

CONFINEMENTS, DÉPLACEMENTS ET URGENCE NATIONALE : LE PARTAGE DES COMPÉTENCES EN TEMPS DE CRISE SANITAIRE

David Robitaille*

La Constitution canadienne repose sur le principe du fédéralisme et ses principes sous-jacents d'interprétation coordonnée, d'équilibre entre les pouvoirs du Parlement et ceux des provinces et de conciliation entre la diversité et l'unité. Ces principes continuent de s'appliquer en période d'urgence sanitaire, comme la pandémie de la COVID-19. Cette crise a soulevé de nouvelles questions quant à savoir quel ordre ou les deux peuvent légiférer et réglementer sur des questions telles que la quarantaine et les frontières interprovinciales. Nous explorerons les arguments qui pourraient être soutenus au soutien des compétences fédérales et provinciales et discuterons ensuite du pouvoir fédéral d'adopter des lois en temps de crise qui pourrait écarter temporairement ce partage des compétences. Notre analyse sera essentiellement prospective puisqu'il n'existe pas de décision de la Cour suprême du Canada sur ces chefs de compétences spécifiques.

The Canadian Constitution is based on the principle of federalism and its underlying principles of coordinated interpretation, balance between the powers of Parliament and the provinces, and reconciliation of diversity and unity. These principles continue to apply in times of health emergencies, such as the COVID-19 pandemic. This crisis has raised new questions about which level, or both, can legislate and regulate issues such as quarantine and interprovincial borders. This article explores the arguments that could be made in support of federal and provincial jurisdictions, and discusses the federal emergency power that could temporarily override this division of powers. Our analysis is essentially prospective as there is no Supreme Court of Canada decision on these specific heads of jurisdictional power.

* Professeur titulaire, Section de droit civil, et co-directeur du Centre de droit public, Faculté de droit, Université d'Ottawa. La recherche ayant servi de fondation à la rédaction de ce texte a été réalisée grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada que nous remercions. Nos remerciements vont aussi aux évaluateurs et évaluatrices anonymes, ainsi qu'à notre collègue le professeur Pierre Foucher, pour leurs commentaires qui nous ont permis de préciser notre pensée et d'améliorer ce texte. Les idées qui y sont exprimées n'engagent toutefois que l'auteur.

Table des matières

Introduction	145
1. La quarantaine et le confinement forcé	148
A) La compétence fédérale sur la quarantaine	149
B) Le confinement intraprovincial et la compétence sur la santé	151
2. Les frontières internationales et interprovinciales	162
A) Les arguments au soutien d'une compétence fédérale exclusive	163
B) Les arguments au soutien d'une compétence provinciale accessoire	165
C) Les arguments au soutien d'une compétence fédérale et provinciale partagée	170
3. Le pouvoir de faire des lois pour assurer « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada »	172
Conclusion	177

Introduction

« Coronavirus » et « COVID-19 », voilà des mots qui, il y a quelques mois, étaient encore largement inconnus de la plupart d'entre nous. Il fallut quelque temps avant que citoyens et gouvernements ne prennent véritablement au sérieux ce virus qui allait créer une pandémie mondiale. Un virus « chinois », affirmait le président américain¹, alors que les autorités sanitaires canadiennes estimaient, au mois de janvier 2020, que le Canada était peu à risque². Au Canada, le gouvernement du Québec a été le premier à déclarer l'urgence sanitaire le vendredi 13 mars 2020³, une première historique⁴, comme l'ont fait toutes les autres provinces canadiennes par la suite. Des décrets et arrêtés ministériels ont imposé, notamment, le confinement de certaines personnes, la distanciation sociale obligatoire, la fermeture des écoles et des commerces non essentiels, l'interdiction des événements de plus de 250 personnes puis

¹ Jérôme Cartillier et Francesco Fontemaggi avec Laurent Thomet, « «Virus chinois», journalistes expulsés: le ton monte entre Washington et Pékin », *La Presse* (17 mars 2020), en ligne : <www.lapresse.ca/international/etats-unis/2020-03-17/virus-chinois-journalistes-expulses-le-ton-monte-entre-washington-et-pek-in>.

² Colin Perkel, « Coronavirus : Le Canada ne connaîtra pas de quarantaines massives », *Le Soleil* (24 janvier 2020), en ligne : <www.lesoleil.com/actualite/sante/coronavirus-le-canada-ne-connaitra-pas-de-quarantaines-massives-0a9a491b0c12078c624776c7f6ef3dff>; « Des rapports sur les risques de pandémie au Canada produits dès janvier », *Radio-Canada* (10 avril 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1692812/sante-renseignement-rapports-risques-pandemie-canada-janvier>.

³ Gabriel Béland, « Québec déclare l'état d'urgence sanitaire », *La Presse* (14 mars 2020), en ligne : <www.lapresse.ca/covid-19/2020-03-14/quebec-declare-l-etat-d-urgence-sanitaire>.

celle des rassemblements de plus de deux personnes qui n'habitent pas à la même adresse⁵. Au niveau fédéral, le gouvernement est intervenu comme jamais auparavant pour soutenir massivement l'économie et venir en aide aux entreprises, aux travailleurs, aux familles, aux peuples autochtones, aux personnes marginalisées, aux aînés et aux étudiants⁶, ainsi que par des mesures de contrôle et de dépistage des voyageurs internationaux et interprovinciaux⁷. Le gouvernement du Québec contrôla aussi les entrées et les déplacements dans certaines régions plus éloignées au Nord et à l'Est du Québec⁸. Les maires de Gatineau et d'Ottawa demandèrent pour leur part aux autorités de contrôler ou de limiter les passages de citoyens sur les ponts interprovinciaux entre les deux villes⁹. C'est ce que fit le gouvernement du Québec avec l'aide des policiers municipaux

⁴ Yannick Donahue, « [COVID-19 : Québec déclare l'état d'urgence sanitaire](#) », *Radio-Canada* (14 mars 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1666117/covid19-quebec-etat-urgence-sanitaire-pandemie>.

⁵ Voir notamment le premier décret adopté : *Déclaration d'urgence sanitaire conformément à l'article 118 de la Loi sur la santé publique*, D 177-2020, (2020) GOQ II, 1101A. Tous les décrets et arrêtés adoptés par le gouvernement du Québec sont disponibles en ligne : Gouvernement du Québec, [Mesures prises par décrets et arrêtés ministériels](#), en ligne : <www.quebec.ca/sante/problemes-de-sante/a-z/coronavirus-2019/situation-coronavirus-quebec/#c47907>.

⁶ Pour un aperçu de ces mesures et programmes, voir Gouvernement du Canada, [Plan d'intervention économique du Canada pour répondre à la COVID-19](#), en ligne : <www.canada.ca/fr/ministere-finances/plan-intervention-economique.html>. Voir aussi : *Loi n° 2 concernant certaines mesures en réponse à la COVID-19*, LC 2020, c 6; *Loi sur les mesures d'urgence visant la COVID-19*, LC 2020, c 5; *Loi modifiant la Loi sur la gestion des finances publiques (mandat spécial)*, LC 2020, c 4.

⁷ Pour consulter les nombreux décrets, arrêtés d'urgence et règlements pris par le gouvernement fédéral, voir : Ministère de la Justice du Canada, « [Décrets et règlements](#) », *La réponse du gouvernement du Canada à la COVID-19*, en ligne : <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/covid.html>.

⁸ Olivier Bossé, « [COVID-19 : Quatre régions de plus fermées au Québec](#) », *La Voix de l'Est* (1^{er} avril 2020), en ligne : <www.lavoixdelest.ca/actualites/covid-19/covid-19-quatre-regions-de-plus-fermees-au-quebec-97c9cc0db3bafa795371cb10f0e0bdf2>.

⁹ Mathieu Bélanger, « [Cessez de traverser la frontière pour rien, demandent les maires de Gatineau et Ottawa](#) », *Le Droit* (24 mars 2020), en ligne : <www.ledroit.com/actualites/covid-19/cessez-de-traverser-la-frontiere-pour-rien-demandent-les-maires-de-gatineau-et-ottawa-fc99b0293d3b73ed9ddb205ffbdbf2d5>.

et de la Sûreté du Québec¹⁰. Des provinces maritimes, dont le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, firent de même¹¹.

Dans les dernières semaines, des professeurs de droit sont intervenus dans les médias et les blogues en ce qui concerne la légalité, en droit administratif, des décrets et arrêtés ministériels pris par le Québec, ainsi qu'au regard des droits et libertés protégés par les Chartes canadienne et québécoise¹². Mais se pose aussi la question de la validité de certaines de

¹⁰ Mathieu Bélanger, Benoît Sabourin et Justine Mercier, [« Contrôles policiers à la frontière entre Ottawa et Gatineau \[VIDÉO\] »](#), *Le Droit* (1^{er} avril 2020), en ligne : <www.ledroit.com/actualites/covid-19/controles-policiers-a-la-frontiere-entre-ottawa-et-gatineau-video-35a90073abcac35feb31e2f9ef0a21d1>; Mathieu Bélanger, [« Vers un contrôle plus serré de la frontière entre Ottawa et Gatineau »](#), *Le Droit* (31 mars 2020), en ligne : <www.lesoleil.com/actualite/covid-19/vers-un-contrôle-plus-serre-a-la-frontiere-entre-ottawa-et-gatineau-e0024b4897f8b813cfb2306baa546770>; Zacharie Routhier, [« Les Ontariens sont refoulés à la frontière avec l'Abitibi-Témiscamingue »](#), *Radio-Canada* (30 mars 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1689509/abitibi-covid-19-temiscamingue-transporte-sq-coronavirus>.

¹¹ La Presse Canadienne, [« COVID-19 : des régions du pays ferment la porte aux autres Canadiens »](#), *Acadie Nouvelle* (21 mars 2020), en ligne : <www.acadienouvelle.com/actualites/2020/03/21/covid-19-des-regions-du-pays-ferment-la-porte-aux-autres-canadiens/> [La Presse Canadienne, « COVID-19 »]; [« Le Nouveau-Brunswick resserre sa frontière avec le Québec et les provinces voisines »](#), *Radio-Canada* (25 mars 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1687632/nouveau-brunswick-frontiere-quebec-provinces-maritimes-covid-19> [« Le Nouveau-Brunswick »]; Keith Doucette, [« La frontière entre la N.-É. et le N.-B. est en partie fermée »](#), *L'Actualité* (23 mars 2020), en ligne : <actualite.com/actualites/la-frontiere-entre-la-n-e-et-le-n-b-est-en-partie-fermee/> [Doucette, « La frontière ... est fermée »]; Agence QMI, [« La Nouvelle-Écosse ferme ses frontières, incluant celle avec le Nouveau-Brunswick »](#), *TVA Nouvelles* (22 mars 2020), en ligne : <www.tvanouvelles.ca/2020/03/22/la-nouvelle-ecosse-ferme-ses-frontieres-incluant-celle-avec-le-nouveau-brunswick> [Agence QMI, « La Nouvelle-Écosse »].

¹² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12. Voir Yves Le Bouthillier et Delphine Nakache, [« Est-il constitutionnel de refuser l'entrée au pays à des Canadiens ? »](#), *Options politiques* (7 avril 2020), en ligne : <policyoptions.irpp.org/fr/magazines/avril-2020/est-il-constitutionnel-de-refuser-lentree-au-pays-a-des-canadiens/> [Le Bouthillier et Nakache]; Colleen Flood et Bryan Thomas, [« In the face of COVID-19, we must understand Canada's lockdown powers »](#), *The Globe and Mail* (16 mars 2020), en ligne : <www.theglobeandmail.com/opinion/article-in-the-face-of-covid-19-we-must-understand-canadas-lockdown-powers/>; Alain-Robert Nadeau, [« État d'urgence et État de droit »](#), *Le Devoir* (16 avril 2020), en ligne : <www.ledevoir.com/opinion/idees/577076/etat-d-urgence-et-etat-de-droit>; Maxime St-Hilaire, [« Urgence sanitaire et droit : Se poser les bonnes questions »](#) (21 avril 2020), en ligne (blogue) : À qui de droit <blogueaquidedroit.ca/author/maximesthilaire/>; Martine Valois, [« Droit et urgence ne font pas bon ménage »](#), *La Presse* (14 avril 2020), en ligne : <www.lapresse.ca/debats/opinions/2020-04-14/droit-et-urgence-ne-font-pas-bon-menage>.

ces mesures par rapport au partage des compétences, entre les autorités fédérales et provinciales, établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U)¹³ [LC 1867]. Ce texte sera l'occasion de proposer des pistes d'interprétation quant à certaines compétences ou matières qui ont peu retenu l'attention des juristes et constitutionnalistes à ce jour et que l'actualité a fait ressortir; il ne porte donc pas sur toutes les compétences susceptibles d'être interpellées face à une pandémie. Des questions se posent, en effet, sur la portée du pouvoir fédéral sur la quarantaine qui n'a pas encore été interprété par les tribunaux canadiens et sur l'autorité compétente pour imposer des contrôles aux déplacements de citoyens entre les provinces, ce que ni le texte constitutionnel ni la jurisprudence n'ont établi à ce jour. Bien entendu, cette division des compétences fédérales et provinciales sur la quarantaine et le confinement forcé que nous aborderons dans la partie 1, et sur les frontières internationales et intérieures du Canada qui fera l'objet de la partie 2, pourrait être écartée en temps de crise par l'exercice par le Parlement du pouvoir constitutionnel d'adopter des lois relativement à une urgence nationale que nous analyserons à la partie 3¹⁴. En ce qui concerne les parties 1 et 2, bien que le confinement et les déplacements soient étroitement liés, nous avons choisi de les traiter distinctement, étant donné que les mesures de confinement sont généralement circonscrites sur un territoire donné, tandis que la gestion des frontières implique des mouvements de population sur plusieurs territoires au Canada.

Nous proposerons des observations et pistes d'argumentation sur la base de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et des principes fondamentaux du fédéralisme. Nous en concluons qu'une juste répartition des compétences entre les deux paliers devrait reconnaître à chacun d'eux une certaine compétence sur ces matières afin qu'ils puissent intervenir, dans un effort concerté et collaboratif, pour lutter contre une pandémie.

1. La quarantaine et le confinement forcé

Le paragraphe 91(11) LC 1867 accorde au Parlement le pouvoir exclusif sur « [l]a quarantaine et l'établissement et maintien des hôpitaux de marine ». Cette attribution expresse ne signifie pas, vu son libellé restrictif, que les provinces ne disposent d'aucune compétence pour imposer des mesures d'isolement aux citoyens, comme nous le verrons ci-dessous.

¹³ 30 & 31 Vict, c 3 [LC 1867].

¹⁴ Il importe de distinguer le pouvoir d'urgence que la Cour suprême a reconnu au Parlement, du pouvoir d'urgence des provinces. En effet, bien que les provinces ne disposent pas d'un pouvoir d'urgence de même portée que celui du Parlement, elles ont certainement le pouvoir de déclarer l'état d'urgence sanitaire dans le cadre de leurs compétences exclusives.

A) La compétence fédérale sur la quarantaine

Il ne fait aucun doute que le paragraphe 91(11) donne au Parlement le pouvoir d'imposer des modalités de quarantaine aux Canadiens souhaitant revenir au pays ou en sortir en cas de crise sanitaire. Le gouvernement fédéral peut donc, comme il l'a fait dans le contexte de la pandémie de la COVID-19, et sous réserve de respecter les droits et libertés fondamentaux ou d'en justifier raisonnablement les limites¹⁵, imposer des restrictions et mesures de prévention au retour par bateaux ou par avion des Canadiens qui présentent des symptômes d'une maladie pandémique¹⁶.

Cette compétence ne se limite évidemment pas au contexte prévalant en 1867 et strictement à la mise en quarantaine de navires. Ce pouvoir doit pouvoir faire l'objet d'une interprétation évolutive, de manière à couvrir aussi les déplacements internationaux de Canadiens via d'autres moyens de transport, au premier chef l'aviation qui n'a véritablement commencé que dans les années 1920. Il est bien connu, en effet, que la Constitution est un « arbre vivant susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles » [notre traduction]¹⁷, ce qui s'applique au partage

¹⁵ Le Bouthillier et Nakache, *supra* note 12.

¹⁶ François Messier, « [Ottawa va serrer la vis aux Canadiens de retour au pays](http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1693759/justin-trudeau-pandemie-coronavirus-covid-19-mesures-federales) », *Radio-Canada* (14 avril 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1693759/justin-trudeau-pandemie-coronavirus-covid-19-mesures-federales>. Voir, notamment, les décrets et arrêtés d'urgence suivants émis par le gouvernement fédéral : *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (obligation de s'isoler)*, CP 2020-175, (2020) *Gaz C I*, 738; *Arrêté d'urgence n° 3 visant à interdire à certaines personnes d'embarquer sur les vols à destination du Canada en raison de la COVID-19*, 24 mars 2020; *Règlement visant le maintien de la sécurité des personnes dans les ports et la voie maritime*, DORS/2020-54; *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance d'un pays étranger autre que les États-Unis)*, CP 2020-162, (2020) *Gaz C I*, 748 (remplacé par le décret du même nom CP 2020-184, (2020) *Gaz C I*, 758); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-161, (2020) *Gaz C I*, 768 (remplacé par le décret du même nom CP2020-185, (2020) *Gaz C I*, 778); *Arrêté d'urgence visant à interdire à certaines personnes d'embarquer sur les vols à destination du Canada en raison de la COVID-19 (abrogé)*, 17 mars 2020 (mise à jour du 20 mars 2020 abrogée également); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la maladie à coronavirus COVID-19 au Canada (personnes absentes d'un vol gouvernemental)*, CP 2020-71, (2020) *Gaz C I*, 405; *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la maladie à coronavirus COVID-19 au Canada*, CP 2020-70, (2020) *Gaz C I*, 397; *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la maladie respiratoire aigüe 2019-nCoV au Canada*, CP 2020-59, (2020) *Gaz C I*, 279.

¹⁷ *Edwards v Attorney General for Canada*, [1930] AC 124 à la p 136 (PC) [Edwards].

constitutionnel des compétences¹⁸. En outre, les moyens de transport et de communication auxquels fait référence la LC 1867 doivent être interprétés de manière plus large en fonction de l'évolution des technologies¹⁹.

C'est dans ce contexte que la *Loi sur la mise en quarantaine*²⁰ donne au gouvernement le pouvoir de contrôler les entrées et sorties au Canada de citoyens potentiellement atteints d'un virus infectieux²¹. La loi définit l'« installation de quarantaine » comme un « [l]ieu servant à la détention de voyageurs »²², tandis qu'un voyageur est défini comme une personne qui « entre au Canada ou qui s'apprête à en sortir »²³. La définition de « véhicule » va aussi en ce sens : « Tout moyen de transport, notamment bateau, aéronef, train, véhicule à moteur et remorque, qui entre au Canada ou qui s'apprête à en sortir »²⁴. Le ministre et les fonctionnaires chargés de l'application de la loi disposent de pouvoirs importants, comme celui d'établir ou de désigner des postes et installations de quarantaine partout au Canada²⁵, de désigner certains lieux comme « points d'entrée » et « points de sortie » où les voyageurs ont l'obligation de se présenter en arrivant ou en quittant le Canada²⁶, ainsi que différents contrôles et dépistages auprès des voyageurs, lorsque nécessaire pour prévenir la propagation d'un virus au Canada ou éviter un préjudice grave à la santé publique²⁷. Des pouvoirs et mesures similaires sont prévus, avec adaptation, en ce qui concerne les « véhicules » transportant des marchandises ou des personnes posant un risque de propagation, ou à bord desquels une personne est décédée, qui entrent ou sortent du Canada²⁸.

En vertu de la compétence sur la quarantaine, le gouvernement fédéral peut donc prendre des mesures de confinement ou d'isolement en vertu desquelles des citoyens de retour au pays seraient forcés de s'isoler dans leur résidence durant une certaine période de temps sans possibilité de sortir, sauf pour aller voir le médecin, de subir des contrôles, dépistages,

¹⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can)*, art 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 RCS 669 aux para 9–10, 47; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 RCS 698 aux para 21–30.

¹⁹ *Re as to the jurisdiction of Parliament to regulate and control radio communication*, [1932] AC 304 à la p 315 (PC); Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 à la p 570.

²⁰ LC 2005, c 20.

²¹ *Ibid*, art 4.

²² *Ibid*, art 2.

²³ *Ibid*.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ *Ibid*, arts 6–7.

²⁶ *Ibid*, arts 9–10.

²⁷ *Ibid*, arts 12–33.

²⁸ *Ibid*, arts 34–43.

examens ou vérifications faites par des agents fédéraux et d'être isolés dans des centres de quarantaine mis sur pied pour éviter la propagation d'un virus au Canada²⁹.

Il n'est pas clair, cependant, que cette compétence « obscure »³⁰ permette au Parlement et au gouvernement fédéral d'imposer des mesures de quarantaine non seulement à l'égard de citoyens en provenance de l'étranger, mais à des citoyens se trouvant déjà au Canada. Revient-il aux autorités fédérales, provinciales, ou les deux, d'imposer ce type de limites lorsque des foyers d'éclosion ou milieux de propagations intérieurs sont plus importants ou à risque que d'autres ? À notre avis, pour les raisons qui suivent, seules les provinces disposent généralement du pouvoir d'imposer des confinements intraprovinciaux.

B) Le confinement intraprovincial et la compétence sur la santé

Il est de jurisprudence constante que la santé, matière non attribuée par le constituant de 1867, est un domaine de compétence partagé³¹ qui relève toutefois principalement des compétences provinciales sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les questions d'une nature purement

²⁹ Voir les décrets et arrêtés d'urgence pris par le gouvernement fédéral, *supra* note 16. Voir aussi : Lina Dib, « [Les voyageurs iront à l'hôtel s'ils n'ont pas de plan de quarantaine, dit Trudeau \[VIDÉO\]](#) », *La Voie de l'Est* (14 avril 2020), en ligne : <www.lavoixdelest.ca/actualites/covid-19/les-voyageurs-iront-a-lhotel-sils-nont-pas-de-plan-de-quarantaine-dit-trudeau-video-77c97bef4b8d55034dca6841e356496>; Thomas Gerbet, « [Les promenades sont désormais interdites aux voyageurs de retour au Canada](#) », *Radio-Canada* (29 mars 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1689448/marches-promenade-exterieur-rue-canada-quebec-droit-14-jours-isolement-quarantaine-changement>; Joël-Denis Bellavance et Mélanie Marquis, « [L'isolement des voyageurs entrant au Canada désormais obligatoire](#) », *La Presse* (25 mars 2020), en ligne : <www.lapresse.ca/covid-19/2020-03-25/l-isolement-des-voyageurs-entrant-au-canada-desormais-obligatoire_1>.

³⁰ Amir Attaran et Kumanan Wilson, « A Legal and Epidemiological Justification for Federal Authority in Public Health Emergencies » (2007) 52 RD McGill 381 à la p 399 [Attaran et Wilson].

³¹ Dans l'arrêt *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134 au para 68 [PHS Community Services], la Cour utilise le mot « concurrente », mais ce n'est pas rigoureusement exact. Une compétence concurrente en est une sur laquelle les deux paliers peuvent adopter des lois et règlements qui ont le même caractère véritable, comme l'immigration ou les pensions de vieillesse, tandis qu'un domaine partagé de compétence fait plutôt référence à une situation à l'égard de laquelle le Parlement et les provinces peuvent intervenir, mais à partir d'objectifs ou de perspectives différents. Voir, notamment, Maxime St-Hilaire, « [Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique: ce qu'il ne faut pas trop tarder à savoir. Partie 4: répartition fédérative des compétences et droits des peuples autochtones \(sous-partie 2 de 2\)](#) » (23 juillet 2014), en ligne (blogue) : *Double*

locale³². Le Parlement peut lui aussi intervenir dans ce domaine à partir de compétences plus spécifiques comme le droit criminel et la quarantaine³³.

Comme le notaient d'ailleurs les professeurs Lajoie et Molinari, les premières décisions dans lesquelles les tribunaux ont originellement reconnu une compétence provinciale large sur la santé, couvrant les mesures d'hygiène, la gestion des hôpitaux et toute question relative à la santé publique dans la province, ont été rendues dans le contexte d'épidémies :

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.

Cette unanimité de nos tribunaux, atténuée par la seule dissidence du juge Cross dans l'arrêt *Rinfret*, 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. [note omise]³⁴

C'est ce que proposent les professeurs Attaran et Wilson qui préconisent une compétence fédérale large afin que le pouvoir central puisse intervenir de manière uniforme et efficace pour enrayer ou contrôler une pandémie au Canada :

[T]here is no justification for such a narrow interpretation of subsection 91(11). Ottawa could rely on the quarantine power to justify measures—including measures beyond quarantine *sensu stricto*—that are necessary to comply with international treaties for health protection, such as the revised IHR [International Health Organization].

[...]

Aspect <doubleaspect.blog/2014/07/23/nation-tsilhqotin-c-colombie-britannique-ce-
quil-ne-faut-pas-trop-tarder-a-savoir-partie-4-repartition-federative-des-competences-
et-droits-des-peuples-autochtones-sous-partie-2/>.

³² LC 1867, *supra* note 13, art 92(7), 92(13), 92(16).

³³ *Ibid*, art 91(11), 91(27).

³⁴ Andrée Lajoie et Patrick A Molinari, « Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada » (1978) 56:4 R du B can 579 aux pp 584–85 [Lajoie et Molinari].

The word “quarantine” in subsection 91(11) of the Constitution Act, 1867 cannot be interpreted as quarantine *sensu stricto* but must be allowed to expand *within its intended limits, the prevention and control of epidemics*. This treatment of the quarantine power would be in line with the treatment given to various post-1867 technologies, *such as aviation and nuclear power*, which required some restructuring of the Confederation-era division of powers.

Thus, we argue that the subsection 91(11) quarantine power confers on the federal government the jurisdiction to legislate in respect of all necessary measures of epidemic preparedness and response, irrespective of the technology employed. [nos italiques, notes omises]³⁵

Pour justifier leur opinion, nos collègues s’appuient principalement sur l’échec, établi par la Commission d’enquête publique, des communications et de la coordination entre les gouvernements de l’Ontario et du Canada lors de l’épidémie du SRAS à Toronto en 2003 et sur l’obligation fédérale de mettre en œuvre ses engagements internationaux en matière de santé publique³⁶. Nous pourrions objecter que l’échec de la coordination entre gouvernements, disposant isolément de pouvoirs sur leurs territoires respectifs, est tout aussi périlleux que de reconnaître une compétence exclusive à un État central qui ferait défaut de l’exercer ou l’exercerait de manière déficiente et peu efficace. Il faut toutefois reconnaître que Attaran et Wilson ne préconisent pas explicitement une compétence fédérale exclusive et absolue niant toute possibilité d’intervention provinciale sur la matière, mais mettent en garde contre une compétence provinciale large et exclusive qui viendrait du coup limiter d’autant la compétence fédérale³⁷. Une compétence fédérale vaste viendrait donc en support aux compétences provinciales, tout en forçant les provinces à coopérer ou les assujettir aux décisions fédérales lorsque nécessaire³⁸—ou, dit autrement, les mettre au pas.

Nous devons exprimer quelques réserves par rapport à cette proposition. D’abord, une compétence fédérale sur la quarantaine de

³⁵ Attaran et Wilson, *supra* note 30 aux pp 399, 401.

³⁶ *Ibid* aux pp 386–92, 399–402. Quelques années après la crise du SRAS de 2003, le Parlement a d’ailleurs adopté la *Loi sur l’Agence de la santé publique du Canada*, LC 2006, c 5 et la *Loi sur la gestion des urgences*, LC 2007, c 15, destinées notamment à assurer la collaboration et la coordination des gouvernements fédéral et des provinces. Pour une analyse des modifications apportées aux lois fédérales après les crises du SRAS et du H1N1 au Canada, voir : Katherine Fierlbeck et Lorian Hardcastle, « Have the Post-SARS Reforms prepared us for COVID-19? Mapping the Institutional Landscape » dans Colleen Flood et al, dir, *Vulnerable: The Law, Policy and Ethics of COVID-19*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2020 [à paraître] [Flood et al, dir].

³⁷ Attaran et Wilson, *supra* note 30 aux pp 387–89.

³⁸ *Ibid* aux pp 388–89.

portée similaire à celle sur l'aéronautique, l'énergie nucléaire ou les télécommunications, donnerait au Parlement une compétence exclusive sur cette matière. En effet, il a été clairement établi que l'application de la doctrine de l'intérêt national, de laquelle découle notamment la compétence sur l'aéronautique, confère au Parlement une compétence large, exclusive, indivisible et absolue sur tous les aspects internationaux, interprovinciaux et intraprovinciaux de la matière qu'on lui attribue dans l'intérêt national³⁹. Dans cette perspective, l'on pourrait alors avancer qu'une compétence fédérale aussi vaste ne laisserait que peu de place aux provinces pour lutter, sur le plan local ou régional, contre une pandémie⁴⁰, comme c'est le cas pour les aspects locaux de l'aéronautique qui relèvent du Parlement. Comme le soulignait toutefois Gammon : « A robust public health system requires a concerted national effort. But national effort does not necessarily mean federal jurisdiction; it requires cooperation and leadership. »⁴¹ L'auteure ajoutait, à juste titre, que les provinces et municipalités sont les paliers de gouvernance les plus près des citoyens et sont généralement les mieux à même de connaître et de répondre efficacement aux intérêts, besoins et préoccupations immédiats

³⁹ *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401 aux pp 432-34 [*Crown Zellerbach*]; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373 aux pp 444, 453 [*Renvoi anti-inflation*]. En ce qui concerne les communications, bien que la Cour n'ait pas explicitement appuyé son raisonnement sur la doctrine de l'intérêt national, des auteurs estiment toutefois que cette doctrine sous-tendait néanmoins clairement ses motifs. Voir : René Pépin, « La compétence fédérale sur la radiodiffusion et la télédistribution : *Capital Cities Communications Inc. et al. v C.R.T.C.* » (1979) 5:1 Dal LJ 181 à la p 196; Raynold Langlois, « La Cour suprême et les communications » (1978) 19:4 C de D 1091 à la p 1104, tel qu'y réfère la professeure Eugénie Brouillet, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, coll « Cahiers des Amériques », Sillery (QC), Septentrion, 2005 à la p 316. Le regretté professeur Hogg estimait, pour sa part, que malgré la dimension nationale certaine du domaine des communications, le silence de la Cour est révélateur de sa possible désapprobation de cette doctrine : Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, vol 1, 5^e éd, Toronto, Carswell, 2007 aux para 22-28 et 22-29.

⁴⁰ Par analogie, voir : *Rogers Communications Inc c Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 RCS 467 au para 52 [*Rogers*] : « [...] reconnaître un double aspect à l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication impliquerait que le fédéral et les provinces peuvent légiférer à cet égard, ce qui serait contraire au précédent établi par le Conseil privé dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, selon lequel la compétence fédérale à l'égard de l'emplacement de telles infrastructures est exclusive ». Précisons que le double aspect fait référence à une situation ou des circonstances factuelles à propos desquelles chaque palier, le Parlement comme les provinces, peut intervenir mais à partir de compétences différentes et, partant, de lois et règlements qui ont des caractères véritables différents. Il n'est donc pas rigoureusement exact de considérer que dans une situation de double aspect, la province ou l'une de ses municipalités pourraient adopter des lois et règlements dont l'objet et les effets portent, par essence, sur une compétence fédérale.

⁴¹ Keri Gammon, « Pandemics and Pandemonium: Constitutional Jurisdiction Over Public Health » (2006) 15 Dal J Leg Stud 1 à la p 35 [Gammon].

des citoyens sur le territoire local⁴². D'un autre côté, il faut souligner que la quarantaine, en tant que matière constitutionnelle, peut être considérée comme étant distincte des mesures d'isolement forcé qui relèvent de la compétence provinciale sur la santé. Dans ce contexte, une compétence fédérale vaste sur la quarantaine n'empêcherait donc pas les provinces d'imposer des confinements obligatoires sur leurs territoires.

Cependant, en cas de conflit entre les normes fédérales et provinciales sur ces sujets, les premières auraient prépondérance⁴³, dépouillant de fait les provinces de leur capacité d'intervention, du moins ponctuellement, c'est-à-dire en présence d'une mesure fédérale contraire. Il faut aussi tenir compte de l'application parfois impressionniste de la doctrine du champ occupé par certains tribunaux dans la jurisprudence récente, par le truchement de la notion de conflit d'intention entre les objectifs fédéraux et provinciaux d'une loi qui permet de rendre sans effet les dispositions d'une loi provinciale. Il suffirait, par analogie avec le raisonnement de cette jurisprudence, qu'une loi du Parlement montre l'intention générale d'occuper tout le domaine d'une compétence élargie sur la quarantaine, c'est-à-dire d'adopter un code complet par des normes détaillées élaborées en vue d'assurer l'efficacité des mesures gouvernementales fédérales, pour que toute loi provinciale ou décision qui en découle, perçue par un tribunal comme gênant les objectifs fédéraux, soit déclarée inopérante⁴⁴. Dans ce cas, même si la quarantaine et l'isolement obligatoire peuvent être considérés comme deux matières distinctes, il est possible que des tribunaux, au-delà de la terminologie employée, les considéreraient comme un même sujet, pavant la voie à une compétence fédérale susceptible de supplanter celle des provinces par la doctrine du champ occupé. Des auteurs avaient mis

⁴² *Ibid* à la p 36. Voir aussi: 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241 [*Spraytech*]; *Catalyst Paper Corp c North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 RCS 5; *Nanaimo (Ville) c Rascal Trucking Ltd*, 2000 CSC 13, [2000] 1 RCS 342; *Produits Shell Canada Ltée c Vancouver (Ville)*, [1994] 1 RCS 231, juge McLachlin, dissidente; Carissima Mathen, « Resisting the Siren's Call: Emergency Powers, Federalism and Public Policy » dans Flood et al, dir, *supra* note 36 [Mathen].

⁴³ *Saskatchewan (PG) c Lemare Lake Logging Ltd*, 2015 CSC 53, [2015] 3 RCS 419 aux para 15 et s; *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 RCS 3 aux para 69–75 [*Banque canadienne de l'Ouest*]; *Rothmans, Benson & Hedges Inc c Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 RCS 188 aux para 11–15 [*Rothmans*]; *Law Society of British Columbia c Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 RCS 113 aux para 68–71.

⁴⁴ Par analogie, voir *Québec (PG) c IMTT-Québec inc*, 2016 QCCS 4337 aux para 249–60, confirmé par la Cour d'appel du Québec dans *Québec (PG) c IMTT-Québec inc*, 2019 QCCA 1598 aux para 260–63, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38929 (16 avril 2020). Voir aussi : *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Telus Communications inc*, 2019 QCCQ 2143 aux para 149–56; *Mascouche (Ville de) c 9105425 Canada Association*, 2018 QCCS 550 aux para 205–11; *Vidéotron c Gatineau (Ville de)*, 2017 QCCS 3571 aux para 188–89.

en garde, avec raison, contre une application imprudente et à sens unique de cette notion vague de conflit d'objets, dont on voit maintenant poindre davantage à l'horizon les effets pervers sur l'équilibre constitutionnel⁴⁵.

Par ailleurs, bien qu'il faille faire une interprétation évolutive du partage des compétences, il importe tout autant d'en délimiter les contours de manière équilibrée⁴⁶ et respectueuse des principes du fédéralisme, en particulier le principe de l'interprétation coordonnée⁴⁷ et le principe de gouvernance de proximité ou dit de subsidiarité⁴⁸. Aussi, l'analogie avec « l'arbre vivant » veut que celui-ci ne puisse croître qu'à « l'intérieur de ses limites naturelles » [notre traduction]⁴⁹. Alors que Attaran et Wilson définissent ces limites en fonction de l'objectif large de prévention et de contrôle des épidémies, nous voyons plutôt ces limites dans le contexte du transport international, comme le suggèrent certains auteurs et, dans une certaine mesure, la jurisprudence.

En effet, comme l'écrivaient Lajoie et Molinari, la compétence sur la quarantaine et les hôpitaux de marine a été spécifiquement attribuée au Parlement afin de lutter contre les pandémies venues de l'étranger dans un contexte de transport international :

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.”

⁴⁵ Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 1 aux pp 18–20; François Chevette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p 339; Jean Leclair, « L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales “attractives” » dans ALAI Canada, dir, *Un cocktail de droit d'auteur / A Copyright Cocktail*, Montréal, Thémis, 2007, 25 aux pp 48–50; Bruce Ryder, « Equal Autonomy in Canadian Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR (2d) 565 aux pp 577–79, 594–95. La juge Deschamps mettait aussi en garde contre une « interprétation impressionniste » de la notion de conflit d'objets : *Québec (PG) c Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 RCS 453 au para 121 [Lacombe].

⁴⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 RCS 837 [Renvoi relatif aux valeurs mobilières]; *Consolidated Fastfrate Inc c Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 RCS 407 aux para 29–39.

⁴⁷ *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, supra note 46 au para 71.

⁴⁸ *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 43 au para 45; *Spraytech*, supra note 42 au para 3.

⁴⁹ *Edwards*, supra note 17 à la p 136.

Dans l'empire britannique de la fin du XIX^e 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. [note omise]⁵⁰

Cela est conforme à l'origine contextuelle et historique des mesures de quarantaine comme mode de prévention ou de contrôle des épidémies : « Quarantine is one of the oldest public health tools, used by authorities to quell the spread of disease long before microscopic agents were understood as the source of contagion. Its roots are in the quarantine of shipping vessels, primarily to prevent spread of contagion via infested cargo and persons »⁵¹.

Si la compétence fédérale en matière de santé a fait l'objet d'un élargissement, principalement par son pouvoir sur le droit criminel⁵², l'on s'accorde encore aujourd'hui pour dire que la plus large part de la compétence sur la santé, sur le plan juridique⁵³, relève des provinces⁵⁴. Dans ce contexte, nous partageons l'opinion de Nola Ries et sommes d'avis que le pouvoir fédéral sur la quarantaine devrait se limiter à la prise de mesures pour contrôler les allées et venues en provenance du Canada vers l'étranger et de l'étranger vers le Canada par des moyens de transport tels les navires et les avions, ainsi qu'aux mesures de confinement et de prévention nécessaires liées à ce contexte. Mais ce pouvoir ne s'étend pas, ou ne devrait pas s'étendre, au confinement intraprovincial, sauf en ce qui concerne les mesures d'urgence, que nous verrons plus loin, ainsi que

⁵⁰ Lajoie et Molinari, *supra* note 34 à la p 585; comme le soulignent les auteurs à la p 601, n 83, il s'agissait cependant d'un *obiter dictum*.

⁵¹ Nola M Ries, « Quarantine and the Law: The 2003 SARS Experience in Canada (A New Disease Calls on Old Public Health Tools) » (2005) 43 Alta L Rev 529 à la p 532 [Ries].

⁵² *RJR-MacDonald Inc c Canada (PG)*, [1995] 3 RCS 199 aux para 28–44; *Rothmans*, *supra* note 43 au para 19; *R c Wetmore*, [1983] 2 RCS 284 aux pp 288–89.

⁵³ Par opposition à l'utilisation économique et politique, par le gouvernement fédéral, du « pouvoir » de dépenser dans des champs de compétences provinciaux, lequel ne constitue pas, d'ailleurs, une compétence constitutionnelle formelle.

⁵⁴ *PHS Community Services*, *supra* note 31 au para 68; *Bell Canada c Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 RCS 749 à la p 761; *Association québécoise des vapoterics c Québec (PG)*, 2019 QCCS 1644 au para 235; Martha Jackman, « Constitutional Jurisdiction Over Health in Canada » (2000) 8 Health LJ 95 à la p 110 [Jackman]; Ries, *supra* note 51 à la p 533; Lajoie et Molinari, *supra* note 34 aux pp 597–602.

les compétences fédérales sur le transport interprovincial et les ouvrages déclarés être à l'avantage du Canada prévues au paragraphe 92(10)a) et c) LC 1867 :

The federal government [...] has explicit constitutional authority to quarantine persons and conveyances (such as airplanes and shipping vessels) entering and leaving the country. While provincial governments have authority to impose quarantine within provincial borders the federal government's quarantine powers are concerned with the international movement of people and goods.⁵⁵

L'obiter dictum suivant de la Cour suprême dans l'arrêt *Lafarge* pourrait appuyer cette interprétation :

Rappelons que l'application de la [*Loi maritime du Canada*] aux terres *non* publiques repose sur la compétence législative fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires prévue au par. 91(10), *que complètent des dispositions telles le par. 91(9) (relatif aux amarques, bouées, etc.) et celles du par. 91(11) (relatif à la quarantaine et aux hôpitaux de marine)*. [nos italiques]⁵⁶

Dans la mesure où cette dernière compétence vient compléter la compétence fédérale plus large sur la navigation, il serait étonnant que le pouvoir sur la quarantaine dépasse le contexte des voyages internationaux. C'est aussi de cette manière que la Commission Rowell-Sirois de 1938 semblait concevoir ce pouvoir :

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que l'Acte de l'Amérique britannique du Nord n'ait pas attribué de pouvoirs définis en matière de santé publique. Cependant, il avait confié au Dominion la juridiction sur les hôpitaux de marine et la quarantaine (*probablement la quarantaine* des navires), tandis qu'il conférerait aux provinces juridiction sur les autres hôpitaux, les asiles, les institutions et hospices de charité. [nos italiques]⁵⁷

En ce qui concerne l'isolement de citoyens déjà présents en sol canadien, qui ne reviennent donc pas de voyages internationaux, il appartient

⁵⁵ Ries, *supra* note 51 à la p 533. Voir aussi Gammon, *supra* note 41 aux pp 29–30 : « [...] the reference in s. 91(11) to marine hospitals appears to limit its application to international border traffic (with the primary focus on incoming travellers), rather than recognizing a generally applicable federal public health power. Furthermore, the quarantine power is perhaps a necessary but limited corollary of Parliament's immigration power and the resulting authority over national borders. »

⁵⁶ *Colombie-Britannique (PG) c Lafarge Canada Inc*, 2007 CSC 23, [2007] 2 RCS 86 au para 62.

⁵⁷ Observations de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces [Commission Rowell-Sirois], citées dans *Schneider c R*, [1982] 2 RCS 112 à la p 136.

selon nous exclusivement aux provinces de prendre des mesures de confinement qui découlent de leur compétence dérivée sur la santé et de leur compétence sur les transports et le commerce local⁵⁸. À notre avis, les provinces pourraient aussi accessoirement imposer l'isolement à leurs résidents de retour au pays après tout voyage à l'extérieur, qu'il soit national ou international⁵⁹. Dans cette dernière hypothèse, en cas de contradiction entre la durée de la quarantaine fédérale et l'isolement provincial, le conflit se résorberait bien sûr à la faveur du gouvernement fédéral, étant entendu que les provinces peuvent, en général, imposer des mesures plus sévères que des mesures minimales imposées par Ottawa sans que ce ne soit nécessairement considéré comme un conflit.

Une telle division nous semble reposer sur une interprétation évolutive mesurée du paragraphe 91(11) LC 1867. Elle reflète aussi un juste équilibre entre les compétences provinciales et fédérales et les processus décisionnels locaux et centralisés qui peuvent tous deux être nécessaires dans un contexte de pandémie et de protection de la santé publique par des mesures destinées à éviter ou à limiter la propagation d'un virus.

Comme nous l'avons observé dans la sous-partie précédente, le Parlement semble lui-même concevoir de cette manière équilibrée sa compétence sur la question. Bien que l'on ne puisse, sauf à commettre une importante erreur de droit, s'appuyer sur une loi fédérale pour déterminer l'étendue d'une compétence fédérale—un législateur ne peut pas délimiter lui-même l'étendue de ses compétences par le truchement d'une simple loi⁶⁰, il a néanmoins été suggéré que l'interprétation restrictive du Parlement de ses compétences peut constituer un facteur à considérer dans l'interprétation du partage des compétences⁶¹. Les tribunaux ne sauraient évidemment être liés par cela puisque le partage des compétences s'adresse aussi aux citoyens et entreprises qui doivent pouvoir compter sur des règles de droit suffisamment précises et prévisibles⁶², mais peuvent certainement

⁵⁸ LC 1867, *supra* note 13, art 92(10).

⁵⁹ Pascal Savoie-Brideau, « Les Néo-Brunswickois devront s'isoler 14 jours s'ils sortent de la province », *Radio-Canada* (24 mars 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1685716/isolement-quarantaine-nouveau-brunswick-14-jours-province-interprovincial>.

⁶⁰ *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 43 aux para 4, 89 (ce dernier paragraphe ayant été cité avec approbation dans *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 RCS 725 au para 67; *Banque de Montréal c Marcotte*, 2012 QCCA 1396 au para 86); *9171-7702 Québec Inc c Canada*, 2013 FC 832 au para 24; *Daniels c Canada*, 2013 CF 6, [2013] 2 RCF 268 aux para 112–13; conclusion en partie infirmée en appel 2014 CAF 101, [2014] 4 RCF 97 au para 159, mais rétablie en Cour suprême 2016 CSC 12, [2016] 1 RCS 99 aux para 57–58.

⁶¹ *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 43 au para 91.

⁶² *Ontario (PG) c SEFPO*, [1987] 2 RCS 2 aux pp 19–20 [*SEFPO*].

en tenir compte⁶³. Or, comme le soulignait Nola Ries à propos de la *Loi sur la mise en quarantaine* : « This law [...] is aimed at focusing greater emphasis on air travel, the modern mode of global disease spread »⁶⁴.

Au Québec, la *Loi sur la santé publique* permet au gouvernement de déclarer l'état « d'urgence sanitaire sur tout ou partie du territoire québécois lorsqu'une menace grave à la santé de la population, réelle ou imminente, exige l'application immédiate de certaines mesures [...] pour protéger la santé de la population »⁶⁵. La loi donne au gouvernement le pouvoir d'ordonner la vaccination obligatoire de la population, la fermeture des écoles et des commerces, l'interdiction de tout rassemblement, la transmission des informations dont toute personne ou organisme dispose, le confinement de certains groupes de personnes, la construction de tout ouvrage à des fins de santé publique, d'interdire l'accès et les déplacements relativement à toute partie du territoire, de faire des dépenses et d'« ordonner toute autre mesure nécessaire pour protéger la santé de la population »⁶⁶. Ces mesures s'appliquent bien sûr aux différents organismes publics provinciaux de même qu'aux activités privées qui relèvent des compétences provinciales, comme le commerce et le transport local⁶⁷. En principe, pourvu qu'elles ne constituent pas une entrave au cœur des compétences fédérales, ces mesures pourraient aussi s'appliquer aux activités et ouvrages de compétences fédérales⁶⁸,

⁶³ *Ibid*; *Goodwin c Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 RCS 250 au para 33 [*Goodwin*]; *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 RCS 146 au para 73 [*Bande Kitkatla*].

⁶⁴ Ries, *supra* note 51 aux pp 534–35.

⁶⁵ *Loi sur la santé publique*, RLRQ c S-2.2, art 118.

⁶⁶ *Ibid*, art 123, al 1(8°).

⁶⁷ LC 1867, *supra* note 13, art 92(10); David Robitaille, « Fascicule 22—Le local et l'interprovincial : Municipalités, transports et communications » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, *Droit constitutionnel*, Jurisclasseur Québec, LexisNexis, 2012 (feuilles mobiles mises à jour annuellement) au para 45 et s [Robitaille, « Le local et l'interprovincial »] [Beaulac et Gaudreault-DesBiens, dir, *Droit constitutionnel*].

⁶⁸ *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 43 aux para 33 et s; *Clark c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 RCS 680 aux para 46, 51. Voir aussi nos travaux sur la doctrine de l'exclusivité et son critère de l'entrave : Ghislain Otis et David Robitaille, « L'inapplicabilité de la Charte québécoise des droits aux entreprises fédérales : mythe ou réalité? » (2017) 47:1 RGD 77 aux pp 83–91; David Robitaille, « Environnement, aménagement du territoire et transports fédéraux : fédéralisme coordonné ou subordonné? » (2018) 48 RGD 7 aux pp 15–39; David Robitaille, « Le transport interprovincial sur le territoire local : vers un nécessaire équilibre » (2015) 20:1 R d'études constitutionnelles 75; David Robitaille et Pierre Rogué, « La *Charte de la langue française* : une entrave à la gestion et aux relations de travail des entreprises privées de compétence fédérale au Québec? » dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie

par exemple les banques, les ouvrages de transport interprovincial, la navigation maritime, le transport par rail et les gares, l'aéronautique et les aéroports. Il va sans dire, cependant, que la marge de manœuvre de la province serait ici assez limitée puisque plusieurs des mesures prises pour endiguer une pandémie ont, outre la prévention bénéfique de la propagation du virus, des effets importants sur la gestion et l'exploitation d'une entreprise. La fermeture forcée ou l'achalandage normalisé des commerces et entreprises ou des lieux de transports comme les gares et les aéroports, seraient peut-être considérées comme entravant la gestion et l'exploitation des entreprises et ouvrages de compétence fédérale et, partant, inapplicables⁶⁹. Ce ne serait peut-être pas le cas, en revanche, en ce qui concerne, par exemple, des directives provinciales imposant la distanciation physique dans les espaces publics, notamment par l'exigence de respecter deux mètres entre chaque personne, d'indiquer sur le plancher des distances à respecter par du ruban ou de protéger les employés par des vitres de Plexiglas. Ce dernier type de mesures de mitigation des risques ne semblent pas, en effet, exiger d'aménagements excessifs aux exploitants d'entreprises fédérales ni modifier de manière importante la structure matérielle ou les installations de ces entreprises.

La loi québécoise impose, par ailleurs, certaines modalités démocratiques à l'exercice des pouvoirs importants du gouvernement, en ce qui concerne la durée d'une déclaration d'urgence, sa publicité et ses modalités de renouvellement, en permettant notamment à la législature de la désavouer et en imposant au gouvernement l'obligation de rendre compte aux députés de sa gestion de crise⁷⁰.

La *Loi sur la sécurité civile*⁷¹ prévoit, pour sa part, la possibilité pour une municipalité de déclarer un état d'urgence locale⁷² et, notamment, de contrôler l'accès à son territoire, d'ordonner le confinement de personnes, de faire des dépenses et de contraindre des entreprises fournissant des

Binette, dir, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 183.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Loi sur la santé publique*, *supra* note 65, arts 118–130. Comme le note avec raison le professeur St-Hilaire, ces mécanismes sont loin d'être parfaits et font piètre figure face aux contrôles démocratiques mis en place par le législateur fédéral dans la *Loi sur les mesures d'urgence*, LRC 1985, c 22 (4^e suppl), que nous aborderons à la partie 3 : Maxime St-Hilaire, « [Urgence et droit n'ont jamais fait bon ménage, mais la Loi sur la santé publique compte certes d'importants défauts \(réponse à Martine Valois\)](#) » (15 avril 2020), en ligne (blogue) : À qui de droit, <blogueaquidedroit.ca/2020/04/15/urgence-et-droit-nont-jamais-fait-bon-menage-mais-la-loi-sur-la-sante-publique-compte-certains-dimportants-defauts-reponse-a-martine-valois/> [St-Hilaire, « Réponse à Martine Valois »].

⁷¹ RLRQ c S-2.3.

⁷² *Ibid.*, art 42.

services essentiels ou hôteliers de contribuer, en contrepartie d'une compensation⁷³, à endiguer l'urgence⁷⁴. La loi met aussi en place des obligations d'imputabilité devant le conseil municipal et l'autorité régionale⁷⁵ aux personnes disposant de pouvoirs et prévoit un contrôle du ministre responsable des affaires municipales⁷⁶.

Étroitement, sinon indissociablement, liée à la question du confinement ou de l'isolement physique et social, se trouve la question du ou des paliers ayant le pouvoir de limiter les déplacements des citoyens vers une province, en provenance de l'étranger ou du Canada. Cela nécessite de déterminer le partage des compétences sur les frontières.

2. Les frontières internationales et interprovinciales

Durant la pandémie de la COVID-19, plusieurs provinces ont décidé d'effectuer différents types de contrôles à leurs frontières interprovinciales et de limiter les entrées de citoyens canadiens habitant d'autres provinces. Ce fut le cas du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Québec⁷⁷, dont les policiers demandaient aux voyageurs les raisons de leur entrée dans la province et n'acceptaient généralement que les passages jugés essentiels ou acceptant les travailleurs des domaines de la santé, du commerce et des transports commerciaux ne présentant aucun symptôme; les citoyens venus simplement magasiner, par exemple, étaient pour leur part refoulés aux frontières. Ces mesures ont certainement été prises dans l'objectif de protéger la santé publique et éviter la propagation du virus dans les provinces. On ne peut toutefois nécessairement, dans tous les cas, en dire autant en ce qui concerne leurs effets, lesquels sont aussi pertinents dans la détermination du caractère

⁷³ *Ibid*, art 48.

⁷⁴ *Ibid*, art 47. La loi donne aussi au gouvernement provincial le pouvoir de déclarer une urgence nationale et reprend, pour l'essentiel (arts 88–99), les dispositions de la *Loi sur la santé publique*, *supra* note 65, que nous avons résumées ci-dessus.

⁷⁵ C'est-à-dire les Municipalités régionales de comté ou « MRC ». Voir : *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ c C-47.1, art 98 et s; *Loi sur l'organisation territoriale municipale*, RLRQ c O-9, art 210.4 et s.

⁷⁶ *Loi sur la sécurité civile*, *supra* note 71, arts 42–52.

⁷⁷ François Pierre Dufault et Julien Lecacheur, « [L'Île-du-Prince-Édouard, la province qui s'est auto-isolée](#) », *Radio-Canada* (16 avril 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1694408/ile-du-prince-edouard-pont-confederation-gestion-pandemie-coronavirus-etat-urgence>; Joane Bérubé, « [Suspension du transport maritime de passagers aux Îles-de-la-Madeleine](#) », *Radio-Canada* (26 mars 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1688308/covid-19-fin-transport-maritime-passagers-iles-de-la-madeleine-souris-cap-aux-meules-ctma>; La Presse Canadienne, « COVID-19 », *supra* note 11; « Le Nouveau-Brunswick », *supra* note 11; Doucette, « La frontière ... est fermée », *supra* note 11; Agence QMI, « La Nouvelle-Écosse », *supra* note 11.

véritable d'une loi, première étape de sa qualification constitutionnelle⁷⁸. Des contrôles provinciaux à la frontière avec une autre province ou avec les États-Unis qui ont pour effet de refuser l'accès au territoire à des citoyens canadiens d'une autre province ou pays sont peut-être hors de la compétence des pouvoirs de cette province et, partant, inconstitutionnels.

Cependant, contrairement à ce qu'il puisse paraître à première vue, la détermination du ou des paliers disposant du pouvoir de contrôler l'accès au territoire et les passages aux frontières internationales et interprovinciales n'est pas si simple. Il ne fait aucun doute, selon nous, qu'Ottawa a compétence pour imposer des contrôles aux frontières internationales et interprovinciales canadiennes. Reste à savoir, cependant, si les provinces ont quelques mots à dire par rapport à cette matière. Nous verrons ci-dessous que si (A) de solides arguments peuvent être avancés pour supporter une compétence fédérale exclusive, d'autres peuvent aussi rigoureusement (B) favoriser une compétence provinciale accessoire, sinon (C) une compétence partagée entre le fédéral et les provinces. Nous résumerons ci-après les principaux arguments qui nous semblent susceptibles d'être mis de l'avant à l'appui de chacune de ces thèses, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité de ceux-ci.

A) Les arguments au soutien d'une compétence fédérale exclusive

Bien que les frontières, en tant que matière, n'aient pas été attribuées par le constituant de 1867, le premier réflexe—que, faut-il avouer, nous avons eu aussi—serait d'avancer que seul le Parlement dispose de la compétence de limiter les déplacements internationaux et interprovinciaux de citoyens. Selon cette thèse, une province ne saurait valablement prendre de décisions dont le caractère véritable, selon son objet et ses effets, porterait sur la gestion de sa frontière terrestre avec les États-Unis ou une autre province canadienne, ou sur l'entrée par avion sur son territoire. La fermeture, complète ou partielle des frontières canadiennes, ainsi que les mesures visant à contrôler les déplacements interprovinciaux de Canadiens, relèveraient alors du pouvoir exclusif du Parlement et du gouvernement du Canada.

L'existence de plusieurs compétences formellement attribuées au Parlement qui présentent un lien étroit avec le sujet, dans la mesure où elles comportent des aspects internationaux et interprovinciaux, permettrait de renforcer sa prétention d'exclusivité sur ces déplacements. Il en est ainsi du service militaire⁷⁹, de la navigation⁸⁰, des entreprises de transports interprovinciaux et internationaux⁸¹, de la quarantaine

⁷⁸ Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 43 au para 27.

que nous avons vue ci-dessus⁸², de la citoyenneté et des réfugiés⁸³, de la compétence concurrente sur l'agriculture et l'immigration⁸⁴, sans oublier la compétence sur le commerce prévue au paragraphe 91(2) LC 1867.

D'ailleurs, il est déjà acquis que les provinces ne pourraient pas prendre de décisions dont le caractère véritable porte sur les ouvrages ou infrastructures de transport interprovincial comme l'aviation, la navigation ou les chemins de fer, ou qui ont pour effet d'en entraver considérablement l'exploitation, sauf à être déclarées inconstitutionnelles, sinon inapplicables en vertu de la doctrine de l'exclusivité. Mais cela ne concerne, évidemment, que les ouvrages, choses ou infrastructures intégrées de transports transcanadiens⁸⁵, et non les déplacements plus généraux de citoyens, ou d'entreprises de transport de nature locale qui font des voyages occasionnels vers d'autres provinces. Le paragraphe 91(2) LC 1867 confère aussi au Parlement la compétence exclusive sur le commerce interprovincial et international, empêchant les provinces d'adopter des lois et règlements portant sur le commerce interprovincial⁸⁶. Mais cela n'a pas pour effet, en théorie du moins, de rendre invalides des lois provinciales relatives à la santé, mais qui empiètent raisonnablement sur les compétences fédérales, ce que nous aborderons dans la prochaine sous-partie. D'ailleurs, la compétence fédérale sur le commerce ne permettrait au Parlement d'adopter des lois et règlements qu'en ce qui concerne les déplacements interprovinciaux de nature commerciale, et non les déplacements tous azimuts de citoyens.

La doctrine des dimensions nationales⁸⁷ ou de l'intérêt national pourrait aussi être avancée pour faire attribuer au Parlement une compétence exclusive sur les frontières internationales et interprovinciales.

⁷⁹ LC 1867, *supra* note 13, art 91(7).

⁸⁰ *Ibid*, art 91(10).

⁸¹ *Ibid*, art 92(10)a).

⁸² *Ibid*, art 91(11).

⁸³ *Ibid*, art 91(25).

⁸⁴ *Ibid*, art 95.

⁸⁵ *Ibid*, art 92(10)a). Voir, par exemple : *Westcoast Energy Inc c Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 RCS 322; *Travailleurs unis des transports c Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 RCS 1112.

⁸⁶ LC 1867, *supra* note 13, art 91(2); *Fédération des producteurs de volailles du Québec c Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 RCS 292 aux para 36–37, 41, 43; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 RCS 1198 à la p 1296; *Burns Foods Ltd c Manitoba (PG)*, [1975] 1 RCS 494 aux pp 503–04; *Manitoba (PG) c Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] RCS 689 à la p 703; *Citizens Insurance Co of Canada v Parsons*, [1881] 7 AC 96 (PC); Ian B Lee, « Fascicule 17 : Économie, travail et Constitution » dans Beaulac et Gaudreault-DesBiens, dir, *Droit constitutionnel*, *supra* note 67; Robitaille, « Le local et l'interprovincial », *supra* note 67 aux para 19 et s.

⁸⁷ *Crown Zellerbach*, *supra* note 39; *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39.

Si les tribunaux ont rejeté l'idée d'une compétence fédérale générale sur la santé ou la santé publique en vertu de cette doctrine⁸⁸, il serait moins difficile de leur faire reconnaître, sur cette base, une compétence fédérale plus spécifique sur les frontières pour lutter contre les épidémies et pandémies. L'on avancerait alors qu'il s'agit d'un sujet suffisamment précis, dont la maîtrise inefficace ou inexistante par des provinces pourrait potentiellement créer des risques sanitaires et économiques pour d'autres provinces ou le reste du pays⁸⁹. Le risque qu'une gestion désordonnée et désorganisée par les provinces de leurs frontières respectives, adjacentes à celles d'autres provinces canadiennes, des États-Unis ou en ce qui concerne l'arrivée de visiteurs en provenance d'autres pays, jouerait ici à l'avantage d'une compétence fédérale exclusive sur cet enjeu d'intérêt national, concernant le pays dans son ensemble.

La gestion des frontières internationales et interprovinciales implique d'importants enjeux économiques, sanitaires, politiques et sociaux qui militeraient aussi en faveur d'une compétence fédérale exclusive. Le fait que la province contrôlant l'accès à son territoire laisse passer les personnes dont les fonctions sont jugées essentielles ne changerait rien à l'affaire dans cette perspective d'une compétence fédérale exclusive. Cela serait, certes, pertinent pour déterminer si une telle violation de la liberté de circulation au Canada protégée à l'article 6 de la Charte canadienne est raisonnablement justifiée dans les circonstances. Mais la détermination du partage des compétences sur le sujet ne saurait en être influencée de manière importante si ces contrôles ont pour effet d'empêcher une majorité de citoyens d'entrer dans une province où ils ne résident pas ni ne travaillent, lesdites provinces faisant partie du même ensemble fédératif qu'est le Canada⁹⁰.

B) Les arguments au soutien d'une compétence provinciale accessoire

Il existe aussi de bons arguments en faveur de la validité du contrôle provincial des déplacements en contexte de pandémie, ainsi que des mesures limitant les allées et venues d'un autre pays vers une province. Ce scénario impliquerait, corollairement, que le fédéral dispose d'une compétence principale ou exclusive sur le sujet via la doctrine des

⁸⁸ Lajoie et Molinari, *supra* note 34 à la p 600. Voir la jurisprudence à laquelle les auteurs font référence à la n 81; Gammon, *supra* note 41 à la p 16.

⁸⁹ Voir, par analogie : *Crown Zellerbach*, *supra* note 39 aux pp 431–34.

⁹⁰ Comme l'affirmait le Dr Howard Njoo, sous-administrateur en chef de l'Agence de la santé publique du Canada : « On est un pays. (...) En fin de compte, on est tous des Canadiens, pas des Ontariens ou des Québécois » dans *La Presse Canadienne*, « COVID-19 », *supra* note 11.

dimensions nationales, sur laquelle des mesures provinciales relatives à la santé pourraient accessoirement empiéter.

L'on pourrait, pour ce faire, s'appuyer sur l'arrêt *Comeau* dans lequel la Cour suprême a jugé que l'article 121 LC 1867 « proscrit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet, entravent la circulation des biens d'une province à une autre, et qu'il ne proscrit donc pas les lois qui n'ont que des effets accessoires sur le commerce interprovincial »⁹¹. Dans cette affaire, l'article 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* néo-brunswickoise interdisait d'« avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » achetées ailleurs qu'à la Société publique de la province, ayant pour effet d'empêcher des personnes comme M. Comeau d'importer dans la province de l'alcool acheté dans la province voisine⁹². La Cour fit une interprétation restrictive de l'article 121 qui interdit aux provinces d'adopter des lois ou règlements qui, par leur objet et leurs effets principaux, visent à entraver ou entravent la libre circulation des biens au Canada⁹³. Mais comme ce principe n'est pas absolu, les normes provinciales qui ont un effet accessoire sur le libre-échange interprovincial ne seront pas invalidées pour autant⁹⁴.

Bien que l'arrêt *Comeau* ne porte pas directement sur le partage des compétences prévues aux articles 91 et suivants de la LC 1867, d'importantes analogies peuvent être faites entre les règles et principes dégagés dans cet arrêt et des notions de fédéralisme qui présentent avec les premiers d'étroites similitudes⁹⁵. Un auteur opinait d'ailleurs que « [s]ection 121 is simply an enumerated power to impose interprovincial

⁹¹ *R c Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 RCS 342 au para 8 [*Comeau*].

⁹² *Ibid* aux para 1–12.

⁹³ Pour des critiques de cet arrêt qui dépassent toutefois le cadre de ce texte, voir : Malaïka Bacon-Dussault, « L'importation interprovinciale des boissons alcoolisées à des fins personnelles : R c Comeau et la confirmation de règles de droit de la période de la prohibition » (2018) 64:1 RD McGill 167; Kerri A Froc et Micheal Marin, « The Supreme Court's Strange Brew: History, Federalism and Anti-Originalism in *Comeau* » (2019) 70 UNBLJ 297; Michael Marschal, « *R v Comeau: Good Law, Bad Application* », commentaire, *Sask L Rev* (2 février 2019), en ligne : <sasklawreview.ca/comment/r-v-comeau-good-law-bad-application.php> [Marschal]; Ascher Honickman, « *Comeau is a Casualty of Confused Doctrine* », commentaire, *CanLII Connects* (2 mai 2018), en ligne : <www.canliiconnects.org/en/commentaries/61936>.

⁹⁴ *Comeau*, *supra* note 91 aux para 44 et s, notamment aux para 97, 111–12, 114.

⁹⁵ Un auteur est d'ailleurs d'avis que l'article 121 devrait être considéré comme une source de compétence, au même titre que les articles 91 et 92 LC 1867, *supra* note 13, et devrait conséquemment être interprété, comme le fait d'ailleurs la Cour dans *Comeau*, *supra* note 91, de manière souple conformément au principe du fédéralisme coopératif : Marschal, *supra* note 93.

tariffs that was taken out of the powers conferred in ss. 91 and 92 of the Constitution »⁹⁶.

S'il fallait « traduire » l'arrêt *Comeau* dans le langage du partage des compétences, l'on pourrait s'en inspirer pour arguer que des contrôles ciblés et partiels, permettant par exemple l'entrée dans la province de citoyens qui y travaillent et/ou dont l'emploi est considéré comme essentiel, ou de citoyens non symptomatiques, constituent un empiètement accessoire à la compétence provinciale sur la santé en contexte de pandémie. Si cette doctrine était avancée à titre principal et non comme argument subsidiaire, il s'agirait toutefois d'une reconnaissance explicite de l'absence de pouvoir de la province sur la matière; la doctrine de l'empiètement, ou des pouvoirs accessoires permet, en effet, au Parlement et aux législatures provinciales d'adopter des dispositions législatives ou réglementaires qui vont au-delà de leurs compétences respectives, mais qui sont essentielles ou utiles (selon la gravité de l'empiètement) à l'application efficace et complète d'une norme valide dans son ensemble⁹⁷.

L'arrêt *Comeau* comporte, à cet égard, des passages qui pourraient être assimilés, sinon comparés, à la doctrine de l'empiètement ou des pouvoirs accessoires. La Cour y écrit notamment ceci :

Les lois qui n'ont que l'effet accessoire de restreindre le commerce interprovincial, parce qu'elles font partie de régimes plus larges n'ayant pas pour objet d'entraver le commerce, ne contreviennent pas à l'art. 121 parce qu'elles visent à soutenir le régime pertinent, et non pas à restreindre ce commerce.

[...]

L'examen est objectif, fondé sur le libellé de la loi, sur le contexte législatif dans lequel elle a été adoptée (c.-à-d. qu'il faut se demander si elle fait partie d'un régime réglementaire plus large) et sur tous ses effets discernables [...].

[...]

[S]i la loi contestée n'est pas *reliée logiquement à l'objet du régime*, elle contrevient à l'art. 121. *Il existe un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif plus large*

⁹⁶ Marschal, *supra* note 93. La Cour semble toutefois affirmer le contraire dans *Comeau*, *supra* note 91 au para 72.

⁹⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 RCS 457 [*Renvoi relatif à la procréation assistée*]; *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 [*General Motors*].

*du régime réglementaire lorsque, sur le plan de la raison ou de la logique, on peut dire de la première qu'elle sert le deuxième [...] [nos italiques]*⁹⁸

Bien entendu, il faut se garder de confondre « effets accessoires » et « pouvoirs accessoires ». Les premiers sont l'équivalent d'une simple incidence d'une loi sur les compétences de l'autre palier, tandis que les seconds supposent qu'une loi ou une disposition législative contestées ont des conséquences importantes sur les compétences dont ne dispose pas l'autorité qui les a adoptées⁹⁹. Dans ce contexte, des empiètements accessoires raisonnables peuvent être acceptés et donc jugés valides s'ils sont utiles ou nécessaires, selon le cas, à la mise en œuvre efficace et complète de lois, règlements ou décisions valides¹⁰⁰.

Or, comme le soulignait la Cour dans *Comeau* à propos de l'article 121 LC 1867, « [l']interdiction d'entraves au commerce interprovincial fait intervenir plusieurs champs de compétences »¹⁰¹, notamment les échanges et le commerce, l'imposition, la propriété et les droits civils, les sanctions provinciales et les matières d'une nature purement locale dans la province¹⁰². L'on pourrait faire une analogie avec l'article 6 de la *Charte canadienne* qui, sauf les exceptions qui y sont prévues, interdit les entraves déraisonnables et disproportionnées à la libre circulation des personnes au Canada¹⁰³, ce que les mesures prises conformément au partage des compétences doivent respecter.

Dans un tel contexte, en application du principe de l'interprétation coordonnée et du principe de subsidiarité, dont le corollaire est l'intérêt national¹⁰⁴, la Cour a choisi l'interprétation favorisant l'équilibre entre les deux paliers et la capacité de chacun d'eux de « traiter efficacement les problèmes qui se posent »¹⁰⁵ et d'« adopter des politiques préventives pour

⁹⁸ *Comeau*, *supra* note 91 aux para 106, 111, 113, voir aussi, en ce sens, aux para 97, 111–12, 114.

⁹⁹ *Lacombe*, *supra* note 45 au para 36.

¹⁰⁰ *Renvoi relatif à la procréation assistée*, *supra* note 97; *General Motors*, *supra* note 97.

¹⁰¹ *Comeau*, *supra* note 91 au para 72.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Voir *Divito c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 RCS 157.

¹⁰⁴ Nous ne faisons pas référence ici à la doctrine des dimensions nationales, mais à l'objectif plus général d'attribuer au Parlement les matières qui nécessitent une perspective globale ou pancanadienne. Voir Erika Arban, « La subsidiarité en droit européen et canadien : Une comparaison » (2013) 56:2 *Can Pub Admin* 219; Eugénie Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? » (2011) 54 *SCLR* (2d) 601.

¹⁰⁵ *Comeau*, *supra* note 91 au para 72.

le bien de leurs citoyens [...], même si l'exercice de ces pouvoirs peut avoir un effet accessoire dans d'autres domaines, comme le transport de biens d'une province à une autre »¹⁰⁶. En effet, l'interprétation constitutionnelle ne saurait avoir pour effet de vider les compétences provinciales de leur essence ou de priver les provinces de leur capacité d'agir pour protéger leur population¹⁰⁷ : « L'interprétation qui fait fi de l'autonomie régionale est tout aussi problématique que celle qui sous-estime la portée de la compétence du gouvernement fédéral. »¹⁰⁸ Comme le soulignait la Cour, « les provinces d'un état fédéral devraient avoir la marge de manœuvre leur permettant de gérer le passage des biens tout en adoptant des lois qui tiennent compte de conditions ou de priorités particulières sur leur territoire »¹⁰⁹.

Si ces motifs valent en ce qui concerne le passage de biens entre les provinces dans un contexte de vie « normal », ils pourraient sans doute être évoqués pour appuyer la validité de mesures transfrontalières prises par des provinces pour éviter la propagation d'une maladie pandémique contre laquelle il n'existe encore aucun remède. Vu la crise sans précédent contemporain que nous connaissons, il n'est pas impossible, en effet, que des tribunaux jugent valides des contrôles interprovinciaux mis en place par des provinces. Certains passages de l'arrêt *Comeau*¹¹⁰ ne sont pas, par ailleurs, sans rappeler ceux qui résument la démarche que la Cour préconisait dans l'arrêt *General Motors* en ce qui concerne la doctrine des pouvoirs accessoires¹¹¹ :

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs [du Parlement]. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit [provincial], et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse. [...]

La dernière question est de savoir si la disposition peut être justifiée du point de vue constitutionnel *en raison de son rapport avec la loi valide*. [...] Pour répondre à cette question, il faut d'abord décider quel critère de « concordance » est

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid* aux para 72, 78–89.

¹⁰⁸ *Ibid* au para 82.

¹⁰⁹ *Ibid* au para 86.

¹¹⁰ *Supra* note 98.

¹¹¹ C'est aussi l'opinion de Malcolm Lavoie, « R. v Comeau and Section 121 of the Constitution Act, 1867: Freeing the Beer and Fortifying the Economic Union » (2017) 40:1 Dal LJ 189 à la p 214, n 108.

approprié à cette décision. Par « concordance », j'entends *dans quelle mesure la disposition est intégrée à l'ensemble de la loi et à quel point elle est importante pour son efficacité*. [...] [nos italiques]¹¹²

Il nous semble donc raisonnable d'affirmer que des contrôles effectués par les autorités policières d'une province adjacente à une province sévèrement affectée par une pandémie pourraient constituer un empiètement rationnel, sinon nécessaire, à l'application des lois provinciales valides sur la santé et la sécurité publiques en application des critères de la doctrine de l'empiètement ou des pouvoirs accessoires. S'il fallait que le gouvernement fédéral appuie ces mesures, comme ce semble avoir été le cas¹¹³, un juge hésiterait d'autant plus à les juger inconstitutionnelles¹¹⁴.

C) Les arguments au soutien d'une compétence fédérale et provinciale partagée

D'autres arguments semblent favoriser une compétence partagée entre le Parlement et les provinces. En effet, dans la mesure où aucune compétence n'a été prévue en ce qui concerne précisément les contrôles transfrontaliers non commerciaux et qu'il s'agit conséquemment d'une matière non attribuée, contrairement aux compétences fédérales sur le commerce et les ouvrages de transports internationaux et interprovinciaux, il en résulte que chacun des paliers devrait pouvoir légiférer sur le sujet à partir de ses compétences propres¹¹⁵. Il s'agirait alors d'une matière de double aspect.

D'ailleurs, le contrôle des passages de citoyens à une frontière interprovinciale en contexte de pandémie fait non seulement intervenir des matières attribuées au Parlement et mentionnées ci-haut au soutien de la compétence fédérale, mais fait également jouer les compétences provinciales sur la propriété et les droits civils¹¹⁶, la santé¹¹⁷ et les questions d'une nature locale¹¹⁸. Les impacts d'une pandémie peuvent

¹¹² *General Motors*, *supra* note 97 aux pp 666–68; voir également les motifs des juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la procréation assistée*, *supra* note 97 au para 189.

¹¹³ La Presse Canadienne, « COVID-19 », *supra* note 11 : « “On recommande aux gens de rester chez eux, de ne pas aller chez les voisins. Ça s'applique aux États-Unis, mais ça s'applique aussi aux provinces avoisinantes”, a répondu M. Trudeau. »

¹¹⁴ *Goodwin*, *supra* note 63 au para 33; *Bande Kitkatla*, *supra* note 63 au para 73; *SEFPO*, *supra* note 62 aux pp 19–20.

¹¹⁵ Voir, par exemple, *Bande Kitkatla*, *supra* note 63 au para 51, en ce qui concerne les compétences du Parlement et des provinces permettant à chacun de légiférer sur la « culture », un domaine que ne prévoit pas la Constitution.

¹¹⁶ LC 1867, *supra* note 13, art 92(13).

¹¹⁷ *Supra* note 54.

¹¹⁸ LC 1867, *supra* note 13, art 92(16).

considérablement varier d'une province à l'autre en fonction d'un nombre important de variables culturelles, démographiques, économiques, politiques et sociales, notamment l'âge et la santé de la population, le type, l'efficacité et la solidité du système de soins de santé, les mesures d'assistance socioéconomiques, etc.

Pour ces mêmes raisons, l'on pourrait avancer que la gestion des frontières interprovinciales ne se prête pas à une compétence fédérale exclusive et englobante sur laquelle les provinces pourraient simplement empiéter de manière accessoire, contrairement aux pistes d'arguments que nous avançons dans les deux sous-sections précédentes. Vu la panoplie d'intérêts nationaux, régionaux et locaux qu'implique cette question, son attribution exclusive au Parlement et au gouvernement du Canada pourrait entraîner un déséquilibre du fédéralisme canadien¹¹⁹ en empêchant des provinces, en temps de crise, de prendre des mesures rapides et essentielles afin de protéger leurs populations, dans un contexte où le gouvernement du Canada pourrait, comme n'importe quel autre gouvernement, manquer de proactivité et de leadership.

Si cette position était retenue par les tribunaux, chaque palier pourrait alors adopter des lois et règlements et prendre des décisions sur cet enjeu à partir de leurs compétences respectives. Le Parlement pourrait intervenir en vertu de ses compétences sur les transports interprovinciaux, sur le commerce ainsi que par la doctrine des dimensions nationales si les contrôles transfrontaliers de personnes étaient considérés comme un sujet suffisamment précis et distinct des compétences provinciales. Les provinces pourraient, quant à elles, agir en la matière via leur vaste compétence sur la santé. En effet, bien que la doctrine des dimensions nationales ait pour effet d'attribuer au Parlement tous les aspects internationaux, interprovinciaux et locaux d'une matière, elle n'exclut pas l'adoption par les provinces de lois et règlements qui portent sur d'autres matières et qui, conséquemment, *ont un caractère véritable différent*. Si la doctrine des dimensions nationales était appliquée pour donner compétence au Parlement sur la matière des frontières interprovinciales, la compétence provinciale sur la santé ne serait donc pas écartée pour autant, sous réserve bien entendu d'un conflit de lois et de la doctrine de la prépondérance fédérale; il pourrait y avoir conflit, par exemple, si une province faisait fi de la fermeture obligatoire des frontières canadiennes imposées par le

¹¹⁹ Par analogie, voir : *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 RCS 189 aux para 102, 110–14 [*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne*]; *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, *supra* note 46 aux para 84–90, 109–11, 124–25; *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213 aux para 64–79, 115–17 [*Hydro-Québec*]; *Crown Zellerbach*, *supra* note 39 aux pp 431–34.

gouvernement fédéral¹²⁰. Il va d'ailleurs sans dire, sur ce point, que l'idéal politico-pratique serait que le gouvernement fédéral exerce un leadership de coordination et rassemble tous les premiers ministres afin d'en arriver à un plan concerté¹²¹. Enfin, ce scénario impliquerait que les tribunaux fassent preuve d'ouverture et de nuance, et reconnaissent que des mesures provinciales poursuivant des objectifs liés aux compétences des provinces ne constituent pas nécessairement une tentative de réglementer une matière de compétence fédérale, ce qu'ils ne font pas toujours relativement, par exemple, aux compétences fédérales vastes sur l'aéronautique et les communications¹²².

3. Le pouvoir de faire des lois pour assurer « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada »

Tout ce qui précède ne pourrait cependant tenir qu'à un fil sur le plan juridique. En effet, par son pouvoir de faire des lois pour assurer la « paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada »¹²³, le Parlement et le gouvernement fédéral disposent du pouvoir constitutionnel d'adopter des lois et règlements dits de « temps de crise »¹²⁴.

Les principes jurisprudentiels encadrant le pouvoir fédéral d'adopter des lois lorsqu'une urgence nationale le justifie ont été résumés et consolidés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* de 1976. Sévissait alors une importante crise économique dans

¹²⁰ [« Frontière fermée : La N.-É. demande une dérogation pour faire venir des médecins », Radio-Canada](#) (9 avril 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1692516/medecin-etrangers-frontiere-derogation-nouvelle-ecosse-covid>. Dans ce dernier cas, on peut voir que la province a respecté la primauté de la décision fédérale de fermer les frontières internationales.

¹²¹ Voir Lina Dib, [« Les premiers ministres discuteront de la fermeture des frontières entre les provinces », La Presse](#) (23 mars 2020), en ligne : <www.lapresse.ca/covid-19/2020-03-23/les-premiers-ministres-discuteront-de-la-fermeture-des-frontieres-entre-les-provinces> : « “Je parlerai avec les premiers ministres des provinces ce soir des mesures que nous pouvons prendre en tant que pays”, a déclaré Justin Trudeau lorsque cette éventualité lui a été soumise, lundi matin, à sa sortie publique quotidienne. “Nous devons continuer d’être coordonnés [...].” ». Sur la collaboration interprovinciale, voir : Stéphanie Chouinard, [« COVID-19 crisis sheds light on blind spot of Canadian federalism: interprovincial collaboration », iPolitics](#) (9 avril 2020), en ligne : <ipolitics.ca/2020/04/09/covid-19-crisis-sheds-light-on-blind-spot-of-canadian-federalism-interprovincial-collaboration/>.

¹²² Comparez, par exemple, les motifs de la majorité de la Cour suprême dans *Rogers*, *supra* note 40, et ceux, plus rigoureux, du juge Gascon à propos du caractère véridique des avis de réserve adoptés par la municipalité.

¹²³ LC 1867, *supra* note 13, art 91, para introductif.

¹²⁴ *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39 aux pp 419–20; *Toronto Electric Commissioners v Snider*, [1925] 2 DLR 5 (PC) à la p 16 [Snider].

les années 1970. Par cette loi, adoptée en 1975 et en vigueur jusqu'en 1979, le Parlement se donnait d'importants pouvoirs économiques empiétant massivement dans des domaines de compétences provinciales exclusives en temps normal¹²⁵. La loi laissait cependant le choix aux provinces de s'y assujettir et, dans les faits, huit d'entre elles avaient fait ce choix. La majorité de la Cour, malgré une dissidence épique du juge Beetz, a jugé que la loi fédérale se rattachait au pouvoir fédéral d'adopter des lois pour parer aux conséquences d'une crise nationale¹²⁶.

Peu de critères juridiques permettent d'encadrer l'exercice de cette compétence fédérale. En effet, afin de ne pas s'immiscer excessivement dans la sphère politique ni juger de l'opportunité politique ou économique des mesures prises par le Parlement, la majorité de la Cour dégagea deux facteurs de rattachement d'une loi à cette compétence, soit l'appréhension raisonnable ou rationnelle de l'imminence d'une crise nationale, sur la base de la preuve présentée, ainsi que la temporalité limitée de la loi ainsi adoptée puisque, par définition, une urgence ou une crise est forcément temporaire¹²⁷. Le fardeau du Procureur général du Canada devant défendre la validité d'une loi en temps de crise n'est donc pas très élevé. Il lui suffira de présenter des preuves scientifiques et empiriques appuyant rationnellement la décision du Parlement¹²⁸, ce qu'une preuve scientifique tout aussi solide appuyant la position inverse ne permettrait sans doute pas de rendre invalide. En effet, les tribunaux éviteraient vraisemblablement de s'immiscer dans un débat d'experts et le fardeau de la preuve appartient à celui ou celle qui contesterait la validité de la loi fédérale¹²⁹. Comme l'écrivait le juge Ritchie, dans des motifs distincts : « [U]n jugement statuant que la Loi est inconstitutionnelle ne pourrait se justifier que si la preuve démontrait clairement qu'il n'y avait pas de situation d'urgence lorsque la loi a été adoptée. »¹³⁰ Il est, par ailleurs, difficile d'évaluer à l'avance la durée d'une crise qui peut durer de quelques mois à plusieurs années, ce qui est d'autant plus vrai lorsque la loi est adoptée ou appliquée, et contestée, dans les premiers moments d'une urgence nationale.

Contrairement à la doctrine de l'intérêt national qui découle aussi du pouvoir de faire des lois pour assurer « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada », la doctrine de l'urgence n'implique, à ce jour, aucun critère de proportionnalité ou de raisonabilité de l'empiètement fédéral sur des compétences provinciales. En vertu de la

¹²⁵ *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39 aux pp 440–41, voir aussi aux pp 381–83.

¹²⁶ *Ibid* aux pp 392–440.

¹²⁷ *Crown Zellerbach*, *supra* note 39 aux pp 431–32; *Ibid* aux pp 425–26, 436–37.

¹²⁸ *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39 aux pp 423–24.

¹²⁹ *Ibid* à la p 425.

¹³⁰ *Ibid* à la p 439.

doctrine des dimensions nationales, en effet, la matière sur laquelle le Parlement souhaite intervenir doit être suffisamment précise, distincte des compétences provinciales exclusives et dépasser les stricts intérêts locaux, sans quoi il pourrait y avoir un important déséquilibre dans le partage des compétences¹³¹. Pour cette raison, même si la jurisprudence du Conseil privé comporte des passages suggérant qu'une épidémie soit d'intérêt national¹³², la perspective d'une compétence fédérale exclusive et indivisible pour lutter contre une pandémie serait plutôt difficile à défendre aujourd'hui compte tenu de toutes les facettes et aspects différents que comporte une telle problématique qui constitue, en réalité, un agrégat de plusieurs compétences différentes¹³³. D'ailleurs, les affaires dans lesquelles le Conseil privé suggérerait qu'une pandémie soit, sur le plan constitutionnel, d'intérêt national¹³⁴, ont été rendues alors qu'aucune distinction nette n'existait encore, contrairement à leurs conceptions modernes, entre la doctrine de l'intérêt national et la doctrine de l'urgence nationale¹³⁵. En tant que matière très large, la lutte à une pandémie ne se prête donc pas bien à l'application de la doctrine des dimensions nationales; cela n'empêche pas que certains volets plus précis de cet enjeu, comme les frontières interprovinciales, soient considérés comme d'intérêt national, tel que nous l'avons vu dans la partie 2.

Comme l'a montré la crise de la COVID-19, les moyens pour enrayer ou contrôler une pandémie sont très variés. La fermeture des écoles, la fermeture des commerces non essentiels, la fermeture des salles à manger de restaurants, le confinement forcé de certains groupes de personnes (les plus de 70 ans, celles présentant des symptômes apparentés au virus ou qui reviennent de voyages à l'étranger), l'interdiction des rassemblements, les limites aux déplacements interrégionaux dans une même province, les limites aux déplacements internationaux et interprovinciaux, les interventions dans les centres pour personnes âgées, la gestion des pénitenciers et des hôpitaux, en particulier le secteur des urgences, l'intervention de l'armée, le soutien aux travailleurs, le développement d'un vaccin ou de médicaments pour enrayer ou limiter les dégâts physiques causés par un virus, sont autant de moyens qui ont été mis en œuvre par les gouvernements provinciaux et fédéral lors de la crise de la COVID-19. Nous voyons mal comment toutes ces mesures pourraient être centralisées

¹³¹ *Crown Zellerbach*, *supra* note 39 aux para 37–40. Par analogie, voir aussi : *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne*, *supra* note 119; *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, *supra* note 46.

¹³² Gammon, *supra* note 41 aux pp 14–15.

¹³³ *Ibid* aux pp 14–21.

¹³⁴ Voir, notamment : *Ontario (AG) v Canada Temperance Federation*, [1946] AC 193 (PC) aux pp 205–07.

¹³⁵ *Crown Zellerbach*, *supra* note 39 aux pp 423–34. Voir aussi l'exposé détaillé rédigé par le juge Laskin dans le *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39 aux pp 392–419.

entre les mains du gouvernement fédéral qui ne dispose pas de la proximité suffisante pour agir efficacement sur le plan microterritorial. La doctrine des dimensions nationales ne sied donc pas bien de manière générale à tous les volets d'un contexte pandémique, comme elle n'est pas appropriée en ce qui concerne la préservation de la qualité de l'environnement au sens large et la protection de la santé et de la sécurité des Canadiens en contexte de dégradation environnementale, ou la lutte contre une crise inflationniste¹³⁶.

En revanche, la doctrine de l'urgence se prête tout à fait, sur le plan juridique, à une intervention fédérale unilatérale et centralisée sur tous les aspects d'une pandémie, ce qui ne veut pas dire que cela est nécessairement judicieux pour autant sur les plans économiques, politiques et sanitaires. La jurisprudence a déjà reconnu, en effet, que ce pouvoir permettait au Parlement de légiférer afin de prévenir ou de réagir à une pandémie ou une crise sanitaire¹³⁷. Cependant, comme la doctrine de l'urgence ne comporte aucune exigence de proportionnalité, il faut être très prudent avant de s'en prévaloir. Il est, en effet, acquis que cette doctrine permet, ni plus ni moins, de suspendre le partage des compétences en temps de crise et de prendre au niveau fédéral des décisions qui vont bien au-delà des compétences attribuées en temps normal par la Constitution¹³⁸.

Cela dit, au moment d'écrire ces lignes, le Canada était plongé en pleine crise de la COVID-19 depuis plus de deux mois et le gouvernement canadien n'avait toujours pas eu recours à la *Loi sur les mesures d'urgence*. Cela montre, en partie, la prudence du gouvernement fédéral face à cette compétence dont l'existence est certes justifiée, mais dont l'utilisation aveugle pourrait créer plus de tort que de bien¹³⁹. Cette prudence s'explique aussi par les pouvoirs limités que la loi donne au gouvernement ainsi que par les balises qu'elle impose à son exercice afin de préserver

¹³⁶ *Hydro-Québec*, *supra* note 119 aux para 64-79, 115-17; *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39 aux pp 437, 442-59.

¹³⁷ Voir, notamment : *Snider*, *supra* note 124 à la p 16 ; Jackman, *supra* note 54 aux pp 102-03.

¹³⁸ *Renvoi anti-inflation*, *supra* note 39 à la p 463, voir aussi aux pp 407-08, 437.

¹³⁹ Mathen, *supra* note 42. Voir aussi : Hélène Buzzetti et Marie Vastel, « [Toujours pas de Loi sur les mesures d'urgence à Ottawa](#) », *Le Devoir* (10 avril 2020), en ligne : <www.ledevoir.com/politique/canada/576834/point-de-presse-trudeau-10-avril> :

« La Loi sur les mesures d'urgence a des exigences assez intenses et assez formelles au niveau des consultations, a-t-il expliqué, et on est en train de les suivre au cas où on aurait besoin un jour d'invoquer la Loi sur les mesures d'urgence. On n'en a pas besoin maintenant et on espère ne pas en avoir besoin. » M. Trudeau a même ajouté que « ce serait certainement une préférence » de ne pas avoir à l'utiliser. Selon M. Trudeau, « la collaboration continue et même s'améliore entre les provinces ».

l'autonomie provinciale, la souveraineté parlementaire et les droits et libertés fondamentaux¹⁴⁰.

En effet, non seulement son préambule prévoit que les mesures prises doivent l'être conformément à la *Charte canadienne*¹⁴¹, mais la loi montre un souci marqué pour la démocratie parlementaire¹⁴² et le respect, autant que faire se peut, des compétences provinciales. La loi accorde ainsi au gouvernement fédéral des pouvoirs pour intervenir en temps de « crise nationale », laquelle « résulte d'un concours de circonstances critiques à caractère d'urgence et de nature temporaire, auquel il n'est pas possible de faire face adéquatement sous le régime des lois du Canada »¹⁴³. La liste des pouvoirs attribués au gouvernement est toutefois relativement précise. Celui-ci peut, notamment, contrôler tout déplacement à l'intérieur du Canada afin de protéger la santé et la sécurité des citoyens, ordonner l'évacuation de personnes, régir la distribution des denrées, ressources et services essentiels, verser des paiements d'urgence, mettre sur pied des abris ou des hôpitaux d'urgence et réparer les dommages causés à tout ouvrage ou entreprise ainsi qu'à l'environnement¹⁴⁴, exception faite des services provinciaux et municipaux de police sur lesquels le gouvernement fédéral n'a aucune prise¹⁴⁵.

Par ailleurs, en temps de paix, le gouvernement ne peut recourir aux pouvoirs prévus par la loi que si l'événement met « gravement en danger la vie, la santé ou la sécurité des Canadiens et échappe à la capacité ou aux pouvoirs d'intervention des provinces »¹⁴⁶. Une crise « comportant le risque de pertes humaines et matérielles, de bouleversements sociaux ou d'une interruption de l'acheminement des denrées, ressources et services essentiels », notamment les « maladies affectant les humains »¹⁴⁷, permet au gouvernement de faire une déclaration de sinistre¹⁴⁸. Cette déclaration doit identifier sommairement la menace en question ainsi que les mesures jugées nécessaires pour y faire face¹⁴⁹, et ne peut être faite qu'après que les provinces directement touchées aient été dûment consultées¹⁵⁰. Et si le sinistre n'affecte qu'une seule province, le gouvernement fédéral ne peut

¹⁴⁰ Colleen M Flood et Bryan Thomas, « The Federal Emergencies Act: A Hollow Promise in the Face of COVID-19? » dans Flood et al, dir, *supra* note 36.

¹⁴¹ *Loi sur les mesures d'urgence*, *supra* note 70, préambule, 3^e attendu.

¹⁴² St-Hilaire, « Réponse à Martine Valois », *supra* note 70.

¹⁴³ *Loi sur les mesures d'urgence*, *supra* note 70, art 3.

¹⁴⁴ *Ibid*, art 8.

¹⁴⁵ *Ibid*, art 9.

¹⁴⁶ *Ibid*, art 3(a).

¹⁴⁷ *Ibid*, art 5 « sinistre ».

¹⁴⁸ *Ibid*, art 6.

¹⁴⁹ *Ibid*, art 6(2).

¹⁵⁰ *Ibid*, arts 6(1), 14(1).

recourir à la loi que si le gouvernement provincial lui en fait la demande, en lui indiquant que la situation « échappe à la capacité ou aux pouvoirs d'intervention de la province »¹⁵¹. La loi impose aussi une durée limitée à la déclaration de sinistre, des formalités de renouvellement, un contrôle et un suivi parlementaire serré ainsi que des obligations d'imputabilité au gouvernement envers le Parlement¹⁵².

Comme nous pouvons le constater, la *Loi sur les mesures d'urgence* ne constitue pas une panacée pour ceux et celles qui préconisent une intervention fédérale forte et unificatrice face à la pandémie. Il faudrait donc, pour ce faire, que le Parlement modifie la loi pour élargir ses pouvoirs, ce qui en contexte minoritaire aurait vraisemblablement peu de chance de succès.

Conclusion

Le fédéralisme canadien et ses principes ou doctrines, selon le cas, de l'interprétation coordonnée, du coopératisme, de l'exclusivité, du double aspect, de la prépondérance fédérale, des pouvoirs accessoires, de la subsidiarité et son corollaire l'intérêt national, n'amènent pas toujours de réponse nette et prévisible aux différents enjeux contemporains, dont l'appréhension est complexe et nécessite une multitude d'actions par plusieurs paliers législatifs et gouvernementaux. La sécurité civile et la santé publique, entre autres, sont des domaines de compétences qui n'ont pas été prévus par le constituant de 1867. Le Parlement et les provinces peuvent conséquemment intervenir sur différents aspects de ces problématiques.

Certains considèrent le fédéralisme et son partage des compétences comme un modèle inefficace, en particulier lorsque vient le temps d'éviter les risques que posent à la santé de la population une pandémie et un virus contre lequel il n'existe encore aucun vaccin¹⁵³. La centralisation est alors parfois perçue comme le remède au fractionnement des domaines d'interventions que nécessitent des mesures pour lutter contre la crise qui menace les citoyens. Le contraire peut cependant être aussi vrai. La centralisation est loin d'assurer dans tous les cas la sécurité et la santé des citoyens, en particulier lorsque le législateur ou le gouvernement—provincial comme fédéral—qui dispose d'une compétence exclusive vaste sur une matière néglige ses responsabilités ou sous-estime le risque que

¹⁵¹ *Ibid*, art 14(2).

¹⁵² *Ibid*, notamment arts 10, 14, 58–63.

¹⁵³ Attaran et Wilson, *supra* note 30; Amir Attaran et Adam Houston, « Pandemic Data Sharing: How the Canadian Constitution Turned Into a Suicide Pact » dans Flood et al, dir, *supra* note 36.

pose une pandémie qui sévit outre-mer. Il ne faut pas, non plus, surestimer la capacité du gouvernement fédéral de gérer efficacement une crise dont l'impact peut considérablement varier d'une région à une autre d'un pays vaste comme le Canada. Comme le soulignent de manière nuancée Fierlbeck et Hardcastle, bien que des leçons soient à tirer de la réponse canadienne à la COVID-19, le pays a su tirer profit des crises du SRAS et du H1N1, et le fédéralisme comporte certains avantages face à ce type d'enjeu :

While the need to coordinate pandemic management is even greater now than in previous outbreaks, Canada has been able to use its experiences of pandemic planning in 2003 and 2009 to grapple with the full force of COVID-19 across numerous jurisdictions. Yet collaboration and coordination are not the same as harmonization. The natural advantage of a federal system rests not only in its receptiveness to local interests, but also in the flexibility it affords some jurisdictions to see opportunities and take risks that others are unwilling to countenance. The multi-stage process of re-opening provincial economies, for example, is a natural experiment that will afford a much deeper understanding of policy effectiveness.¹⁵⁴

S'il est théoriquement concevable que des mesures centralisées puissent être efficaces, la réalité est parfois différente. Au Québec, il est arrivé que des personnes impliquées dans le milieu de la santé fassent remarquer la disparité entre la situation sur le terrain et ce que la ministre de la Santé affirmait en point de presse. Cet écart entre des objectifs, standards ou normes théoriques et le monde vécu pourrait n'être qu'exacerbé si la gestion d'une pandémie reposait surtout entre les mains du gouvernement central. Malgré ses défauts, le fédéralisme canadien nous semble ainsi favoriser une décentralisation harmonieuse et un juste équilibre entre des compétences fédérales et provinciales, dans l'intérêt du bien commun des citoyens¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Fierlbeck et Hardcastle, *supra* note 36. En ce qui concerne la réponse canadienne à la COVID-19, voir aussi : Robert Schertzer et Mireille Paquet, « [How well is Canada's intergovernmental system handling the crisis?](#) », *Options politiques* (8 avril 2020), en ligne : <policyoptions.irpp.org/magazines/april-2020/how-well-is-canadas-intergovernmental-system-handling-the-crisis/>.

¹⁵⁵ *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 43 au para 22.