme de cette évolution historique de la jurisprudence et de la pratique constitutionnelle en matière de santé au Canada, quelle lecture peut-on faire des compétences respectives de l'Etat fédéral et des provinces et de leurs fondements constitutionnels? Voilà la question à laquelle nous tenterons de répondre dans une synthèse des éléments de droit repérés dans l'analyse historique qui précède. Nous sommes conscients des répétitions que ces quelques pages impliquent, en particulier en ce qui concerne la jurisprudence citée, mais nous avons cru que cet exposé statique de l'état actuel du droit pouvait être utile aux fins de consultation ultérieure.

### A. *Compétence provinciale.*

Le principal fondement de la compétence provinciale en matière de santé, tel qu'il a été élaboré par les tribunaux du Québec, affirmé

<sup>69</sup> A titre d'exemple, voir l'entente intervenue entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement du Québec relativement aux contributions par application de la Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques en décembre 1960, S.Q., 1960-61, c. 78.

par la Cour d'Appel du Québec, repris par les tribunaux de la Colombie Britannique,<sup>70</sup> et souvent affirmé<sup>71</sup> mais jamais contesté depuis, sauf par des jugements minoritaires isolés ou des *obiter*,<sup>72</sup> n'est pas le paragraphe 7 de l'article 92 du B.N.A. Act de 1867 qui mentionne expressément parmi les compétences provinciales: "l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine", mais le paragraphe 16 du même article, relatif à: "généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la Province".<sup>73</sup>

Il s'agit donc d'une compétence assez générale en matière de santé, la santé étant qualifiée dans son ensemble de matière d'une nature purement locale ou privée, et à ce titre relevant de la

<sup>70</sup> *Bolland v. Dugas*, *supra*, note 10; *Municipalité du village Saint-Louis du Mile End v. la Cité de Montréal*, *supra*, note 4; *Rinfret and Pope*, *supra*, note 11; *Canadian Pacific Navigation v. City of Vancouver*, *supra*, note 14; *Re George Bowack*, *supra*, note 16; *Attorney General of British Columbia v. Milne*, *supra*, note 15; *Metherwell v. The Medical Council of British Columbia and G.L. Milne*, *supra*, note 15; *Ex parte Fairbairn*, *supra*, note 17; *In Re Stinson and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, *supra*, note 17; *Fawcett v. A.G. for Ontario and A.G. of Canada*, *supra*, note 41; *Benson and Hedges (Canada) Ltd et al. v. Attorney General of British Columbia*, *supra*, note 40. Pour une analyse de ces arrêts, le lecteur se reportera à la première partie de cet exposé.

<sup>71</sup> Y compris par Marc Lalonde, alors ministre fédéral de la santé et du bien-être, qui écrivait en 1974 "La distribution des soins de santé a donc traditionnellement été reconnue comme une question essentiellement de ressort provincial", *op. cit.*, note 57, pp. 45-46.

<sup>72</sup> A savoir: le juge Cross, minoritaire de la Cour d'Appel du Québec dans *Rinfret and Pope*, *supra*, note 11, le juge Hickson, dans un *obiter* de l'arrêt *Benson and Hedges et al. v. Attorney General of British Columbia*, *supra*, note 40, le juge Martin, également minoritaire sur ces motifs quoique concourant à la décision, dans l'arrêt *Standard Sausage v. Lee, Proctor v. Standard Sausage*, *supra*, note 26, de même que les juges Duff et Davis, minoritaires en Cour suprême et infirmés par le Conseil privé dans *In the matter of a reference as to whether the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the Employment and Social Insurance Act, being chapter 38 of the Statutes of Canada 1935*, *supra*, note 22. *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, *supra*, note 23. Ces opinions isolées et toujours en marge des *ratio* des jugements qui forment la chaîne du droit en cette matière, affirmaient que la compétence générale en matière de santé découlait du pouvoir résiduaire fédéral aux termes du paragraphe introductif de l'article 91, niant implicitement qu'elle réside au contraire dans l'article 92, 16.

<sup>73</sup> Cette compétence sur les matières locales doit être comprise dans la tradition des institutions municipales britanniques et canadiennes et fait partie de ce que l'on a par ailleurs considéré comme le "pouvoir de police" entendu précisément au sens de compétence locale générale: voir le jugement du juge Mousseau de la Cour de Révision, dans l'arrêt *Municipalité du village Saint-Louis du Mile End v. Cité de Montréal*, *supra*, note 4, qui cite à cet égard Dillon, *Law of Municipal Corporations*, qu'il devait sans doute lire dans sa 3<sup>e</sup> édition (Boston, 1881), à une rubrique reprise à la p. 166, no 141 du vol. 1 de la 5<sup>e</sup> édition de 1911, où la santé, vue comme un droit individuel fait partie des pouvoirs de police définis comme "chief purpose of local government" et "incidental authority of the (municipal) corporation".

compétence provinciale, dans les limites et avec les exceptions spécifiées à l'article 91 du B.N.A. Act.

Ces exceptions ne doivent pas comprendre le paragraphe introductif et ses diverses interprétations de la clause "paix, ordre et bon gouvernement", mais uniquement les énoncés sur "la quarantaine, l'établissement et le maintien des hôpitaux de marine" et son paragraphe final, de nature interprétative, qui prévoit qu' "aucune des matières ressortissant aux catégories de sujets énumérés au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature purement locale ou privée", préservant ainsi la compétence fédérale implicite rattachée à chacun des chefs de sa compétence expresse.<sup>74</sup>

Nous croyons que cette interprétation de la compétence provinciale générale a deux mérites: celui de la logique et de la cohérence, et celui d'avoir été affirmée clairement par nos tribunaux, y compris la Cour d'Appel du Québec, au début de la Confédération, et d'avoir été maintenue sans opposition judiciaire significative depuis lors. Nous la tiendrons donc pour acquise.

Un autre fondement de la compétence provinciale en matière de santé a été affirmé par les tribunaux; il s'agit d'une compétence implicite rattachée à sa compétence expresse sur la propriété et le droit civil. Selon la Cour suprême et le Conseil privé, ce fondement permet aux provinces d'établir des programmes d'assurances sociales contributives, y compris l'assurance-santé,<sup>75</sup> et leur assure le contrôle de la vente de certains produits alimentaires, lorsqu'ils se présentent comme une mesure de protection de l'industrie,<sup>76</sup> même si d'aucuns, à tort, y voyaient une question de santé publique. Le même fondement a été utilisé par des tribunaux supérieurs provinciaux pour affirmer la compétence provinciale sur l'organisation et le contrôle de la pratique des professions de la santé,<sup>77</sup> qui ont également affirmé que la compétence provinciale sur l'éducation,

---

<sup>74</sup> Par exemple, la compétence implicite fédérale sur la santé des catégories de personnes sur lesquelles le Parlement a une compétence expresse, tels les Indiens, les militaires, etc. Nous y revenons plus loin, au titre de la compétence fédérale.

<sup>75</sup> *In the matter of a reference as to whether the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the Employment and Social Insurance Act, being chapter 38 of the Statutes of Canada 1935, supra*, note 22; *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario, supra*, note 23. Pour une analyse de ces arrêts le lecteur se reportera à la première partie de cet exposé.

<sup>76</sup> *Reference re validity of section 5(a) of the Dairy Industry Act; Canadian Federation of Agriculture v. Attorney General of Quebec, supra*, note 32. Pour une analyse de ces arrêts, le lecteur se reportera à la première partie de cet exposé.

<sup>77</sup> *In Re Shelly* (1913), 4 W.W.R. 741; *Ex parte Fairbain, supra*, note 17; *In Re Stinson and College of Physicians and Surgeons of Ontario, supra*, note 17; *In Re Heyward*, [1934] O.R. 133.

aux termes de l'article 93 du B.N.A. Act, servait de fondement à des législations portant sur la formation professionnelle dans le secteur de la santé.<sup>78</sup>

Au surplus, il est clair que la compétence implicite provinciale relative à la santé n'est pas limitée à celle qui découle de la propriété, des droits civils et de l'éducation. Elle pourrait s'étendre à tout autre chef de compétence expresse mentionné à l'article 92 ou à d'autres articles du B.N.A. Act, conférant aux provinces une compétence expresse, pourvu qu'elle s'y rattache par un lien de nécessité et n'entre pas en conflit avec une disposition fédérale constitutionnellement fondée qui lui soit contradictoire.<sup>79</sup>

Enfin, il faut ajouter que, même si les tribunaux ne l'ont pas beaucoup utilisé,<sup>80</sup> le fondement le plus évident d'une importante partie de la juridiction provinciale sur la santé réside dans l'article 92, paragraphe 7 qui assigne expressément aux provinces la compétence sur "l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la Province autres que les hôpitaux de marine".

#### B. Compétence fédérale.

Dans l'ensemble, les tentatives de faire reconnaître une compétence fédérale générale en matière de santé, soit en vertu de la compétence résiduelle conférée au Parlement par la clause "paix, ordre et bon gouvernement" du paragraphe introductif de l'article 91 du B.N.A. Act, soit en vertu de diverses théories interprétatives du fédéralisme telles la suprématie fédérale, l'urgence et les dimensions nationales peuvent être aujourd'hui considérées comme des échecs,<sup>81</sup>

<sup>78</sup> *Landers v. New Brunswick Dental Society and A.G. of New Brunswick*, (1957), 7 O.L.R. (2d) 583; *Metherwell v. The Medical Council of British Columbia and G.L. Milne*, *supra*, note 15. Pour une analyse de ces arrêts et de ceux qui sont cités dans la note précédente, voir: R.T. McKall, *op. cit.*, note 17.

<sup>79</sup> *Fawcett v. A.G. for Ontario and A.G. of Canada*, *supra*, note 41.

<sup>80</sup> Il est d'ailleurs facile de comprendre pourquoi les tenants de la compétence provinciale ont préféré l'asseoir sur un fondement plus large comme les matières de nature locale et le pouvoir de police, plutôt que de la rattacher à un chef étroit comme le paragraphe 7 de l'article 92, rédigé dans une perspective strictement institutionnelle.

<sup>81</sup> *In the matter of a reference as to whether the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the Employment and Social Insurance Act, being chapter 38 of the Statutes of Canada, 1935*, *supra*, note 22; *A.G. for Canada, A.G. for Ontario*, *supra*, note 23; *Reference re validity of section 5A of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 31; *Reference re validity of section 5(a) of the Dairy Industry Act*; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney General of Quebec*, *supra*, note 32. Pour une analyse de ces arrêts, le lecteur se reportera à la première partie de cet exposé. Voir aussi le récent jugement de la Cour suprême: *Dans l'affaire des questions soulevées par le gouverneur en conseil sur la validité de la Loi anti-inflation par le décret C.P. 1976-581*, en date du 11 mars 1976, *supra*, note 51.

même si elles ont recueilli ici et là l'approbation de juges minoritaires ou ont été retenues dans des *obiter*.<sup>82</sup>

Cette position d'ensemble de la jurisprudence est cohérente avec l'affirmation qu'elle fait par ailleurs, comme nous venons de le voir, d'une compétence générale provinciale en matière de santé considérée comme une matière locale et privée et rattachée à certains égards aux droits civils, position qui serait incompatible avec l'affirmation d'une compétence fédérale générale, quel que soit son fondement. Pour les raisons qui ressortent de l'analyse de ces jugements en première partie de cet exposé, nous sommes d'accord avec cette position de nos tribunaux. Nous n'acceptons pas davantage, pour des motifs également précisés plus haut, qu'une compétence fédérale quelconque puisse être fondée en matière de santé sur le pouvoir de dépenser, à moins qu'elle ne se rattache à la compétence énumérée du Parlement sur "la quarantaine"<sup>83</sup> l'établissement et le maintien des hôpitaux de marine" ou sa compétence implicite rattachée à l'un des chefs exprès de l'article 91.

Le principal fondement de la compétence du Parlement fédéral sur la santé sanctionné par les tribunaux, c'est sa compétence expresse en matière de droit criminel au terme du paragraphe 27 de l'article 91.<sup>84</sup> Il ne fait pas de doute, qu'à condition de ne pas

---

<sup>82</sup> A savoir: le juge Cross, minoritaire de la Cour d'Appel du Québec, dans *Rinfret and Pope*, *supra*, note 11, le juge Hickson, dans un *obiter* de l'arrêt *Benson and Hedges (Canada) Ltd et al. v. Attorney General of British Columbia*, *supra*, note 40, le juge Martin également minoritaire sur ces motifs quoique concourant à la décision, dans l'arrêt *Standard Sausage v. Lee, Proctor v. Standard Sausage*, *supra*, note 26, de même que les juges Duff et Davis, minoritaires en Cour Suprême et infirmés par le Conseil privé dans *In the matter of a reference as to whether the Parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the Employment and Social Insurance Act, being chapter 38 of the Statutes of Canada, 1935*, *supra*, note 22; *A.G. for Canada v. A.G. for Ontario*, *supra*, note 23. Pour une analyse de ces arrêts, le lecteur se reportera à la première partie de cet exposé.

<sup>83</sup> Jamais discuté devant les tribunaux, sauf en *obiter* par le juge Mousseau dans *Municipalité du village Saint-Louis du Mile End v. Cité de Montréal*, *supra*, note 4, qui la spécifie comme la quarantaine des navires et passagers arrivant de l'étranger.

<sup>84</sup> *Standard Sausage v. Lee; Proctor v. Standard Sausage*, *supra*, note 26; *Belleau v. Minister of National Health and Welfare et al.*, [1948] Ex C.R. 288. *Fawcett v. A.G. for Ontario and A.G. of Canada*, *supra*, note 41; *Regina v. Simpson, Mack and Lewis*, *supra*, note 43; *Benson and Hedges (Canada) Ltd et al. v. Attorney General of British Columbia*, *supra*, note 40; *Berryland Canning Co. c. la Reine*, *supra*, note 47. L'étendue de la compétence fédérale en matière de droit criminel de même que les limites d'une compétence implicite rattachée à ce champ de législation soulèvent des questions qu'il n'est pas notre propos d'analyser ici. Comme dans plusieurs autres cas d'analyse constitutionnelle, la nature même des énumérés des articles 91 et 92 du B.N.A. Act porte à confusion. Alors que certaines compétences portent sur des objets de législation, d'autres portent sur des techniques. Il en est ainsi du droit criminel qui peut affecter plusieurs domaines de juridiction provinciale. A ce sujet voir: W.R. Lederman, *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), et plus particulièrement à la partie 3: *The Process of*

s'accaparer de façon déguisée, par une disposition criminelle accessoire, une compétence qu'il n'aurait pas par ailleurs sur des matières de santé publique qui relèvent des provinces,<sup>85</sup> le Parlement fédéral peut adopter des dispositions criminelles même à l'égard de matières qui relèvent par ailleurs de la santé, s'il s'agit de dispositions dont la vraie nature (*pith and substance*) est criminelle.

Enfin, il va sans dire que par le jeu du paragraphe final de l'article 92 et de la compétence implicite, le Parlement fédéral peut légiférer implicitement sur des matières de santé si les dispositions adoptées sont nécessairement rattachées à ses compétences expresses mentionnées au B.N.A. Act, comme par exemple sa compétence sur certaines catégories de personnes: militaires, marins, Indiens, immigrants, et prisonniers.<sup>86</sup>

### Conclusion

S'il faut en terminant caractériser le partage des compétences constitutionnelles en matière de santé, nous le résumerons à deux grands traits.

Tout d'abord les dispositions expresses du texte constitutionnel sont limitées et ne recouvrent que partiellement le champ. Ce sont les tribunaux et plus tard la pratique constitutionnelle qui ont spécifié jusqu'à un certain point le partage des compétences.

D'autre part, les interventions récentes, sous formes d'ententes fédérales-provinciales, n'ont pas fait l'objet de décisions judiciaires; elles prétendent tenir leur justification du pouvoir général de dépenser. Elles nous paraissent impossibles à justifier sur le plan de la constitutionnalité, et se situent donc non seulement en marge des tribunaux, mais en marge du droit. Longtemps favorisées par le gouvernement fédéral et les provinces, bien qu'elles aient eu l'effet de contourner carrément les rares dispositions expresses du texte constitutionnel relatives à la santé, elles n'atteindront vraisemblablement pas le forum judiciaire, parce que les provinces, et plus particulièrement le Québec, depuis qu'elles ont pris conscience de toutes les dimensions du problème, ont décidé de le porter sur le plan politique, auquel d'ailleurs il appartient.

Interpretation, pp. 177-248. On pourra aussi consulter: François Chevrete, *Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien* (1969), 3 R.J.T. 17.

<sup>85</sup> *Standard Sausage v. Lee, Proctor v. Standard Sausage*, *supra*, note 26; *Reference re validity of section 5A of the Dairy Industry Act*, *supra*, note 31; *Reference re validity of section 5(a) of the Dairy Industry Act; Canadian Federation of Agriculture v. Attorney General of Quebec*, *supra*, note 32. Pour une analyse de ces arrêts, le lecteur se reportera à la première partie de cet exposé.

<sup>86</sup> Art. 91, paras 7, 10, 24, 25, 28. Sur la portée de la compétence fédérale sur les Indiens quant aux services de santé, voir: *R. v. Swimmer*, [1971] 1 W.W.R. 756 (C.A. Sask.).