Document generated on 08/13/2025 6:28 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

Le droit international, la souveraineté du Canada et le « rapatriement » de la Constitution canadienne

Jacques Frémont

Volume 1, 1984

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1101581ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1101581ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this document

Frémont, J. (1984). Le droit international, la souveraineté du Canada et le « rapatriement » de la Constitution canadienne. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *1*, 327–343. https://doi.org/10.7202/1101581ar

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1984

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Le droit international, la souveraineté du Canada et le « rapatriement » de la Constitution canadienne

Les débats qui ont entouré le « rapatriement » [1] de la Constitution canadienne, au début des années 1980, ont été nombreux et, trop souvent, délibérément placés sous le signe de la confusion. Parmi les confusions qui existaient à cette époque et qui ont survécu à cette étape importante de l'histoire constitutionnelle canadienne, on retrouve celle du rôle — ou de l'absence de rôle — du droit international au sein de la problématique déterminée par ce rapatriement. On a en effet discuté, tant au cours des débats qui ont précédé l'adoption du *Canada Act* de 1982 [2] par le Parlement du Royaume-Uni [3], que dans certains écrits subséquents [4], de la question de savoir dans quelle mesure le droit international était applicable.

---

1. Nous utiliserons le terme maintenant consacré de « rapatriement » tout au long de cette chronique, malgré son inexactitude. En effet, on ne peut rapatrier que la personne ou l'objet qui, à un moment ou un autre, a déjà eu une « patrie », ce qui n'était pas le cas pour la Constitution canadienne. Voir G. FAVREAU, *The Amendment of the Constitution of Canada* (1965), p. 50.
2. 1982, c. 11 (R.-U.).
3. Voir *inter alia*, UNITED KINGDOM, HOUSE OF COMMONS, FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE, Session 1980-81, *British North America Acts: The Role of Parliament, First Report*, vol. I, pp. XLV *et ss*, par. 85-90; J. CHRÉTIEN, *Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada* (Gouvernement du Canada, 1981), par. 77-80.
4. Voir *inter alia*, E. MCWHINNEY, « International Law and the "Patriation" of the Canadian Constitution », (1983) 21 *A.C.D.I.* 294 et *Canada and the Constitution, 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights* (1982), pp. 66-68, 119; L.L. HERMAN, « International Aspects of Patriation », (1982) 31 *U.N.B.L.J.* 69.

Le but du présent commentaire n'est certes pas d'examiner cette question de façon exhaustive, mais plutôt de contribuer à dissiper la confusion qui peut subsister sur ce sujet à la suite du rapatriement de la Constitution canadienne. À cette fin, nous examinerons successivement l'état de la souveraineté du Canada avant l'adoption du *Canada Act* de 1982 par le Parlement du Royaume-Uni et le processus du rapatriement lui-même, plus particulièrement par rapport à ses aspects de droit international et de droit colonial. Cet examen nous amènera en conclusion à nous interroger sur la technique de rapatriement utilisée et sur les conséquences de celle-ci sur la « nouvelle » souveraineté constitutionnelle du Canada.

I. — LA SOUVERAINETÉ DU CANADA AVANT LE *CANADA ACT* DE 1982

À l'occasion des débats qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne, il y a fort à parier qu'une majorité de Canadiens ont été étonnés d'apprendre que « leur constitution » se trouvait encore au Royaume-Uni. Il s'agissait certes là des vestiges anachroniques d'une époque coloniale pourtant bien révolue ; la Cour suprême du Canada parlera d'une « anomalie » [5]. Quoi qu'il en soit, s'il y avait longtemps qu'en pratique la souveraineté du Canada était acquise tant au plan international qu'au plan interne, il convient de rappeler une fois de plus les principales étapes qui ont graduellement mené à ce statut quasi souverain du Canada à la veille du rapatriement de sa Constitution.

Le *British North America Act* (maintenant appelé *Loi constitutionnelle de 1867*) constituait, on le sait, la loi fondamentale du Canada avant 1982. Or, si cette loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée en 1867 autorisait le Parlement fédéral et les législatures provinciales à légiférer dans leurs domaines de compétences respectifs, leurs législations demeuraient néanmoins sujettes à l'article 2 du *Colonial Laws Validity Act de 1865* qui rendait nulle et sans effet toute disposition non conforme (*repugnant*) aux lois britanniques applicables aux colonies. C'est notamment ce qui explique que le Canada ne pouvait de lui-même amender sa Constitution et devait recourir au Parlement impérial pour ce faire.

Dès 1923, ce statut colonial n'a cependant pas empêché le Canada d'affirmer sa souveraineté au plan international, spécialement par la

5. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 774.

négociation du Traité sur le flétan [6] ; en fait, le Canada aurait acquis sa souveraineté internationale au courant de la période se situant entre sa signature du Traité de Versailles en 1919 et l'adoption par le Parlement impérial du *Statut de Westminster* en 1931 [7]. C'est à l'occasion de la Conférence impériale de 1926 qu'un statut égalitaire fut conféré par la Grande-Bretagne aux *dominions*, y compris le Canada ; c'est alors que la célèbre déclaration de Balfour fut adoptée : le Royaume-Uni et les *dominions* « sont des États autonomes au sein de l'Empire britannique, jouissant d'un statut égal, n'étant en aucune manière subordonnés les uns aux autres, ni dans leurs affaires internes, ni dans leurs relations extérieures [8]. Si cette déclaration constitue sans contredit le point charnière à partir duquel on a reconnu au Canada sa pleine souveraineté, il faudra attendre la conférence de 1929 sur la législation des *dominions* et la Conférence Impériale de 1930, avant que cette déclaration conventionnelle de souveraineté n'acquierre finalement un statut juridique, par le biais de l'adoption en 1931 du *Statut de Westminster.*

À cette époque, ce statut de pleine souveraineté que le Parlement impérial se préparait à consentir au Canada soulevait toutefois une difficulté de taille, celle pour celui-ci de se doter d'une procédure autochtone de modification de sa Constitution ; devant l'impossibilité de s'entendre à ce sujet, les délégués fédéraux et provinciaux résolurent, à l'occasion d'une conférence fédérale-provinciale tenue au printemps de 1931, de demander au Royaume-Uni que « ... rien dans la législation proposée [le Statut de Westminster] ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930... » [9]. C'est ainsi que le Canada s'est trouvé à demander expressément de ne pas acquérir le statut de pleine souveraineté constitutionnelle qu'on lui offrait et c'est pourquoi le *Statut de Westminster* de 1931 a maintenu — mais n'a fait que maintenir — à son article 7(1) le pouvoir que possédait déjà le Parlement du Royaume-Uni de modifier la Constitution canadienne. Par ailleurs, celui-ci, par le biais du *Statut de Westminster*, « une loi d'une importance

6. *Id.*, p. 802.
7. *Reference Offshore Mineral Rights*, [1967] R.C.S. 792, à la p. 816.
8. Cmd. 2768, novembre 1926, p. 14, tel que cité dans CHRÉTIEN, *supra*, note 3, p. 5.
9. *Débats de la Chambre des communes*, Compte-rendu officiel (Hansard), 2e session, 17e législature, vol. 3, 1931, p. 3192 (30 juin 1931) : « ... *nothing in the proposed act should be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Act of 1867 to 1930...* »

constitutionnelle fondamentale», selon Lord Jowitt [10], conférait au Canada — sous réserve de la limite déjà mentionnée — sa pleine souveraineté, en rendant désormais inapplicable à ses lois le *Colonial Laws Validity Act* d'une part et, d'autre part, en s'engageant à ne plus légiférer à son égard sans sa demande et son consentement [11]. Il nous faut donc conclure sur ce point qu'en 1931 le Canada s'est vu officiellement reconnaître sa souveraineté tout en conservant le *statu quo ante*, c'est-à-dire, pour reprendre l'expression de la Cour suprême, qu'on laissait les modifications du *British North America Act* dans la situation qui prévalait alors, à savoir, sous l'autorité législative du Parlement du Royaume-Uni qui demeurait, à cet égard, intacte [12].

À partir de cette époque, la souveraineté de l'État canadien n'a donc fait que continuer à se manifester aussi bien au plan interne qu'au plan international. Elle fut une fois de plus reconnue de façon non équivoque par le Comité judiciaire du Conseil privé (Chambre des Lords) lorsque le Canada, à la fin des années quarante, abolit les recours à cette instance judiciaire et conféra à la Cour suprême du Canada le statut de cour de dernière instance. À cette occasion, après avoir rappelé qu'il « serait contraire à l'ensemble et à l'économie de la loi [le *Statut de Westminster*] de prétendre que le Canada n'a pas reçu intégralement le pouvoir de se gouverner lui-même sur le plan interne » [13], Lord Jowitt conclut que l'abolition des appels au Conseil Privé « ... est, en fait, un élément essentiel du *self-government* du *Dominion*, puisqu'il doit être en mesure de garantir à tous ses citoyens l'application uniforme de la loi par le moyen de ses propres tribunaux » [14].

C'est ainsi qu'on ne pouvait entretenir de doutes sur la plénitude de la souveraineté canadienne au plan international à la veille du rapatriement au Canada de sa Constitution, puisque celui-ci possédait la compétence exclusive sur la population et son territoire et était pleinement responsable de ses obligations en vertu du droit international, qu'il

10. *A.G. for Ontario* v. *A.G. for Canada*, [1947] A.C. 127, à la p. 148: « *an Act of transcendent constitutional importance* ».
11. 22 Geo. V. c. 4 (R.-U.), art. 2, 4.
12. *Supra*, note 5, p. 794.
13. *Supra*, note 10, p. 150.
14. *Id.*, p. 154: « *[I]t would be subversive of the entire scheme and policy of the Act [the Statute of Westminster] to assume that any point of internal self-government was withheld from Canada* ». L'abolition des appels « *is, in fact, a prime element in the self-government of the Dominion, that it should be able to secure through its own courts of justice that the law should be one and the same for all its citizens* ».

s'agisse de droit coutumier ou de traités. La Cour suprême disait récemment à cet égard :

> Le dernier signe de soumission, le besoin de recourir au Parlement britannique pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, bien que préservé par le Statut de Westminster, ne comporte aucune diminution du pouvoir du Canada en droit international et en droit constitutionnel canadien, d'affirmer son indépendance en matière de relations extérieures, que ce soit avec la Grande-Bretagne ou d'autres pays [15].

Toujours au plan du droit international, un certain parallèle pouvait alors être tracé entre la situation du Canada, dont la Constitution résidait toujours au Royaume-Uni, et celle du Maroc que la Cour internationale de Justice a considéré comme souverain alors qu'il était toujours formellement un protectorat français [16]. En général, les relations entre le Canada et le Royaume-Uni étaient donc, à la veille du rapatriement, essentiellement régies par le droit international. Mais, en matière d'amendement constitutionnel, elles étaient aussi régies par les conventions du Commonwealth et surtout par le pouvoir résiduaire de légiférer du Parlement impérial réservé par l'article 7(1) du *Statut de Westminster.*

Au plan des conventions du Commonwealth, il était manifeste et prévisible que les relations interétatiques des États membres du Commonwealth soient profondément influencées par la déclaration de Balfour de 1926. À partir de ce moment, les conventions constitutionnelles du Commonwealth ont évolué rapidement et ont pris de plus en plus l'allure de « règles émergentes de droit international » [17], puisqu'elles régissaient désormais les relations entre des États égaux, souverains et non soumis les uns aux autres; leur fondement constitutionnel est l'indépendance des anciennes colonies britanniques [18], et une des règles cardinales est celle consacrée par l'article 4 du *Statut de Westminster*, qui veut que le Parlement du Royaume-Uni s'abstienne de légiférer à l'égard d'un *dominion*, à moins que celui-ci ne le demande et n'y consente expressément. Cette convention du Commonwealth s'appliquait donc au moment du rapatriement de la Constitution canadienne.

Ce qu'il nous est cependant impossible de faire, c'est de conclure que cette convention — qui, répétons-le, est essentiellement de la nature

15. *Supra*, note 5, p. 802.
16. *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, Arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176.
17. R.T.E. LATHAM, *The Law and the Commonwealth* (1949), p. 595.
18. *Supra*, note 5, p. 880.

d'une règle de droit international — concernait spécifiquement et régissait, au-delà des termes explicites de l'article 7 du *Statut de Westminster*, les relations entre le Parlement impérial et le Canada à l'occasion du rapatriement. Autrement dit, dans le cas d'un amendement à la Constitution canadienne ou de son rapatriement, les relations entre le Canada et le Royaume-Uni ne pouvaient être fondées — en dépit des conventions du Commonwealth — que sur le pouvoir résiduaire que possédait toujours le Parlement du Royaume-Uni. Conclure autrement, comme l'ont fait certains [19], aurait eu pour conséquence de forcer Westminster à adopter une législation relative à un autre pays, ce qui aurait pour effet manifeste, en vertu du droit international et des conventions du Commonwealth, de forcer le Royaume-Uni, État souverain, à s'ingérer de façon grossière dans les affaires d'un autre État souverain, le Canada. La problématique juridique du rapatriement de la Constitution canadienne devait donc presque exclusivement être réglée en fonction du caractère particulier du lien juridique subsistant entre le Canada et le Royaume-Uni, c'est-à-dire par des relations d'une nature essentiellement coloniale. Il serait cependant irréaliste de ne pas tenir compte de l'importance que certaines normes du droit international ont pu avoir à l'occasion du rapatriement de la Constitution canadienne.

II. — LE PROCESSUS DU « RAPATRIEMENT »

A. — Rappel des événements

Il serait fastidieux à l'occasion du présent commentaire de reprendre en détail les divers événements qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne, le 17 avril 1982. Qu'il nous soit cependant permis, afin d'assurer une meilleure compréhension des propos qui suivront, de rappeler la séquence des événements. À la suite du référendum québécois de mai 1980, le gouvernement fédéral a déclenché une ronde de consultations constitutionnelles devant mener, en septembre 1980, à une conférence des premiers ministres où la question du rapatriement de la Constitution est à l'ordre du jour. Comme le désormais célèbre document « For ministers' eyes only » divulgué par les média nous l'apprendra juste avant la conférence, la décision du gouvernement fédéral de procéder unilatéralement à la modification de

19. *Voir* HERMAN, *loc. cit. supra*, note 4, p. 85.

la Constitution canadienne, puis à son rapatriement, était déjà prise et il ne s'agissait que de s'assurer, au cours de la conférence, que les provinces ne feraient pas front commun à l'encontre du projet fédéral, ce qui fut obtenu sans difficulté. Dès lors, et pendant que le projet de résolution fédérale était examiné par le Parlement canadien, un « Select Committee » de la Chambre des communes de Londres se préparait à la venue de la demande canadienne en produisant, dès décembre 1980, un rapport mieux connu sous le nom de « rapport Kershaw », du nom de son président. En bref, ce rapport, d'une tenue intellectuelle tout à fait remarquable, rappelait aux parlementaires britanniques leur responsabilité à l'égard de la modification et du rapatriement de la Constitution canadienne, dans un contexte où huit des dix provinces s'y opposaient. Le gouvernement fédéral, sous la plume de son Procureur général, réagit vigoureusement au rapport Kershaw dans un document intitulé « Le rôle du Parlement du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution canadienne », document d'une qualité très inférieure à celle du rapport Kershaw. Devant les difficultés rencontrées à Londres et au Canada, le gouvernement fédéral décide alors d'attendre le jugement de la Cour suprême du Canada sur la validité constitutionnelle de la résolution avant de la faire suivre à Londres. C'est le 28 septembre 1981, par un jugement majoritaire, que la Cour décide, d'une part, que rien ne peut *légalement* empêcher le Parlement du Canada d'adopter la résolution et de la faire suivre à Westminster, mais, d'autre part, que l'adoption de la résolution « sans un degré appréciable » de consentement des provinces serait *inconstitutionnelle au sens conventionnel.* C'est dans ce contexte qu'une nouvelle conférence fédérale-provinciale fut convoquée pour le début de novembre 1981 et qu'un « compromis » fut atteint à cette occasion ; seul le Québec, qui avait été soigneusement tenu à l'écart des tractations nocturnes, n'a pu souscrire à la résolution fédérale, qui fut par la suite transmise à Londres. Le Comité Kershaw, dans un rapport supplémentaire, tout comme le gouvernement britannique, recommanda alors l'adoption de la résolution canadienne, ce qui fut fait en mars 1982 sous le nom de *Canada Act, 1982.*

B. — Les États, les gouvernements et les parlements en présence

Il est difficile, sinon impossible, d'expliquer et de comprendre les interactions entre le droit international et le rapatriement de la Constitution canadienne sans tout d'abord examiner le statut des « acteurs » en présence. À la base de la problématique, on retrouve deux États

souverains, membres à part entière de la communauté internationale, et entretenant entre eux des relations diplomatiques cordiales où les parlements n'ont que peu à dire en fin de compte.

Cependant, dans le dossier du rapatriement, les relations interétatiques étaient fondées non pas sur les règles diplomatiques habituelles, mais bien sur la compétence que possédait toujours le *Parlement* de Westminster en vertu de l'article 7(1) du *Statut de Westminster* de 1931. De plus, l'usage constitutionnel voulait que les demandes de modification à la Constitution canadienne fussent adoptées par voie de résolution du *Parlement* du Canada, c'est-à-dire de la Chambre des communes et du Sénat. Nous avions donc fondamentalement affaire à des relations entre les Parlements canadien et britannique, relations qui ne pouvaient formellement avoir lieu que par le biais, d'une part, des *gouvernements* canadien et britannique entre eux, au plan diplomatique, et, d'autre part, de Sa Majesté la Reine du Canada (et de son représentant le Gouverneur général) avec Sa Majesté la Reine du Royaume-Uni (lesquelles, comme on le sait, forment deux entités juridiques distinctes), au plan constitutionnel. C'est dire que, dans ce contexte, les relations entre les détenteurs effectifs de la souveraineté en matière d'amendements constitutionnels (*i.e.* les parlements) étaient régies par les règles du droit colonial et des conventions constitutionnelles applicables, alors que les relations entre les gouvernements demeuraient de nature essentiellement diplomatique et par conséquent, régies par les règles bien connues du droit international [20]. C'est uniquement examinée sous cet angle que l'articulation entre le droit international et le droit colonial ainsi que les principes qui leur sont applicables peuvent s'expliquer.

C. — Le droit international applicable

Affirmer que le droit international s'est retrouvé au cœur des débats qui ont précédé le rapatriement de la Constitution canadienne serait grossièrement exagérer ce qui n'a été, au fond, qu'un des incidents d'une discussion qui a essentiellement tourné autour de la question du

20. La lecture des recommandations du gouvernement britannique au Parlement en réponse au rapport Kershaw (OBSERVATIONS BY THE SECRETARY OF STATE FOR FOREIGN AND COMMONWEALTH AFFAIRS, *The British North America Acts: The Role of Parliament*, Cmd. 8450, 1981, ainsi que la présentation du *Canada Bill* en deuxième lecture à la Chambre des Lords par Lord Carrington (H.L. PARL. DEB. (U.K.), 18 mars 1982, pp. 756 et ss.) confirment que le gouvernement britannique départageait ainsi très nettement les responsabilités.

rôle du Parlement de Westminster. L'un des experts britanniques entendu par le Comité Kershaw, M.E. Lauterpacht, s'est attaché, dans son mémoire écrit au Comité, à examiner la question des relations entre le Canada et le Royaume-Uni au plan du droit international. Il lui paraissait « artificiel d'aborder la question sous l'angle des rapports entre deux États souverains » et, au sujet de la question des amendements à la Constitution canadienne, il estimait que le Canada « était toujours relié à la Grande-Bretagne par un cordon ombilical, ce fait ne pouvant être ignoré, même en droit international » [21]. C'est en se fondant sur ces prémisses que M. Lauterpacht a ajouté, au plan du droit international, que :

> Il est en conséquence nécessaire de décrire le rapport entre le Royaume-Uni et le Canada au sujet des amendements constitutionnels comme étant gouverné par des ententes participant de la nature des traités, lesquelles sont identiques par leur contenu aux conventions constitutionnelles que le Canada invoque par ailleurs [22].

Dans son témoignage oral devant le Comité Kershaw, M. Lauterpacht a repris cette affirmation afin de démontrer que dans un tel contexte, il ne peut, en droit international, être question d'une ingérence illégale du Royaume-Uni dans les affaires internes du Canada [23].

Cette transposition de la problématique du rapatriement au plan du droit international est essentiellement artificielle et théorique et c'est peut-être avec raison que certains auteurs ont refusé de partager cette idée de « quasi-traité » avancée à titre d'exemple par M. Lauterpacht [24].

---

21. E. LAUTERPACHT, *The question of « Interference in the Domestic Affairs of Canada »*, document no 25/80-81/FM *in* FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE, *supra*, note 3, vol. II, *Minutes of Evidence and Appendices*, p. 115, par. 5 (la traduction est de nous).

22. *Id.*, par. 6 : « *Accordingly, it is necessary to speak of the relationship of the United Kingdom and Canada in respect of constitutional amendment as being governed by understandings akin to treaty which in their content are identical with the constitutional conventions which Canada also invokes.* » Voir aussi les commentaires de M. Lauterpacht à l'occasion de son témoignage oral : *id.*, p. 121, question 151.

23. *Ibid.* ; le point de vue a d'ailleurs été adopté par le Comité Kershaw dans son premier rapport, *supra*, note 3, par. 86.

24. MCWHINNEY, dans *Canada and the Constitution, 1979–82*, *supra*, note 4, pp. 66-67, écrit : « *a "quasi-treaty" is a non-concept, devoid of legal meaning or consequences, and quite incapable of creating any positive law rights of Britain and its Parliament in relation to Canada and its Parliament* ». Voir aussi HERMAN, *loc. cit. supra*, note 4, 82.

Mais si c'est le cas, il faut alors se demander sur quels fondements juridiques en droit international auraient reposé les relations entre le Canada et le Royaume-Uni sur les questions relatives à l'amendement et au rapatriement de la Constitution canadienne. Poser la question revient à y répondre, et nous croyons en fait avoir une fois de plus la preuve que les relations entre le Canada et le Royaume-Uni n'étaient dans ce contexte aucunement fondées sur le droit international. Le caractère anachronique du lien colonial qui subsistait ne pouvait certes justifier, à lui seul, l'abandon du lien juridique impérial pour le remplacer par une règle juridique fondée sur le droit international. En théorie, seules les relations intergouvernementales l'étaient et, en pratique, le furent.

On ne saurait douter qu'une des règles les plus fondamentales du droit international, celle de la non-intervention dans les affaires internes d'un autre État, qui se trouve consacrée par l'article 2(7) de la Charte des Nations Unies, s'appliquait généralement aux relations entre les *gouvernements* canadien et britannique. Il eût été étonnant que, pour des motifs politiques et institutionnels, il en fût autrement à l'occasion de la démarche du rapatriement. Il est tout à fait normal, comme le faisait d'ailleurs observer le Comité Kershaw dans son troisième Rapport [25], qu'officiellement du moins, le gouvernement britannique soit resté « neutre » tout au long du débat, évitant ainsi, bien sûr, à titre de gouvernement, de s'ingérer dans les affaires canadiennes, mais surtout de « se faire coincer entre le marteau et l'enclume ». Quoique cette « neutralité » ait constitué en soi un parti pris dans le contexte du débat, il est manifeste que le gouvernement britannique a accepté que le pouvoir décisionnel ultime appartînt au Parlement de Westminster.

Le respect des règles du droit international s'est par ailleurs manifesté au niveau des modes de communication entre les deux pays. En effet, les canaux diplomatiques usuels ont servi de principal moyen de communication entre les gouvernements des deux États. Cependant, il est remarquable de constater qu'au-delà de ces relations diplomatiques ordinaires, la transmission de la résolution fédérale canadienne elle-même s'est faite par l'intermédiaire du Gouverneur général du Canada à Sa Majesté qui l'a alors transmise à son gouvernement pour dépôt éventuel devant les chambres du Parlement de Westminster. Autrement dit, alors qu'au plan intergouvernemental ces relations seront maintenues

25. HOUSE OF COMMONS, FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE, Session 1981-82, *British North America Acts : The Role of Parliament, Third Report*, p. VIII, par. 11.

à un niveau diplomatique, au plan de la demande d'amendement constitutionnel elle-même, les relations interétatiques ont été menées au niveau impérial par le biais des souverains.

Les règles de droit international se sont par ailleurs appliquées aux communications entre les gouvernements des provinces canadiennes, d'une part, et le gouvernement britannique d'autre part, puisque celui-ci a respecté de façon générale la pratique récemment décrite par la Cour suprême de n'autoriser de telles communications qu'en présence d'un représentant du gouvernement fédéral canadien :

> En outre, puisqu'il existe une dimension internationale et extérieure aux rapports entre le Canada et la Grande-Bretagne, toute communication officielle entre une province ou son lieutenant-gouverneur et le gouvernement du Royaume-Uni ou la Reine doit se faire par l'intermédiaire du gouvernement fédéral ou du gouverneur général [26].

Il convient toutefois de souligner que l'application stricte de cette politique au niveau ministériel n'a dans les faits aucunement empêché des rencontres entre des personnages politiques venant des provinces canadiennes et de hauts fonctionnaires du *Foreign and Commonwealth Office*. Mentionnons par ailleurs que le gouvernement britannique n'a jamais refusé de recevoir directement du représentant du gouvernement du Québec les lettres qu'a adressées au Premier Ministre britannique, Mme M. Thatcher, le Premier ministre du Québec, M. R. Lévesque.

Quoi qu'il en soit, la règle des communications intergouvernementales chapeautées par des représentants du gouvernement fédéral ne s'appliquait évidemment pas aux parlementaires britanniques qui, pour leur part, n'étaient soumis à aucune restriction de quelque nature que ce soit quant aux personnes qu'ils désiraient rencontrer. C'est sans aucun doute ce qui explique l'empressement des délégués des diverses provinces représentées à Londres à porter leur action politique au niveau des parlementaires britanniques plutôt qu'à celui des membres d'un gouvernement peu disposé à les écouter. Rappelons, à cet égard, que les lois britanniques reconnaissent un statut diplomatique particulier aux bureaux des provinces canadiennes et des États australiens représentés à Londres. Cette reconnaissance officielle rappelle d'ailleurs fort éloquemment non seulement leur passé colonial, mais aussi la légitimité de la présence à Londres de ces gouvernements, manifestement afin d'y défendre leurs intérêts politiques, économiques ou autres. Dans ce contexte, il n'aurait pas été impensable de soutenir qu'au lieu de s'en tenir strictement aux

26. *Supra*, note 5, p. 802.

règles du droit international et de la convention générale décrite par la Cour suprême, le *gouvernement* britannique, dans le contexte du dossier du rapatriement de la Constitution canadienne, n'agissait en fait qu'à titre d'organe — non décisionnel certes — du processus canadien d'amendement constitutionnel et qu'à ce titre, rien ne l'empêchait de recevoir directement les représentations des provinces, sans encadrement fédéral, comme cela a d'ailleurs été le cas pour les représentations écrites.

Si les aspects pratiques du droit international se sont, dans les faits, ainsi limités aux relations diplomatiques et aux communications intergouvernementales, il n'en va certes pas de même pour le droit impérial et le droit constitutionnel canadien qui, étroitement liés, ont considérablement influencé le comportement des différents acteurs.

D. — Le droit constitutionnel applicable

Malgré sa position officielle, le gouvernement britannique a, pour sa part, rapidement compris que les parlementaires de Westminster étaient parfaitement conscients que toute décision finale dans ce dossier leur revenait ; c'est sans doute ce qui explique l'hésitation à utiliser la technique du *three-line-whip* en vue d'assurer le passage du *Canada Bill* en Chambre. Quant à l'opinion du gouvernement britannique sur son rôle dans ce cas, il est révélateur qu'il ait reconnu devoir être guidé par les conclusions du jugement de la Cour suprême sur la constitutionnalité de la résolution canadienne : « Le gouvernement estime qu'il doit s'inspirer des décisions majoritaires tant en ce qui concerne la situation juridique qu'en ce qui touche l'existence et la portée des conventions constitutionnelles » [27]. Ce faisant, le gouvernement britannique admettait sans équivoque que les règles constitutionnelles impériales ou canadiennes devaient guider son action et non les principes du droit international. Dans la conclusion de ses recommandations aux parlementaires britanniques, le gouvernement conclut même que Westminster ne possédait aucune obligation d'agir automatiquement à la demande du Canada :

27. OBSERVATIONS, *supra*, note 20, p. 5, par. 7 : « *The Government believe that they should be guided by the majority decisions both as to the legal position and as to the existence and scope of constitutional conventions* ». Voir aussi le par. 10. Le gouvernement rejoignait ainsi l'opinion que le Parlement du Royaume-Uni ne pouvait demeurer insensible aux conventions constitutionnelles canadiennes. Voir FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE, *supra*, note 3, par. 52, 83.

> Cela ne signifie pas que le Parlement du Royaume-Uni est sujet à une obligation légale d'adopter automatiquement toute proposition canadienne qui lui est soumise, mais [les faits en l'espèce] tendent irrésistiblement à suggérer d'accueillir une demande agréée de rapatriement [28].

Cette vision du rôle du Royaume-Uni qui ne possédait aucun devoir d'agir automatiquement à la demande des autorités fédérales canadiennes, était partagée et avait été soutenue avec rigueur par le rapport du Comité Kershaw. Pour celui-ci, cette conclusion ne pouvait faire de doute :

> Il ne serait pas conforme à la position constitutionnelle reconnue que le gouvernement et le Parlement du Royaume-Uni acceptent sans condition l'à-propos de toute demande constitutionnelle en provenance du Parlement canadien [29].

En fait, selon le Comité Kershaw, le Parlement britannique demeurait constitutionnellement « et non pas seulement aux plans juridique ou technique », libre d'évaluer le degré de conformité d'une résolution avec les précédents établis en la matière [30]. Tout en rejetant la règle qui exigerait le consentement de l'unanimité des provinces touchées par un amendement constitutionnel [31], le Comité a proposé comme test que :

> Le rôle fondamental du Parlement du Royaume-Uni en l'espèce est d'établir si une demande représente ou non les souhaits clairement exprimés du Canada dans son entier, tout en gardant à l'esprit la nature fédérale du système constitutionnel canadien [32].

La justesse de cette double conclusion est tout à fait remarquable si on l'évalue à la lumière du jugement ultérieur de la Cour suprême du Canada.

---

28. OBSERVATIONS, *supra*, note 20, par. 13 : « *This does not mean the United Kingdom Parliament is under some legal obligation automatically to enact whatever Canadian proposals are put before it; but it* [les faits en l'espèce] *does point overwhelmingly in the direction of acceeding to an agreed request for patriation.* »
29. FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE, *supra*, note 3, par. 14(6) : « *It would not be in accord with the established constitutional position for the UK Government and Parliament to accept unconditionally the constitutional propriety of every request coming from the Canadian Parliament* ».
30. *Id.*, par. 14(5).
31. *Id.*, par. 14(7).
32. *Id.*, par. 14(8) : « *The UK Parliament's fundamental role in these matters is to decide whether or not a request conveys the clearly expressed wishes of Canada as a whole, bearing in mind the federal character of the Canadian constitutional system* ».

En fait, la position fondamentale du *Select Committee* de la Chambre des communes britannique, était que le « siège effectif » du pouvoir de modifier la Constitution canadienne résidait toujours bel et bien à Londres et non pas à Ottawa, comme le gouvernement fédéral le prétendait au Royaume-Uni [33]. C'est probablement au sujet de cette question du siège effectif du pouvoir de modification de la Constitution canadienne que le jugement de la Cour suprême est si important. Il est manifeste que la décision ultime de modifier la Constitution devait se prendre à Ottawa ou à Londres : elle ne pouvait se prendre ni aux deux endroits à la fois, ni à aucun.

Quoique la Cour suprême du Canada, dans son désormais célèbre avis du 28 septembre 1981, se soit officiellement défendue de statuer sur l'autorité du Parlement britannique ou de ses pratiques et conventions, elle s'est néanmoins trouvée à le faire en concluant que :

> Quoi que le Statut [de Westminster] puisse impliquer relativement aux procédures conventionnelles intracanadiennes, ni [le Statut] ni les procédures dont il découle ne mettent en doute l'autorité juridique entière du Parlement du Royaume-Uni sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique [34].

Le siège souverain de l'amendement constitutionnel résidait donc toujours à Londres et la Cour, bien qu'elle ne pouvait légalement empêcher le Parlement canadien d'adopter une telle résolution, conclut par ailleurs à l'inconstitutionnalité au plan conventionnel d'une telle démarche unilatérale de la part des autorités fédérales. Ce faisant, la Cour se trouvait donc à donner raison au Comité Kershaw quant à la question du rôle du Parlement britannique en matière d'amendement à la Constitution canadienne.

Que le test conventionnel soit celui de savoir si la résolution représentait les vues clairement exprimées du Canada dans le contexte d'une constitution fédérale, comme le Comité Kershaw l'a écrit, ou plutôt, si le principe fédéral veut qu'un « degré appréciable de consentement des provinces » soit requis, comme l'a établi la Cour suprême [35], dans la pratique le résultat revenait au même. Westminster, à titre de Parlement impérial, conservait une responsabilité constitutionnelle claire à l'égard de sa colonie canadienne et l'exercice de cette responsabilité devait s'effectuer non pas en fonction de règles de droit international,

---

33. Voir CHRÉTIEN, *op. cit. supra*, note 3, par. 13.
34. *Supra*, note 5, p. 801. Cette traduction officielle laisse beaucoup à désirer.
35. *Id.*, p. 905.

mais plutôt en fonction des conventions constitutionnelles du Canada et du Commonwealth.

Que conclure au terme de cet examen du processus ayant mené au « rapatriement » de la Constitution canadienne? Tout d'abord que le débat, dans son essence, ne pouvait être régi par les règles du droit international puisque par définition, le Canada était dans la situation « anormale » d'ex-colonie toujours légalement rattachée au Parlement impérial. Ce lien d'une nature toute particulière a forcé le gouvernement et le Parlement britanniques à agir à titre d'organes constitutionnels canadiens et, à ce titre, il est impossible de considérer que l'exercice de cette responsabilité légale et constitutionnelle, à la demande expresse du Canada et avec son consentement, puisse avoir eu pour effet de placer le gouvernement britannique ou Westminster en contravention des règles bien établies du droit international.

Au plan interne canadien, force nous est de constater qu'à la lumière des résultats de la conférence de novembre 1981, le dénouement du processus de rapatriement devenait inévitable. Qu'il nous soit cependant permis de rappeler que la Cour suprême a clairement établi dans son jugement que le nouvel instrument constitutionnel, s'il était adopté, influerait sur l'autorité législative provinciale plus que toutes les modifications constitutionnelles antérieures, modifications pour lesquelles, dans le passé, le consentement des provinces avait toujours et sans aucune exception été demandé et obtenu [36]. En ce sens, l'adoption par Westminster du *Canada Act* de 1982, en dépit du désaccord du Québec, constitue un précédent tout à fait unique, qui, malgré sa validité maintenant techniquement certaine [37], laisse certes songeur quant au poids parfois absolument inacceptable de l'héritage colonial.

* * *

Le choix de la technique utilisée pour rapatrier la Constitution canadienne a été peu discuté. Elle est, en vérité, relativement simple puisque, après avoir adopté la *Loi constitutionnelle de 1982*, le *Canada Act* de 1982 se contente d'énoncer, à son article 2, que « les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne font pas partie du droit du Canada » [38]. Le

36. *Id.*, pp. 897, 887, 893.
37. *Renvoi: Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.
38. *Supra*, note 2, annexe A (version française du *Canada Act*).

Parlement du Royaume-Uni s'interdit donc par cet article de légiférer pour le futur, ce qui, en théorie constitutionnelle du moins, ne l'empêche aucunement de revenir sur sa décision [39]. En parallèle avec cette déclaration d'intention de Westminster, l'article 53(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet, en renvoyant au titre 17 de son annexe, d'abroger « en autant qu'ils s'appliquent au Canada » les articles 4 et 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*, loi qui, en vertu de l'article 52(2) b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, se trouve par ailleurs intégrée dans la « nouvelle » Constitution du Canada.

On peut conclure qu'en choisissant de procéder ainsi, le Canada a délibérément décidé de maintenir la chaîne de la légalité ou, pour reprendre l'expression du ministre de la Justice, d'opter pour « une observation scrupuleuse du principe de la primauté du droit » [40]. Ce choix était en soi paradoxal, puisqu'il se trouvait dans les faits à nier l'indépendance du Canada. En effet, avant 1982 l'État canadien était indépendant ou ne l'était pas : s'il l'était, il n'avait aucun besoin de recourir à un ex-parlement impérial pour affirmer sa souveraineté ; par contre, s'il ne reconnaissait pas lui-même qu'il était indépendant, le Canada devait alors procéder par le biais de la route coloniale, comme il a choisi de le faire. Par là, le Canada a délibérément choisi de commettre un accroc à sa propre souveraineté et s'est donc trouvé dans les faits à nier lui-même son statut d'État souverain. On pourrait aussi soutenir en contrepartie que le Parlement du Royaume-Uni aurait très bien pu, en s'appuyant sur les principes du droit international, refuser de modifier et de rapatrier la Constitution canadienne en ne se reconnaissant tout simplement pas le droit de légiférer pour un autre État souverain.

N'aurait-il pas été plus conforme à la réalité politique et au droit international que le Canada choisît plutôt la voie de la « souveraineté autochtone » ? En effet, en invoquant le caractère complètement désuet du lien impérial, rien n'aurait pu empêcher le Canada d'adopter de façon autochtone le processus de modification de sa Constitution. La rupture de la chaîne de la légalité qui serait alors survenue aurait eu pour effet de fonder sur une véritable *Grundnorm* la Constitution canadienne. À défaut de vouloir effectuer une telle rupture dans la continuité constitutionnelle, on aurait pu envisager d'effectuer le rapatriement de la Constitution canadienne par le biais de l'adoption en parallèle par les Parlements et législatures canadiens et par Westminster

39. *British Coal Corp.* v. *R.*, [1935] A.C. 500, à la p. 520.
40. Voir CHRÉTIEN, *op. cit. supra*, note 3, par. 11.

d'un même texte qui aurait conféré au Canada sa Constitution. C'était d'ailleurs l'approche proposée et acceptée en 1971 au cours de la Conférence constitutionnelle de Victoria [41]. Cette démarche aurait sans doute plus clairement supprimé toutes les ambiguïtés qui peuvent subsister encore aujourd'hui, au lendemain du rapatriement, au sujet de la souveraineté véritable du Canada.

En effet, quoique la question puisse sembler théorique, on peut se demander en vertu de quel principe juridique interne la souveraineté du Canada ne serait désormais plus soumise à celle de Westminster. En d'autres termes, comment les tribunaux canadiens réagiraient-ils si d'aventure le Parlement du Royaume-Uni décidait d'abroger le *Canada Act* de 1982 et de redonner au Canada un plein statut colonial ? Dans le contexte actuel, cette question paraît certes théorique, mais la possibilité d'un rapatriement unilatéral de la Constitution canadienne n'était-elle pas tout aussi constitutionnellement impensable jusqu'au début des années quatre-vingts ?

Jacques FRÉMONT *

41. Secrétariat des Conférences intergouvernementales canadiennes, *La révision constitutionnelle, 1968-71, Rapport du Secrétaire* (1974), pp. 415-418.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, membre du Barreau du Québec.