

LA CONSTITUTION, AU CANADA, EST-ELLE CANADIENNE ?

REMARQUES SUR LE « RAPATRIEMENT » DE 1982

par Julien JEANNENEY

Professeur à l'Université de Strasbourg

Depuis sa thèse devenue classique sur la naissance du pouvoir réglementaire sous la Révolution française¹, Michel Verpeaux a mûrement réfléchi à l'ancrage temporel et à la profondeur historique des mutations constitutionnelles.

Moins familières nous sont leurs dimensions spatiales. Cela se comprend aisément : le droit constitutionnel n'envisage souvent la territorialité — ou l'ancrage territorial — des constitutions que de façon implicite, au nom de l'idée d'une identité supposée entre le territoire et l'État. Si l'on exclut les modalités d'organisation du pouvoir sur le territoire étatique, la question territoriale ne se pose qu'aux marges du droit constitutionnel — à propos, notamment, de l'exercice extraterritorial de fonctions étatiques. Pour le reste, dès lors qu'une population est dotée d'un gouvernement qui exerce ses fonctions constitutionnelles sur un espace donné, il est indifférent, du point de vue du droit constitutionnel, que cette assise territoriale soit large ou réduite, continue ou segmentée, enrichie ou amputée.

1. M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799)*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1991 ; v. égal. id., « Le pouvoir réglementaire sous la Révolution », *Droits*, vol. 17, 1993. 113-124. 113.

Les mutations constitutionnelles dans l'espace, pourtant, sont dignes d'intérêt. Encore faut-il préciser les contours de cette expression, qui peut renvoyer à au moins trois objets.

Le premier d'entre eux est la mutation d'un territoire soumis à une constitution, conduisant à une évolution du champ d'application *ratione loci* de normes constitutionnelles par ailleurs ancrées dans un territoire « stable ».

Le deuxième s'apparente aux influences intellectuelles au nom desquelles des idées ou des dispositions constitutionnelles peuvent être « importées » d'un État à l'autre — phénomène parfois présenté sous l'image d'une « greffe ».

Plus original, le troisième objet correspond à une forme « globale » de mutation constitutionnelle dans l'espace : le déplacement spatial du pouvoir constituant, assimilé à une translation de la constitution elle-même.

De prime abord, l'idée selon laquelle une constitution pourrait être « déplacée » a de quoi dérouter le juriste habitué à l'idée selon laquelle la Nation, ancrée dans un territoire, est intrinsèquement liée à la souveraineté, dont procède le pouvoir constituant. Un phénomène invite, pourtant, à poser cette question : le « rapatriement » de la Constitution canadienne.

Ce dernier peut être conçu comme l'appropriation, par le Canada, d'une Constitution établie pour lui sans qu'elle n'ait été adoptée par lui. Longtemps, il a été difficile d'affirmer sans ciller que le Canada était pleinement souverain. En effet, quoiqu'il fût largement maître de son destin intérieur et extérieur, il ne pouvait, au moins formellement, pas modifier, sans une loi du Parlement britannique, une Constitution que ce dernier avait adoptée à sa destination et qu'il n'avait pas ratifiée. Les manuels de droit constitutionnel canadien contemporains mettent volontiers en avant, à cet égard, une rupture intervenue au printemps 1982² : l'attribution au Canada de la compétence de réviser désormais directement sa Constitution, présentée sous la forme d'un tel rapatriement — *patriation* en anglais.

L'événement est le fruit d'expressions de volonté binationales.

La première est canadienne : l'adoption, en décembre 1981, par les deux chambres du Parlement fédéral canadien, d'une résolution contenant une adresse à la Reine pour lui demander de présenter au Parlement britannique un projet de loi préparé à Ottawa.

La deuxième est britannique : l'adoption, par le Parlement de Westminster, d'une loi — le *Canada Act 1982* — dont la portée est triple. Premièrement, ce dernier renonce à l'exercice de sa compétence constituante relative au Canada, en déclarant par avance que les lois

2. V. par ex. P. J. Monahan, *Constitutional Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law, coll. « Essentials of Canadian Law », 2006. p. 5-10.

qu'il pourrait adopter à l'avenir ne sauraient faire « partie du droit du Canada³ ». Deuxièmement, il transfère dans l'ordre juridique canadien, après les avoir partiellement modifiées, les dispositions constitutionnelles qui ont vocation à s'y appliquer⁴. Troisièmement, il habilite pour l'avenir les autorités canadiennes à adopter des lois constitutionnelles, sous certaines conditions⁵.

La troisième expression de volonté est à la fois canadienne et britannique — la promulgation, le 17 avril 1982, du *Canada Act 1982* par Elisabeth II, reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, mais aussi du Canada.

La loi de 1982 ne se contente pas de prescrire une formule d'amendement de la Constitution canadienne⁶, ainsi que des règles relatives aux conflits de normes et à son application dans le temps⁷. Tout d'abord, elle établit une Charte canadienne des droits et libertés où les droits individuels priment sur les droits collectifs, dans une perspective multiculturaliste qui réduit marginalement les pouvoirs du Québec dans différents domaines⁸. Ensuite, elle reconnaît et confirme différents droits des peuples autochtones⁹. Enfin, elle fixe un principe de péréquation destiné à réduire les inégalités régionales au Canada¹⁰.

La doctrine canadienne attache une importance plus ou moins grande au rapatriement. Certains y voient un véritable acte de souveraineté qui « a mis un terme aux ultimes vertiges du passé colonial canadien¹¹ » en « guérissant plusieurs défauts anciens de la Constitution du Canada¹² », un projet conçu comme étant susceptible d'entraîner, avec la Charte des droits et libertés, « une véritable révolution dans la pensée juridique canadienne, ainsi que dans les attitudes et pratiques juridiques¹³ ». D'autres, à l'inverse, le réduisent à une simple formalité, à l'abandon de la pratique consistant à intégrer le Parlement de Westminster dans le processus constituant canadien, qui n'était plus qu'un « geste de courtoisie envers l'ancienne mère-patrie¹⁴ ». Certains y ajoutent la critique selon laquelle le rapatriement n'aurait pas réglé la question de la

3. Canada Act 1982, art. 2.

4. Canada Act 1982, art. 1.

5. Canada Act 1982, annexe B « Constitution Act, 1982 », art. 52 (3).

6. Canada Act 1982, annexe B « Constitution Act, 1982 », art. 38-51.

7. Canada Act 1982, annexe B « Constitution Act, 1982 », art. 52-60.

8. Canada Act 1982, annexe B « Constitution Act, 1982 », art. 1-33.

9. Canada Act 1982, annexe B « Constitution Act, 1982 », art. 35.

10. Canada Act 1982, annexe B « Constitution Act, 1982 », art. 36.

11. G. Remillard, « The Constitution Act, 1982 : An Unfinished Compromise », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32, 1984. 269-281. 279.

12. P. W. Hogg, « Formal Amendment of the Constitution of Canada », *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, n° 1, 1992. 253-260. 258.

13. E. McWhinney, « The Constitutional Patriation Project, 1980-82 », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32, n° 2, 1984. 241-267. 267.

14. P. Garant, « Au Québec, d'un référendum à l'autre », *RFDA* 2018. 260.

nature de la communauté politique canadienne¹⁵ — comme le résume Peter H. Russell, « le rapatriement avait été opéré, mais la patrie ne s'était pas donnée de définition¹⁶ ».

Une analyse plus détaillée du rapatriement gagne à être replacée dans la culture constitutionnelle canadienne, à un double égard.

D'une part, le droit constitutionnel canadien n'est pas uniquement écrit et normatif : ancrée dans une tradition de *common law*, la Constitution canadienne procède à la fois d'énoncés écrits et d'une diversité de coutumes et conventions partiellement formalisées par la Cour suprême, ainsi que de références culturelles et symboliques plus diffuses¹⁷. Cela explique, en dépit de la relative stabilité des énoncés constitutionnels depuis 1867, la diversité des mutations constitutionnelles qui y sont intervenues¹⁸, que l'on ne peut réduire à la procédure formelle d'amendement de sa dimension écrite¹⁹.

D'autre part, le droit constitutionnel canadien n'est pas uniquement canadien : pour comprendre la culture constitutionnelle canadienne, il importe de garder à l'esprit la « structure constitutionnelle » du Commonwealth, au sens donné à cette formule par Kenneth Wheare — « l'ensemble des règles, accords et pratiques par lesquels la position et les relations mutuelles des pays, et plus particulièrement des membres du Commonwealth, sont encadrées et décrites²⁰ ».

Partiellement imperméable aux questions de pure technique juridique, le rapatriement de la Constitution canadienne constitue moins une révolution normative — le Parlement de Westminster ayant abdicé, bien avant 1982, sa prétention à imposer au Canada sa volonté en matière constitutionnelle —, qu'une rupture symbolique et politique.

Dès lors, pourtant, qu'il s'inscrit dans un cadre juridique précis, fondé sur des textes explicites, il est fécond de s'interroger, du point de vue de la

15. V., P. H. Russell, *Constitutional Odyssey : Can Canadians Become a Sovereign People?*, 3^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 125 ; id., « Can the Canadians Be a Sovereign People? The Question Revisited », in S. L. Newman (dir.), *Constitutional Politics in Canada and the United States*, Albany, SUNY Press, 2004, p. 9-34, spéc. p. 12. V. égal. B. Ackerman, R. Charney, « Canada at the Constitutional Crossroads », *University of Toronto Law Journal*, vol. 34, 1984, 117-135, spéc. 133-134.

16. P. H. Russell, « Can the Canadians Be a Sovereign People? », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 24, n° 4, 1991, 691-709, 704.

17. V., A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions. The Marriage of Law and Politics*, Toronto, OUP, 1991 ; A. C. Hutchinson, « Constitutional change and constitutional amendment », in X. Contiades (dir.), *Engineering Constitutional Change. A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Rutledge, 2012, p. 51-72, spéc. p. 53.

18. *Eod. loc.*, p. 61-63.

19. D. A. Strauss, « The Irrelevance of Constitutional Amendments », *Harvard Law Review*, vol. 114, 2001, 1457-1505.

20. K. C. Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, OUP, 1960, p. 17.

théorie constitutionnelle, sur certaines des difficultés soulevées par cet événement peu étudié en France²¹.

À cette fin, il convient de replacer le rapatriement dans le mouvement historique du constitutionnalisme canadien — de restituer son ancrage temporel (I) —, avant de s'interroger sur l'ordre juridique qui lui sert de fondement — afin d'établir son ancrage spatial (II).

I. – UN ANCRAGE TEMPOREL

Le rapatriement de la Constitution canadienne s'ancre dans une double trajectoire du constitutionnalisme canadien, à la fois coloniale (A) et fédérale (B).

A. – UNE TRAJECTOIRE COLONIALE

Le rapatriement de la Constitution canadienne prend place, à plusieurs égards, dans l'histoire coloniale britannique, qui a structuré les liens qui unissent la nation canadienne à son ancienne tutelle.

De façon générale, les rapports juridiques et politiques entre le centre et la périphérie au sein du Commonwealth²² reposent principalement sur trois grands mouvements successifs dont la datation ne saurait être très précise, du fait de la diversité des situations observables en différents lieux du monde. Le premier est l'attribution du *self-government* aux colonies — qui n'empêche pas la guerre d'indépendance des Treize colonies américaines à la fin du XVIII^e siècle. Le deuxième est l'élaboration progressive d'un statut de dominion (*Dominion status*), tourné vers l'autonomisation politique de certains territoires relevant de la Couronne — processus qu'incarne, au mitan du XIX^e siècle, la doctrine du *responsible government* garantissant désormais la responsabilité de gouvernements locaux devant la représentation locale et non plus devant les autorités britanniques, au sein d'un *British Commonwealth of Nations*. Le troisième est l'autonomisation graduelle des dominions au XX^e siècle. Elle est incarnée par la déclaration Balfour de

21. V. néanmoins V. B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, thèse, droit, Paris 1, 1996, 2. t.; M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 90-93; T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution. Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, éd. Panthéon-Assas, 2018, spéc. p. 119-124, 404-408.

22. Pour une riche étude en français, v., T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, op. cit. V. égal. J.-J. Chevallier, *L'évolution de l'Empire britannique*, éd. internationales, 1931, 2 t.; id., « Les origines et le sens du statut de Westminster », *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 17, 1936. 413-441; id., « De la distinction entre la "Convention constitutionnelle" et le "Droit légal", et de son rôle dans l'évolution du statut de Dominion », *Mélanges. G. Scelle*, LGDJ 1950, p. 179-193.

1926 qui affirme leur égalité de statut et leur libre association, en dépit de leur commune allégeance à la Couronne. Elle est codifiée par le *Statute of Westminster* de 1931, qui confère aux Parlements des dominions une pleine indépendance législative.

Au sein du Commonwealth, la singularité canadienne procède, plus précisément, de deux lois du Parlement de Westminster.

La première — le *British North America Act* du 29 mars 1867 —, fait figure, pour le constitutionnalisme canadien, de fondation inachevée. Loi matériellement constitutionnelle, elle ne donne pas lieu à une ratification populaire — contrairement à une loi équivalente adoptée, trente ans plus tard, à destination de l'Australie. Elle se présente, dans son préambule, comme le fruit du désir exprimé par « les provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick » de « contracter une Union fédérale pour ne former qu'un seul et même dominion », avec « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni²³ ». Codification d'arrangements anciens, elle habilite la reine Victoria à proclamer l'union de ces provinces « en un dominion appelé Canada²⁴ », où le Haut-Canada deviendrait l'Ontario, et le Bas-Canada, le Québec. Elle prescrit, en outre, certaines règles relatives à la répartition des compétences entre les assemblées provinciales et le Parlement fédéral, ainsi qu'aux compétences exécutives et législatives — en restant silencieuse sur l'existence d'un Premier ministre, d'un cabinet ou sur les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Dans le silence de la loi de 1867 sur les modalités de sa révision, la pratique suivante est instaurée : une révision de la Constitution écrite nécessite un vote des deux chambres du Parlement fédéral, l'envoi d'une requête d'amendement au souverain britannique, sa transmission au gouvernement, son introduction au Parlement de Westminster, puis son adoption. Formellement, ce dernier peut modifier la Constitution sans approbation canadienne. Politiquement, elle est exigée. Très vite, les provinces s'opposent à la thèse selon laquelle le gouvernement fédéral aurait, seul, l'initiative de la révision. Lorsque l'amendement envisagé est relatif aux compétences des provinces, il devient dès lors habituel d'obtenir l'accord des dix provinces avant de transmettre à Londres la demande d'amendement.

La seconde loi — le *Statute of Westminster* du 11 novembre 1931²⁵ —, se présente, pour le constitutionnalisme canadien, comme une occasion manquée. Codification, là encore, de conventions préexistantes, elle est

23. *British North America Act*, 29 mars 1867, Préambule (traduction usuelle, mais non officielle).

24. *Eod. loc.*, art. 3.

25. *Statute of Westminster*, 11 déc. 1931 (loi visant à donner effet à des résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et de 1930), 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.), trad. fr. officielle canadienne.

l'aboutissement de deux conférences impériales. La première, en 1926, se conclut par la déclaration précitée d'Arthur Balfour reconnaissant la souveraineté des dominions et leur statut de « communautés autonomes » au sein du Commonwealth. La seconde, en 1930, attribue notamment aux gouvernements des dominions la compétence de formuler un avis sur la nomination du gouverneur-général. Le *Statute of Westminster* confère l'indépendance législative aux dominions, en neutralisant une loi de 1865 — le *Colonial Laws Validity Act* — qui garantissait la primauté des lois impériales sur le droit colonial en conditionnant la validité des lois coloniales à l'absence de contradiction de ces dernières avec le droit impérial applicable dans la colonie (*repugnancy clause*). Le *Statute of Westminster* prohibe, en outre, l'adoption de lois impériales nouvelles à destination des dominions, sauf sur demande de ces derniers, à la condition que cette demande soit explicitement évoquée dans la loi²⁶.

Le Canada, pourtant, ne profite guère de ces évolutions.

En effet, lors des négociations préalables à l'adoption de la loi de 1931, le Premier ministre canadien, William Lyon Mackenzie King, demande que les amendements au *British North America Act* et à ses actes d'application soient explicitement exclus de son champ d'application²⁷. Cette dérobaie s'explique par l'absence d'accord entre les provinces et le gouvernement fédéral sur les conditions dans lesquelles le Canada pourrait réviser seul sa Constitution. Par exception au régime général établi en 1931, dont les autres dominions bénéficient par la suite en matière constitutionnelle, le Canada pérennise alors sa dépendance constitutionnelle à l'égard du Royaume-Uni. Pour encore un demi-siècle, les lois constitutionnelles voulues par les autorités canadiennes restent adoptées formellement par le Parlement de Westminster.

Ainsi ancré dans cette trajectoire coloniale, le rapatriement de la Constitution canadienne prend également place dans un second mouvement : la structuration fédérale de la communauté politique canadienne, qui se singularise par des tensions anciennes entre la fédération et les entités fédérées — les provinces.

B. — UNE TRAJECTOIRE FÉDÉRALE

L'incapacité tenace du peuple canadien à se mettre d'accord sur une formule de rapatriement gagne aussi à s'interpréter à la lumière de la construction de la nation canadienne dans un cadre fédéral. Longtemps, les provinces canadiennes ont vu dans le cadre établi en 1867 un moyen de garantir leurs prérogatives contre le risque d'une extension indue des

26. *Statute of Westminster*, art. 4.

27. *Statute of Westminster*, art. 7.

compétences de la fédération — le monopole conféré au Parlement de Westminster en matière de révision constitutionnelle étant conçu comme un frein potentiel aux projets fédéraux, donc comme une protection pour les provinces²⁸. Ainsi s'explique que la défense du fédéralisme ait si longtemps fait obstacle au rapatriement de la Constitution canadienne.

Parmi les provinces, le Québec se distingue par son opposition constante au rapatriement²⁹, perçu de longue date comme l'instrument potentiel d'une réduction potentielle des pouvoirs des Canadiens français, qui perdraient le statut de « peuple fondateur » que semblait leur garantir la loi constitutionnelle de 1867. Si cette opposition au rapatriement est ancienne — du rejet de la formule Fulton-Favreau en 1964 à celui de la Charte de Victoria en 1971³⁰ —, elle se cristallise pendant les années 1981-1982³¹.

Québécois, fédéraliste, opposé aux nationalistes, défenseur des droits individuels, Pierre Elliott Trudeau exerce alors les fonctions de Premier ministre fédéral depuis 1968, à l'exception de quelques mois en 1979 et 1980. Au terme d'un long combat contre l'opposition provinciale au rapatriement, il remporte une victoire décisive au cours de la nuit du 4 novembre 1981. En l'absence du premier ministre du Québec, René Lévesque, il obtient, dans la cuisine d'un centre de conférences à Ottawa, l'accord des neuf autres premiers ministres provinciaux en faveur du rapatriement et de la Charte des droits et libertés. L'événement — qualifié d'« accord de la cuisine » en anglais, et de « Nuit des longs couteaux » en français — rend possible le rapatriement, au prix d'une résistance durable des Québécois à cette révision constitutionnelle. Le Québec s'oppose, sans succès, au rapatriement en arguant d'une convention constitutionnelle qui lui donnerait un droit de veto en matière constitutionnelle — hypothèse rejetée par la Cour suprême à la fin de l'année 1982, après l'adoption de la loi sur le rapatriement³².

Les tentatives ultérieures pour trouver un accord permettant une adhésion québécoise à la loi constitutionnelle de 1982 — accord du lac Meech en 1987, accord de Charlottetown en 1990 — n'aboutissent pas

28. V. K. Wheare, *The Statute of Westminster and the Dominion Status*, 4^e éd., Oxford, OUP, 1949, p. 180 ; id., *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, op. cit., p. 60.

29. Sur la vivacité de cette opposition, trente ans après, v., F. Rocher, « La mémoire de 1982. Amnésie, confusion, acceptation, désillusion ou contestation ? », in F. Rocher, B. Pelletier (dir.), *Le nouvel ordre constitutionnel canadien, du rapatriement de 1982 à nos jours*, PU du Québec, 2013, p. 111-136.

30. Pour une mise en perspective des précédentes tentatives de rapatriement, v., J. R. Hurley, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Ministère des approvisionnement et services Canada, 1996, p. 26-67.

31. V. par ex. Ass. nat. du Québec, *Résolution concernant le rapatriement unilatéral de la Constitution canadienne*, 2 oct. 1981 ; *Résolution sur les conditions sans lesquelles le Québec ne peut accepter le rapatriement de la Constitution canadienne*, 1^{er} déc. 1981.

32. Renvoi : *Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution* (1982) 2 RCS 793 (6 déc. 1982).

davantage. Depuis lors, le Québec refuse avec constance d'adhérer à la révision constitutionnelle de 1982, dans un contexte de défiance à l'égard du pouvoir fédéral. Ce dernier est marqué par l'organisation de référendums sur la souveraineté du Québec en 1980 et 1995, par l'usage systématique de la « clause nonobstant » permettant au Québec de se soustraire à la Charte des droits et libertés³³, ainsi que par l'adoption régulière de résolutions par l'Assemblée nationale du Québec pour s'opposer politiquement, sinon juridiquement, au rapatriement³⁴.

La portée fédérale du rapatriement de la Constitution canadienne est mise en valeur par la Cour suprême du Canada dans un avis important³⁵ qui contribue à rendre possible la loi de 1982. La Cour est alors présidée par un proche de Pierre-Elliott Trudeau, Bora Laskin³⁶ — l'interprétation récente d'archives anglaises révèle qu'il joue alors un rôle politique actif, à Londres, en faveur du rapatriement, au-delà de la réserve habituellement attachée à la fonction juridictionnelle³⁷. Saisie d'une proposition de loi constitutionnelle faite par huit premiers ministres de provinces canadiennes, la Cour suprême fixe, le 28 septembre 1981, le cadre juridique du rapatriement. Par sept juges sur neuf, elle affirme la légalité d'un rapatriement unilatéral par le gouvernement fédéral. Par six juges sur neuf, elle estime un rapatriement unilatéral contraire à une convention constitutionnelle selon laquelle un degré appréciable de consentement provincial à la révision constitutionnelle est nécessaire — Bora Laskin n'y voyant pas de convention constitutionnelle³⁸. Elle considère, en particulier, que

33. V., G. Tusseau, « Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques — ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, vol. 55, 2012. 41-83. 66-68; *id.*, « La liberté sexuelle devant les juridictions constitutionnelles », *RFDA* 2014. 1218.

34. Ass. nat. du Québec, *Résolution unanime sur la non-adhésion à la Loi constitutionnelle de 1982*, 17 avr. 2002; *Résolution unanime réaffirmant que l'Assemblée nationale n'a jamais adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982*, 14 juin 2007; *Résolution unanime rappelant qu'il y a 30 ans cette année, était promulguée la Loi constitutionnelle de 1982 sans l'accord du Québec*, 16 nov. 2011; *Résolution unanime réaffirmant formellement que l'Assemblée nationale du Québec n'a jamais adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982*, 17 avr. 2012, *Résolution unanime demandant au gouvernement fédéral l'accès à toute l'information contenue dans ses archives et réclamant que toute la lumière soit faite sur les événements qui ont conduit à la proclamation de la Loi constitutionnelle de 1982*, 16 avr. 2013.

35. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution* (1981) 1 RCS 753; v., P. H. Russell, « The Patriation and Quebec Veto References : The Supreme Court Wrestles with the Political Part of the Constitution », *Supreme Court Law Review*, 2011, vol. 54. 69-76; F. Gélinas, « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 24, 2008. 72-77.

36. V., Ph. Girard, *Bora Laskin. Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, spéc. p. 368-369, 503-515.

37. V., F. Bastien, *La bataille de Londres. Dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal, Boréal, 2013, spéc. p. 292-353.

38. Pour la défense antérieure de la thèse de l'inexistence d'une telle convention, au profit d'usages « tout au plus », v., K. Wheare, *The Statute of Westminster and the Dominion Status*, *op. cit.*, p. 190.

ce projet de rapatriement aurait un effet sur les relations entre fédération et provinces, comme sur les compétences des provinces. Conformément au « test de Jennings » — tiré (a) de l'existence de précédents, (b) de la conviction des acteurs de ces précédents d'être liés par une règle, et (c) de sa *ratio juris*³⁹ —, elle estime qu'il existe une convention constitutionnelle conditionnant toute modification de la Constitution canadienne au consentement d'un « degré appréciable de consentement provincial, que les politiciens et non les tribunaux doivent fixer ». Elle ajoute que cette convention constitutionnelle n'est pas juridiquement obligatoire, du fait de la non-justiciabilité des conventions, mais que « violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe », au nom de l'équation selon laquelle : « convention constitutionnelle plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays⁴⁰ ».

Ainsi inscrit dans la trajectoire constitutionnelle canadienne — marquée à la fois par une influence britannique durable et par une tension ancienne entre les provinces, en particulier le Québec, et le gouvernement fédéral —, le rapatriement s'apparente à une forme de « nationalisation » constitutionnelle — ou de « canadianisation⁴¹ » — qui soulève la question de l'ordre juridique à partir duquel elle est effectuée.

II. – UN ANCRAGE SPATIAL

Les fondements juridiques du rapatriement de la Constitution canadienne se trouvent, de prime abord, au Royaume-Uni (A), même s'il est possible de les rechercher dans l'ordre juridique canadien (B).

A. – L'ORIGINE BRITANNIQUE

Une première manière d'analyser le rapatriement consiste à se placer du point de vue britannique pour y voir le fruit d'un *processus de répulsion* — l'abandon exprès, par le Parlement de Westminster, de sa compétence de modifier une Constitution qu'il avait lui-même adoptée et qui se trouve, comme le note Benoît Pelletier « depuis toujours à Londres, dans les registres du Parlement du Royaume-Uni », où elle restera « pour la nuit des temps⁴² ». Selon cette interprétation, en 1982, la Constitution canadienne

39. W. I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 4^e éd., Londres, University of London Press, 1952, p. 134-135.

40. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution* (1981) 1 RCS 753, p. 883-884.

41. B. Pelletier, « La modification et la réforme de la Constitution canadienne », *Revue générale de droit*, vol. 47, 2017. 459-517. 463, n. 5.

42. B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, *op. cit.*, p. 33, n. 52.

n'est pas devenue moins britannique — ou plus canadienne — qu'elle ne l'était auparavant.

Plusieurs éléments invitent, de prime abord, à prendre cette idée au sérieux.

Premièrement, comme celle de 1867, la loi de 1982 est adoptée par le Parlement de Westminster seul. À cet égard, le rapatriement peut s'interpréter comme l'habilitation, par le Parlement britannique, d'organes canadiens à réviser la Constitution selon une procédure pensée à Ottawa, mais voulue à Londres. Dans cette perspective, la question se pose de savoir si le rapatriement ne contribuerait pas à pérenniser, paradoxalement, l'asservissement du Canada. En effet, en l'absence d'acte constituant adopté au Canada, le refus éventuel du Canada d'appliquer une loi britannique n'aurait eu aucun autre fondement que la prétention d'un juge à exprimer, au nom du peuple canadien, la souveraineté de la Nation canadienne. À l'inverse, si avait été adopté l'un des projets de rapatriement unilatéral de la Constitution⁴³, l'indépendance constitutionnelle du Canada aurait été garantie, du point de vue des juges, par une faculté simple : ne pas donner plus de poids à d'éventuelles dispositions législatives adoptées par le Parlement britannique que celui d'une simple loi étrangère⁴⁴.

Deuxièmement, la loi de 1982 s'ancre volontairement dans un cadre britannique : au lieu de faire adopter par le Parlement de Westminster une Constitution nouvelle, le Canada préfère intégrer, par renvoi⁴⁵, différentes lois préalablement adoptées par le Parlement britannique, dans la limite de certaines modifications précisées en annexe — dont la loi constitutionnelle de 1867 qui citait à son tour des sources de *common law* et des conventions britanniques⁴⁶. La loi de 1982 s'ancre donc bien dans la culture britannique, où la continuité, en matière constitutionnelle, est préférée aux ruptures — comme le défendait déjà Edmund Burke contre Thomas Paine lors de la Révolution française⁴⁷. Dès lors que la loi de 1982 se fonde sur ces textes adoptés par le Royaume-Uni, la « nationalisation » de la Constitution canadienne ne doit être considérée que comme potentielle — faute

43. V. par ex. Ass. nat. du Québec, *Résolution concernant le rapatriement unilatéral de la Constitution canadienne*, 21 nov. 1980. Pour une mise en perspective de ces projets, v., B. Pelletier, « Amending the Constitution of Canada », in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, OUP, 2017, p. 253-275, 255-258, trad. fr. B. Pelletier, « La modification et la réforme de la Constitution canadienne », *Revue générale de droit*, vol. 47, n° 2, 2017. 459-517. 463-472.

44. V. P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2013, p. 3-12.

45. *Canada Act 1982*, annexe B, sect. 52 (2); sur les implications de cette idée, v. A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, coll. « Nouv. bibl. de thèses », 2007.

46. V., A.-C. Banfield, « Canada », in B. Galligan, S. Brenton, *Constitutional Conventions in Westminster Systems. Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge UP, 2015, p. 189-203.

47. V., E. Burke, *Reflections on the Revolution in France*, Londres, 1790; T. Paine, *Rights of Men*, Londres, 1791.

pour la Canada d'adopter, à titre générique ou dans le détail, une disposition constitutionnelle conférant à ces lois britanniques antérieures un pedigree canadien.

Troisièmement, du point de vue britannique, la loi de 1982 s'apparente à une abdication seulement précaire de souveraineté. Un organe pouvant toujours revenir sur ses actes, rien n'empêcherait juridiquement — sinon politiquement — le Parlement britannique de recommencer à légiférer demain pour le Canada⁴⁸. En effet, du point de vue de l'ordre juridique britannique, la disposition selon laquelle « la Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle⁴⁹ » — tautologie que seule permet de comprendre la trajectoire canadienne — est de nature législative. Dès lors, sa portée est aussi relative que celle d'une loi contenant une disposition selon laquelle elle ne peut être modifiée que selon une procédure spécifique — il suffirait de modifier ou d'abroger cette disposition avant de modifier la loi suivant la procédure de droit commun. Comme le notait Dicey, la seule véritable limite à la compétence du Parlement britannique est de n'être pas en mesure d'abandonner véritablement sa propre compétence législative — idée qu'il apparente à l'image de la prohibition implicite du suicide législatif⁵⁰. Deux hypothèses mériteraient, dès lors, d'être distinguées. Si le Parlement de Westminster légiférait à la demande du Canada, les contraintes pesant depuis 1982 sur la révision de la Constitution canadienne pourraient être contournées en obtenant du Parlement britannique leur neutralisation, voire la modification directe de la Constitution canadienne, qui n'est qu'une loi de son point de vue. À l'inverse, même si le Parlement de Westminster légiférait contre la volonté du Canada, il se pourrait que les pouvoirs publics canadiens, encore dépendants à l'égard de l'ancienne puissance impériale dont elles ont conservé le monarque, refusent de méconnaître les dispositions nouvelles adoptées par le Parlement britannique.

Pour ces différentes raisons, si l'on adopte un point de vue formel, il est douteux que le rapatriement de la Constitution l'ait rendue pleinement canadienne. Une autre voie, fondée sur l'abandon d'un tel formalisme, mérite cependant d'être explorée.

B. — *DES FONDEMENTS CANADIENS ?*

Une seconde manière d'appréhender le rapatriement de la Constitution canadienne consiste à y voir un *processus d'attraction*, de la part du pouvoir constituant canadien. Cette perspective permet de défendre que le

48. Pour une étude détaillée de cette hypothèse, v., T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, *op. cit.*, p. 119-124.

49. *Canada Act 1982*, annexe B, sect. 52 (3).

50. V., A.-V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., London, Macmillan, 1915, p. 65-66, n° 3.

rapatriement de la Constitution repose moins sur la loi de 1982 que sur des fondements intrinsèques : la Constitution étant déjà ancrée au Canada depuis longtemps, la loi de 1982 n'a constitué, sous ce rapport, qu'un événement indifférent.

À cette fin, il est utile d'emprunter à Kenneth Wheare deux concepts qu'il utilise pour distinguer la manière dont certains États du Commonwealth allègent, de leur propre chef, leur soumission constitutionnelle à la tutelle britannique. Le premier, qu'il qualifie d'« autonomie », renvoie peu ou prou à la souveraineté — au fait de « jouir d'un système de gouvernement qui n'est en aucun cas subordonné au gouvernement du Royaume-Uni ». Le second, qu'il qualifie d'« autochtonie », va plus loin. Il correspond au fait « d'être en mesure de dire que [sa] Constitution a force de droit — et si nécessaire, de loi suprême au sein de [son] territoire —, du fait de son autorité natale et non parce qu'elle a été adoptée et autorisée par le Parlement du Royaume-Uni ». Il ajoute, dans cette perspective, que la Constitution est « pour ainsi dire, “du pays”, qu'elle a surgi de son propre sol et non d'une importation du Royaume-Uni », ce qu'il apparente à une forme « d'autosuffisance, d'autarcie constitutionnelle, ou [...] à un principe d'autochtonie constitutionnelle, au fait d'être enraciné constitutionnellement dans sa propre terre natale⁵¹ ».

Ce concept n'est pas forgé à propos du Canada, mais de la décision *Harris* du 20 mars 1952⁵². Par cette dernière, la Cour suprême sud-africaine fait évoluer sa vision de l'ancrage spatial de sa Constitution⁵³. Un détour par l'Afrique du Sud permet de comprendre la portée que l'on peut donner à cette idée dans le cadre canadien. Le *Colonial Laws Validity Act* britannique de 1865 impose aux colonies le respect des conditions prescrites dans les lois constitutionnelles adoptées par le Parlement de Westminster pour réviser ces dernières. Le *South Africa Act* de 1909, qui vaut Constitution sud-africaine — à l'image de la loi de 1867 pour le Canada — protège certaines de ses dispositions en prévoyant qu'elles ne peuvent être modifiées qu'à une majorité qualifiée. En 1931, le Statut de Westminster neutralise le texte de 1865 en ce qui concerne l'Afrique du Sud. Alors que le gouvernement et le Parlement, favorables à l'apartheid, défendent que la Constitution a ainsi perdu sa rigidité — si bien qu'il est possible de modifier, à la majorité simple, une disposition jusqu'alors protégée —, la Cour suprême suit, sous la plume de son président, Albert van der Sandt Centlivres, un raisonnement différent. Selon lui, le Statut de Westminster doit être lu, en Afrique du Sud, à la lumière du *South*

51. V., K.-C. Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, op. cit., p. 89.

52. Supreme Court of South Africa, Appellate Division, *Harris and others v. Minister of the Interior and another*, 1952 (2) SA 428 (A) (20 mars 1952).

53. V. T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, op. cit., p. 71-86. V. égal. H. W. R. Wade, « The Basis of Legal Sovereignty », *Cambridge Law Journal*, vol. 13, 1955. 172-197.

Africa Act, qui, seul, encadre la compétence législative du Parlement sud-africain. Or, il importe peu que le *South Africa Act* procède du Parlement britannique, dès lors qu'il s'agit désormais de la Constitution d'un État dont l'indépendance politique est indubitable. Dès lors, la Constitution sud-africaine doit être considérée comme « autochtone », au sens donné à ce terme par Kenneth Wheare. L'application quotidienne de la Constitution par une Afrique du Sud indépendante y a davantage de poids que les interventions législatives ultérieures de son auteur, le Parlement de Westminster. Le *South Africa Act* s'enracine en Afrique du Sud, d'une façon qui invite à s'affranchir de la tradition constitutionnelle britannique.

Dans une perspective équivalente, il pourrait être défendu — même si la Cour suprême canadienne n'a pas encore rendu sa décision *Harris* — que le « déplacement » de la Constitution canadienne est intervenu bien avant 1982, qu'il n'a pas procédé de la volonté du Parlement britannique, si bien que le rapatriement de 1982 lui serait aussi indifférent que les modalités de l'adoption originelle de la Constitution canadienne, dans la mesure où cette dernière était — bien avant 1982 — « enracinée » sur le territoire canadien. Cette thèse suppose de relativiser, à propos du Canada, le lien si profondément ancré dans la culture juridique française entre souveraineté et pouvoir constituant. Elle présente cependant une vertu majeure pour les esprits en quête de stabilité : celle de fonder juridiquement l'affirmation selon laquelle, pour ce qui concerne sa dimension écrite, la Constitution, au Canada, est bien canadienne.