Document generated on 07/15/2025 6:31 p.m.

Les Cahiers de droit

Les implications constitutionnelles, pour le Canada, d'un éventuel partenariat avec un Québec souverain

Vilaysoun Loungnarath

Volume 39, Number 4, 1998

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043511ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043511ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Loungnarath, V. (1998). Les implications constitutionnelles, pour le Canada, d'un éventuel partenariat avec un Québec souverain. *Les Cahiers de droit*, *39*(4), 753–802. https://doi.org/10.7202/043511ar

Article abstract

In approaching the issue of a Québec-Canada partnership from the angle of legal technicalities, the author seeks to examine their constitutional implications for Canada. After drawing up a model for Québec-Canada relations, the main workings of which are inspired from the June 12th 1995 Agreement and the European Community, he emphasizes that the integration of the Partnership into Canadian national law could take inspiration from the United Kingdom's experience with regard to the articulation of its internal legal functions with those found in European law. This study further maintains such an integration could come about by legal provisions similar to the main British statute used in implementing European treaties, namely the European Communities Act 1972. The last part proposes an analysis of various Constitutional issues that would come with the suggested Partnership. They would involve transfers of sovereignty, the drafting of supranational normative instruments, the Partnership's jurisdictional system, Parliamentary supremacy, the federal organization of Canada as well as the integrating into Canada's national legal system of a principle that would state the primacy of Partnership law over national law.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1998

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/

érudit

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/

Les implications constitutionnelles, pour le Canada, d'un éventuel partenariat avec un Québec souverain*

Vilaysoun LOUNGNARATH**

*Abordant sous l'angle de la technique juridique l'enjeu du partenariat Québec-Canada, l'auteur s'intéresse à ses implications constitutionnelles pour le Canada. Après avoir esquissé un modèle pour les rapports Québec-Canada dont les principaux rouages s'inspirent de l'Entente du 12 juin 1995 et de la Communauté européenne, il fait valoir que le déploiement du partenariat dans le droit interne canadien pourrait emprunter des éléments à l'expérience du Royaume-Uni en ce qui a trait à l'arrimage de son ordre juridique interne avec le droit européen. Il soutient d'ailleurs dans son étude qu'un tel déploiement pourrait se réaliser au moyen d'un instrument législatif semblable à la principale loi britannique de mise en œuvre des traités européens, l'*European Communities Act 1972. *Dans la dernière partie, l'auteur propose une analyse de certaines problématiques constitutionnelles qui se dessinent avec le modèle du partenariat avancé : elles concernent les transferts de souveraineté, la production d'instruments normatifs supranationaux, le système juridictionnel du partenariat, la suprématie parlementaire, l'organisation fédérale du Canada de même que la réception dans l'ordre juridique interne du Canada d'un principe qui poserait la primauté du droit du partenariat sur le droit national.*

---

* Cette étude a été présentée lors du XVe Congrès international de droit comparé, tenu à Bristol (Royaume-Uni), du 26 juillet au 1er août 1998, dans le cadre d'un atelier ayant pour thème « Les implications constitutionnelles, pour un État, de la participation à un processus d'intégration régionale ». L'auteur remercie M. Alexandre Backovic pour son excellent travail d'assistance de recherche.

** Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Montréal, membre du Barreau du Québec et du Barreau de l'État de New York.

Les Cahiers de Droit, vol. 39, n° 4, décembre 1998, pp. 753–802

In approaching the issue of a Québec-Canada partnership from the angle of legal technicalities, the author seeks to examine their constitutional implications for Canada. After drawing up a model for Québec-Canada relations, the main workings of which are inspired from the June 12th 1995 Agreement and the European Community, he emphasizes that the integration of the Partnership into Canadian national law could take inspiration from the United Kingdom's experience with regard to the articulation of its internal legal functions with those found in European law. This study further maintains such an integration could come about by legal provisions similar to the main British statute used in implementing European treaties, namely the European Communities Act 1972. The last part proposes an analysis of various Constitutional issues that would come with the suggested Partnership. They would involve transfers of sovereignty, the drafting of supranational normative instruments, the Partnership's jurisdictional system, Parliamentary supremacy, the federal organization of Canada as well as the integrating into Canada's national legal system of a principle that would state the primacy of Partnership law over national law.

Pages

1. Le modèle de partenariat à l'examen 758
1.1 Des institutions supranationales qui exercent une fonction normative 760
1.2 Un ordre juridictionnel propre au cadre du partenariat 761
1.2.1 Premier schéma : une juridiction internationale selon le modèle du chapitre 20 de l'ALENA 762
1.2.2 Second schéma : une instance conçue comme la juridiction interne du partenariat et calquée sur la Cour de justice des Communautés européennes 765
1.3 Une autonomie budgétaire à l'image de celle de la Communauté européenne .. 768
1.4 L'action internationale du partenariat 770
1.5 La primauté du droit du partenariat sur le droit national 771
2. L'implantation du partenariat dans l'ordre juridique canadien : l'analogie de l'entrée de la Grande-Bretagne dans les Communnautés européennes 772
2.1 Les rapports entre ordre juridique interne et droit international public : une logique dualiste sur le chapitre des engagements conventionnels du Canada ... 772
2.2 L'expérience britannique et le partenariat 774
2.2.1 La dimension normative de l'*European Communities Act 1972* 775
2.2.2 La dimension juridictionnelle de l'*European Communities Act 1972* 776

2.2.3 La dimension budgétaire de l'*European Communities Act 1972* 777
2.2.4 Le cas du partenariat 778
3. Quelques problématiques constitutionnelles que soulève le partenariat pour le Canada .. 779
3.1 La problématique du transfert de souveraineté vers les institutions supranationales 779
3.2 La production par le partenariat d'instruments normatifs au regard du droit constitutionnel canadien 781
3.3 Le système juridictionnel du partenariat et le droit constitutionnel canadien ... 783
3.3.1 Un système juridictionnel pour le partenariat à l'image du mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA 783
3.3.2 Un système juridictionnel pour le partenariat inspiré de la Cour de justice des Communautés européennes 784
3.4 Le partenariat et le principe constitutionnel de la suprématie parlementaire 786
3.5 Le partenariat et l'organisation fédérale du Canada 791
3.5.1 La participation des provinces canadiennes à la négociation du partenariat 792
3.5.2 La pénétration du droit du partenariat dans les attributions provinciales 793
3.6 La réception dans l'ordre juridique interne du Canada du principe de la primauté du droit du partenariat sur le droit national 798
3.6.1 La primauté du droit du partenariat sur les lois nationales ordinaires ... 799
3.6.2 La primauté du droit du partenariat sur les normes constitutionnelles .. 799
Conclusion 801

De la perspective canadienne, il y a deux façons d'appréhender le thème des implications constitutionnelles de la participation d'un État à un processus d'intégration régionale.

L'*Accord de libre-échange nord-américain*[1] constitue un premier angle d'attaque. Entré en vigueur le 1er janvier 1994, l'ALENA a créé une vaste zone de libre-échange regroupant les États-Unis, le Mexique et le Canada. Du point de vue de ce dernier, les implications constitutionnelles de l'ALENA sont cependant bien minces. Le Canada n'a pas eu à modifier sa constitution pour remplir les obligations qui lui incombent en vertu de l'ALENA. D'ailleurs, des dispositions du système de l'ALENA confirment

1. *Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 nº 2, signé le 17 décembre 1992 et entré en vigueur le 1er janvier 1994 (ci-après cité : « ALENA »).

expressément le respect intégral des cadres constitutionnels des pays signataires[2]. Après quelques années de fonctionnement de l'ALENA, les craintes que celui-ci couve un ordre quasi constitutionnel se sont avérées excessives[3]. La logique dualiste vigoureuse qui régit les rapports entre les ordres juridiques interne et international de même que le principe, solidement ancré, selon lequel l'ALENA — entendons par là le traité primitif, et non pas sa loi de mise en œuvre — n'a pas de force de loi à l'intérieur du Canada et ne peut pas, sauf comme instrument résiduel d'interprétation des lois, être directement invoqué devant la juridiction interne, font non seulement barrage à cette représentation d'ordre quasi constitutionnel en puissance, mais ces facteurs expliquent également le peu d'interaction entre l'ALENA et le cadre constitutionnel canadien. Certes, l'ALENA restreint la capacité de l'État d'élaborer des règles, des politiques, des modes de régulation de l'activité sociétale, ce qui représente d'autant un amoindrissement de la souveraineté du Canada ou, s'il fallait privilégier une expression moins chargée, de sa potentialité étatique. Mais cette limitation de souveraineté pèse sur le Canada par l'entremise de son statut de sujet de l'ordre juridique international, non pas par le jeu d'un quelconque rouage de l'ordre constitutionnel canadien.

S'il y a des implications constitutionnelles de l'ALENA pour le Canada, elles se dessineraient dans la thèse que ce traité est susceptible de modifier le partage des compétences entre l'État central et les provinces

---

2. Voir par exemple l'article 601 de l'ALENA, l'article 1 de l'annexe 46 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, entré en vigueur le 1er janvier 1994 et reproduit en anglais dans : *NAFTA Text*, Chicago, CCH, 1994, pp. 775-804 (aussi dénommé *Accord parallèle relatif au travail*) de même que l'article 1 de l'annexe 41 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine environnemental entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, reproduit en anglais dans : *NAFTA Text*, Chicago, CCH, 1994, pp. 747-774 (aussi dénommé *Accord parallèle relatif à l'environnement*).
3. De telles craintes avaient notamment été exprimées par Ian Scott, ancien procureur général de l'Ontario, et David Schneiderman. Ainsi, Ian Scott soutient que l'ALE « represents *de facto* constitutional change — and a constitutional change of very significant magnitude » : I. SCOTT, « A Constitutional Challenge », (1988) 10 : 2 *The Facts* (Canadian Union of public Employees) 25-26. Pour sa part, David Schneiderman fait valoir que « NAFTA may have the effect [...] as have constitutions, of disabling governments from acting in a wide variety of legislative domains ». Il ajoute que « NAFTA and the U.S.-Canada Free Trade Agreement (FTA) which preceded it, continue to transport the character of Canadian constitutionalism into one primarily concerned with limits on legislative power » : D. SCHNEIDERMAN, « Canadian Constitutionalism and Sovereignty after NAFTA », (1994) 5 *Constitutional Forum* 93.

canadiennes. L'ALENA créerait ainsi un contexte, une ambiance favorable à l'expansion d'une idéologie constitutionnelle prônant l'accroissement des compétences du palier central sur les matières économiques, au détriment des provinces. Essentiellement de deux façons : premièrement, l'ALENA donnerait à un plus grand nombre de matières une connotation internationale, les rendant ainsi plus susceptibles d'entrer dans les champs de compétence fédérale ; deuxièmement, le traité poserait des exigences fonctionnelles auxquelles les tribunaux seraient tentés de réagir en élargissant le domaine des compétences économiques de l'État central. C'est par une sorte de jeu d'osmose que l'ALENA participerait alors à la centralisation du Canada[4].

Face au rapport entre le droit constitutionnel canadien et l'intégration régionale, le partenariat Canada-Québec[5] est une autre avenue qui s'offre. C'est la piste que nous nous proposons d'explorer dans la présente étude. Le projet consistera à circonscrire les implications constitutionnelles pour le Canada de sa participation à un partenariat conclu avec le Québec, alors que celui-ci aurait accédé à la souveraineté, préalablement à la conclusion du partenariat ou en concomitance avec celle-ci. Droit-fiction, exercice de futurologie, murmurera-t-on ? Peut-être. Mais le sujet demeure pertinent, malgré le résultat du référendum du 30 octobre 1995 : le partenariat est en effet au cœur du projet prôné par l'important mouvement souverainiste et, de plus, le scénario de la tenue prochaine d'un autre référendum québécois sur l'avenir politique du Québec n'est pas à traiter à la légère. Évidemment, le projet de notre étude repose sur un certain nombre d'hypothèses de base, dont les plus significatives sont les suivantes : le Québec acquiert son indépendance ; le Canada accepte de collaborer à la mise en place du partenariat ; la Constitution canadienne ne subit pas de modification en raison du retrait du Québec de la Fédération canadienne. À signaler que les implications constitutionnelles du partenariat sont examinées du point de vue du Canada, tel qu'il apparaît après le départ d'une de ses provinces, et non pas de la perspective d'un éventuel Québec souverain, dont la configuration constitutionnelle sera à définir.

---

4. Sur cette thèse, voir notamment : M. PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », (1990) 21 *R.D.U.S.* 1. Dans une optique similaire, voir aussi : V. LOUNGNARATH, « L'incidence de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis sur le développement de la paradiplomatie provinciale », (1992) 26 *R.J.T.* 301. L'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, signé le 2 janvier 1988 et entré en vigueur le 1er janvier 1989, est reproduit dans R.T. Can. 1989 nº 3 (ci-après cité : « ALE »).
5. Dans le texte qui suit, nous emploierons le terme « partenariat ».

D'entrée de jeu, il convient de faire une mise au point. Nous n'avons pas l'intention de nous prononcer ici sur l'opportunité du projet souverainiste et de la proposition de partenariat qu'il comporte, ni d'exprimer une opinion sur leur faisabilité ou leur viabilité. Cette étude privilégie le ton de l'analyse, il ne faudrait surtout pas y imaginer un plaidoyer politique ou une prise de position. Nous nous contenterons d'esquisser une hypothèse — la plus intéressante possible du point de vue de l'exercice intellectuel — et de l'évaluer avec pour ressource la science du droit. Au reste, la démarche proposée apparaît légitime : force est de constater que le partenariat est une idée bien vivante qui occupe une place importante dans le débat public au Québec et au Canada ; qu'il se concrétise, et il faudra bien s'intéresser à son articulation avec les cadres constitutionnels nationaux, notamment le cadre constitutionnel canadien.

La séquence proposée comporte trois temps. D'abord, les éléments d'un modèle partiel et rudimentaire de partenariat seront dépeints. La question de l'implantation du partenariat dans l'ordre juridique interne du Canada sera ensuite abordée. Enfin, nous nous intéresserons à un certain nombre de questions constitutionnelles suscitées par le partenariat.

1. Le modèle de partenariat à l'examen

L'hypothèse de travail avancée s'alimente à même deux sources, soit l'Entente du 12 juin 1995[6] et la Communauté européenne.

Document politiquement marquant, l'Entente du 12 juin 1995 a été signée par les chefs des principaux partis politiques québécois d'obédience souverainiste, quelques mois avant ce référendum qui invitait les Québécois à se prononcer sur l'indépendance du Québec, assortie d'une offre de partenariat faite au Canada. Le document établissait la position commune du camp du OUI, soit « faire la souveraineté du Québec et proposer formellement un nouveau partenariat économique et politique au Canada, visant notamment à consolider l'espace économique actuel[7] ». En particulier, l'Entente du 12 juin 1995 traçait les grandes lignes de la proposition de partenariat qui aurait été faite au Canada, advenant qu'une majorité souverainiste se serait dégagée lors de ce référendum. On se souviendra que tel ne fut pas le cas : les partisans du lien fédéral l'emportèrent, de justesse toutefois, ne réussissant qu'à convaincre 50,6 p. 100 de l'électorat, alors que 49,4 p. 100 des voteurs signifiaient leur appui au projet souverainiste. Depuis le référendum du 30 octobre 1995, l'Entente du 12 juin 1995 reste d'actualité,

6. « Parti québécois, Bloc québécois et Action démocratique : un projet commun », *La Presse* [*de Montréal*] (10 juin 1995) B3 (ci-après cité : « Entente du 12 juin 1995 »).
7. *Ibid.*

d'une part, parce que le gouvernement souverainiste installé à Québec a annoncé qu'il tiendra dans un avenir rapproché un second référendum sur la question du statut politique du Québec et, d'autre part, parce que cette entente peut toujours être considérée comme la pierre angulaire du projet souverainiste[8], le point de ralliement des principales forces politiques composant la mouvance souverainiste.

D'abord destinée au grand public et rédigée dans un style synthétique, l'Entente du 12 juin 1995 n'explicite pas plusieurs aspects techniques du partenariat. Pour cette raison, mais surtout parce que l'exercice intellectuel en vaut la peine, des éléments propres au système de la Communauté européenne[9], dont on connaît dans une large mesure les tenants et aboutissants sur le plan de la technique juridique, ont été introduits dans notre hypothèse de travail. Un tel choix se trouve sans doute conforté par le fait que des commentateurs et apologistes du partenariat ont fait de la construction européenne une de leurs références[10]. En outre, un modèle de

8. L'Entente du 12 juin 1995 a ainsi été intégrée au programme politique du Parti québécois, qui représente la principale formation souverainiste québécoise, et dont est issu le gouvernement provincial actuellement en place. Voir : *Programme et statuts du Parti québécois*, 1997, pp. 4-5. Par ailleurs, un ouvrage récent, qui témoigne de l'actualité du thème du partenariat, est à signaler : G. LAFOREST et R. GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse, les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques (IRPP), 1998.

9. L'Union européenne a été instituée par l'entrée en vigueur le 1er janvier 1993 du *Traité sur l'Union européenne*, aussi connu sous l'appellation « *traité de Maastricht* » (CE, Conseil, *Traité sur l'Union européenne*, Luxembourg, CE, 1992). Comme l'indique le troisième paragraphe de l'article A du *traité de Maastricht*, l'Union « est fondée sur les Communautés européennes complétées par les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité ». Par son titre II, le *traité de Maastricht* modifie le traité CE afin d'établir la Communauté européenne. Depuis Maastricht, cette dernière expression remplace donc celle de la Communauté économique européennne. L'Union européenne se trouve à chapeauter les trois communautés européennes : la Communauté économique européenne — devenue la Communauté européenne — instituée par le traité CE, *infra*, note 13 ; la Communauté européenne du charbon et de l'acier, fondée par le *Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 18 avril 1951, 261 R.T.N.U. 141 (ci-après cité : « traité CECA ») ; la Communauté européenne de l'énergie atomique, fondée par le *Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, 25 mars 1957, 298 R.T.N.U. 167 (ci-après cité : « traité Euratom »). Dans la présente étude, l'expression « Communauté européenne » employée au singulier fait référence à l'entité instituée par le traité CE, c'est-à-dire la Communauté économique européenne, devenue avec le *traité de Maastricht* la Communauté européenne, tandis que l'expression « Communautés européennes » employée au pluriel désigne l'ensemble des trois communautés, soit la Communauté européenne (CE), la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CECA).

10. Voir par exemple : D. TURP, *L'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec : texte annoté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, pp. 23-25 ; F. ROCHER, « Partenariat

partenariat empruntant largement à la Communauté européenne constitue une hypothèse prudente quant à l'évaluation de ses implications constitutionnelles pour le Canada, étant donné que, s'il se matérialisait, le partenariat ne devrait pas présenter un degré d'intégration politique et juridictionnelle plus élevé que celui de la Communauté européenne.

1.1 Des institutions supranationales qui exercent une fonction normative

Nous faisons l'hypothèse que les institutions politiques du partenariat — d'après le modèle qui se dessine dans l'Entente du 12 juin 1995, il s'agirait du Conseil du partenariat[11] et de l'Assemblée parlementaire[12] — posséderont la capacité d'établir des règles de portée générale, contraignantes, à l'égard des États et des particuliers, et que cette fonction normative s'exercera selon des formes semblables à celles qui existent au sein de la Communauté européenne.

La directive et le règlement se présentent comme les principaux types d'instruments par lesquels la Communauté européenne investit l'environnement normatif des États membres. Instrument de portée générale, le règlement est obligatoire en tous ses éléments et s'applique directement dans tout État membre[13]. La directive engage tout État membre destinataire quant au résultat, mais elle laisse aux institutions nationales le choix de la forme et des moyens pour l'atteindre[14].

En ce qui concerne le déploiement d'un instrument communautaire dans le droit interne d'un État membre, l'application directe se distingue de l'effectivité directe. Le règlement est d'application directe : il « fait directement partie du droit national, sans avoir à y être introduit par des procédures

économique et intégration politique : sur les modalités relatives au maintien de l'union économique », dans G. LAFOREST et R. GIBBINS (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 121, à la page 142 ; R.L. WATTS, « Sur quelques exemples du Partenariat », dans G. LAFOREST et R. GIBBINS (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 389, à la page 395 ; D. TURP, « From an Economic and Political Partnership Between Québec and Canada to a Canadian Union », (1996) 7, 2 & 3 *Constitutional Forum* 91, 94 ; D. TURP, « Solutions to the Future of Canada and Québec After the October 26th Referendum : Genuine Sovereignties within a Novel Union », (1993) 4, 2 *Constitutional Forum* 47, 48 ; J.-Y. MORIN, « Réflexions sur l'avenir culturel, économique et constitutionnel du Québec et du Canada », (1991-1992) 7 *R.Q.D.I.* 88, 98 ; S. TRAMIER, « Le nouveau partenariat : comment l'esprit de Maastricht vint aux souverainistes », *Le Devoir [de Montréal]* (23 septembre 1995) A6.

11. Entente du 12 juin 1995, précitée, note 6.
12. *Ibid.*
13. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 17, art. 189, tel qu'il a été modifié subséquemment (ci-après cité : « traité CE »).
14. *Ibid.*

nationales[15] ». Ce n'est pas le cas de la directive, qui s'adresse aux États membres et est appliquée par l'intermédiaire de ceux-ci. La Cour de justice des Communautés européennes a cependant établi que les directives peuvent, si certaines conditions sont réunies, produire des effets directs ; l'effectivité directe d'une directive implique qu'elle crée immédiatement des droits au bénéfice des particuliers, que ceux-ci peuvent invoquer directement devant les juridictions nationales[16].

Ainsi, les institutions du partenariat se verraient attribuer le pouvoir d'édicter des instruments normatifs, certains s'intégrant automatiquement au droit interne de l'État membre, d'autres s'adressant à l'État et le chargeant d'une obligation de mise en œuvre dans le droit interne. Parmi les instruments dont l'application dans le droit interne requerrait l'intervention des pouvoirs nationaux, certains se verraient néanmoins reconnaître la qualité d'effectivité directe. Le traité de partenariat délimiterait le domaine de ce pouvoir normatif. Sur ce chapitre, l'Entente du 12 juin 1995 propose que le partenariat ait, prioritairement, « la capacité d'agir » en ce qui a trait à l'union douanière, la libre circulation des services, la libre circulation des capitaux, la politique monétaire, la mobilité de la main-d'œuvre et la citoyenneté. Le texte ajoute que les deux États pourront s'entendre « dans tout autre domaine d'intérêt commun ». Suit une longue énumération qui comprend le commerce à l'intérieur du partenariat, le commerce international, la représentation internationale, le transport, la défense, les institutions financières, les politiques fiscales et budgétaires, la protection de l'environnement, la lutte contre le trafic d'armes et le trafic de drogue, de même que le service postal[17].

1.2 Un ordre juridictionnel propre au cadre du partenariat

Des instances juridictionnelles chapeauteront le partenariat. Dans la gamme de constructions imaginables, nous nous proposons d'examiner deux schémas. Le premier consisterait à implanter dans le cadre du partenariat un mécanisme de règlement des différends similaire à celui régi par le chapitre 20 de l'ALENA. Le second, modelé sur la Cour de justice des Communautés européennes, supposerait une intégration juridictionnelle poussée.

---

15. L. CARTOU, *L'Union européenne*, 2 éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 150.
16. J. MEGRET *et al.*, *Le droit de la Communauté économique européenne*, t. 10, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983, pp. 483-495.
17. Entente du 12 juin 1995, précitée, note 6.

1.2.1 Premier schéma : une juridiction internationale selon le modèle du chapitre 20 de l'ALENA

Le chapitre 20 de l'ALENA établit un mécanisme général de règlement des différends, dont la principale source d'inspiration est celui du GATT de 1947[18]. Sauf exception expressément prévue dans l'ALENA ou les accords parallèles consacrés à l'environnement et aux normes de travail[19], tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de l'ALENA se trouve soumis à la procédure de son chapitre 20. Le mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA a pour principal rouage un contentieux animé par des groupes d'experts sélectionnés sur une base *ad hoc* à partir de listes préétablies. Ce n'est qu'à la suite de vaines tentatives de règlement par la voie diplomatique qu'un groupe d'experts est constitué et saisi du différend interétatique. À la lumière des arguments invoqués de part et d'autre, les experts sont appelés à formuler des recommandations, lesquelles devront, en principe, servir de bases ou de points de repère à un règlement négocié du litige.

Juridiction internationale, le mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA est faiblement juridictionnel et peu susceptible de devenir une source significative de règles de portée générale.

Le chapitre 20 de l'ALENA met en forme une juridiction internationale. Les groupes spéciaux constitués selon le chapitre 20 de l'ALENA sont appelés à intervenir dans des litiges interétatiques, ce qui correspond aux fonctions classiquement attribuées à la juridiction internationale. À l'instar de la situation dans les autres juridictions internationales, le mécanisme du chapitre 20 est marqué dans son design, son fonctionnement et les dynamiques qu'il suscite de cette déférence qu'a traditionnellement méritée la souveraineté des États dans l'ordre international. La zone dans laquelle évoluent les groupes d'experts constitués en vertu du chapitre 20 de l'ALENA n'a pas de point de contact avec la juridiction interne. Leurs décisions ne sont pas exécutoires dans l'ordre juridique interne ; les prin-

18. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 188, Supp. nº 4 I.B.D.D. (1956) (ci-après cité : « GATT de 1947 »).

19. Sont exclus du champ d'application du mécanisme du chapitre 20 de l'ALENA les différends relatifs aux droits antidumping et compensateurs — ceux-là gérés par le chapitre 19 de l'ALENA — de même que les litiges portant sur les matières couvertes par les accords parallèles relatifs à l'environnement et au travail : voir l'*Accord de libre-échange nord-américain*, précité, note 1 ; l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, précité, note 2 ; l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine environnemental entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, précité, note 2.

cipes qui s'en dégagent ne lient pas le juge interne, et s'il lui serait sans doute possible de donner aux rapports produits dans le cadre du chapitre 20 une valeur persuasive, il n'y a pas, à notre connaissance, de précédent canadien allant dans ce sens. Les règles de portée générale énoncées par ces groupes d'experts, plutôt rares, ne s'intègrent pas automatiquement au tissu juridique interne[20].

La faiblesse juridictionnelle[21] du mécanisme général de règlement des différends se déduit, en premier lieu, de sa perméabilité aux facteurs politiques et à la dynamique diplomatique. Car le chapitre 20 de l'ALENA est, dans une certaine mesure, une scène où se continue la diplomatie par d'autres moyens. Cette sensibilité au politique et au diplomatique tient à plusieurs facteurs. D'abord, la reconnaissance de la qualité pour agir aux seuls États, à l'exclusion des particuliers, n'est pas sans exposer le volet formellement juridictionnel du chapitre 20 au facteur diplomatique. Ensuite, le groupe d'experts n'intervenant qu'à la suite de tentatives de règlement du différend dans le cadre de processus de consultation, de conciliation et de médiation[22] (entreprises où l'art de la diplomatie se manifeste dans toute sa quintessence), la phase formellement juridictionnelle se trouve à poursuivre une dynamique diplomatique. Et à l'alimenter... car les rapports des groupes d'experts n'ont pas, en droit, de force contraignante, ce qui atténue en soi le caractère juridictionnel du chapitre 20. Plutôt, le rapport final du groupe d'experts ne sert que de référence, en principe, à des négociations engagées entre les parties en vue de trouver une solution au différend[23]. Il oxygène ainsi la dynamique diplomatique. La pratique des groupes d'experts constitués en vertu du chapitre 18 de l'ALE, prédécesseur du chapitre 20 de l'ALENA, révèle d'ailleurs que ces mécanismes de règlement des

20. Signalons toutefois une technique retenue par le législateur fédéral qui consiste à exiger d'un organe remplissant des fonctions de nature administrative ou quasi judiciaire qu'il exerce ses pouvoirs conformément à l'ALENA : voir ainsi le cas de l'Office national de l'énergie et l'article 120.1 (1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), c. N-7, telle qu'elle a été modifiée.
21. Les professeurs Nguyen Quoc Dinh, Daillier et Pellet mettent en évidence avec leur clarté habituelle les caractéristiques de la décision de nature juridictionnelle ou issue d'un processus juridictionnel : « une décision fondée sur des considérations juridiques, obligatoire pour les parties, prononcée par un organe indépendant des parties au litige, à l'issue d'une procédure contradictoire et garantissant les droits de la défense et l'égalité des parties ». Voir : D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 5e éd., Paris, LGDJ, 1994, nº 535, p. 815. Un système sera fortement ou faiblement juridictionnel selon que ces qualités s'y retrouvent avec plus ou moins de vigueur.
22. ALENA, art. 2006 et 2007.
23. ALENA, art. 2018.

différends ne sont pas tout à fait insensibles aux rapports de force politiques, qui orientent, fatalement, toute solution diplomatique[24].

La faiblesse juridictionnelle du mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA se manifeste aussi dans son incapacité de prononcer des sanctions, d'annuler ou de casser une mesure, en somme, de poser quelque acte traditionnellement assimilé, en droit interne, au pouvoir juridictionnel. Malgré toute l'autorité morale de leurs décisions, et bien que celles-ci puissent influer sur la donne, voire la modifier radicalement, les groupes d'experts ne détiennent, au fond, qu'un pouvoir de recommandation. S'il est vrai que leurs rapports peuvent ultimement conduire à des mesures compensatoires contre un État déclaré délinquant, celles-ci résultent d'une décision de l'État-plaignant et sont définies par ce dernier ; elles ne participent pas du milieu juridictionnel, elles appartiennent à l'arsenal politique ; à leur façon, elles continuent ou représentent l'aboutissement d'une trame où prédomine la diplomatie. Au demeurant, la mesure compensatoire est un moyen extrême, rarement mis à exécution dans les relations économiques internationales[25].

Il est peu probable que le chapitre 20 de l'ALENA en vienne à fonder une source autonome de règles de portée générale. En effet, jusqu'à maintenant, les groupes d'experts constitués en vertu du chapitre 18 de l'ALE ou du chapitre 20 de l'ALENA ont fait preuve de peu d'activisme normatif ; ils ont été réticents à s'engager dans la fabrication de principes de portée générale, mettant plutôt l'accent sur la résolution pragmatique des différends et la recherche du compromis. L'attitude des groupes d'experts peut notamment s'expliquer par la relative perméabilité des chapitres 18 de l'ALE et 20 de l'ALENA aux facteurs politiques et au jeu diplomatique, de même que par leur absence de permanence : la composition des groupes d'experts change d'une affaire à l'autre, ce qui complique la formation d'une jurisprudence cohérente[26].

---

24. Pour un compte rendu de cette pratique, voir : V. LOUNGNARATH et C. STEHLY, « Le mécanisme général de règlement des différends dans l'ALENA et le système OMC : le régionalisme est-il vraiment préférable au multilatéralisme ? », (1998) 32 *R.J.T.* n° 3 (sous presse).
25. Voir M.J. TREBILCOCK et R. HOWSE, *The Regulation of International Trade*, Londres/New York, Routledge, 1995, p. 393, en ce qui concerne les cadres du GATT de 1947 et de l'Organisation mondiale du commerce.
26. Dans l'*Affaire de l'interprétation de l'article 701.3 et de l'observation de cet article par le Canada en ce qui concerne les ventes de blé dur* (8 février 1993), ALE 93-101, CDA-92-1807-01 (Ch. 18, Groupe spéc.), le groupe spécial constitué en vertu du chapitre 18 de l'ALE faisait remarquer que la mise en place de groupes spéciaux « de nature plus permanente, par opposition à des Groupes spéciaux établis à des fins précises », serait propice à une interprétation prudente et uniforme de l'accord. À ce ce sujet, voir : I. BERNIER, *Bulletin du libre-échange*, vol. 3, n° 5, juin 1993, p. 129.

1.2.2 Second schéma : une instance conçue comme la juridiction interne du partenariat et calquée sur la Cour de justice des Communautés européennes

Les concepteurs chargés de dresser les plans de la juridiction du partenariat pourraient opter pour une proposition concurrente, qui emprunterait au schéma de la Cour de justice des Communautés européennes. Le projet consisterait à mettre sur pied dans le cadre du partenariat un nouvel ordre juridictionnel, autonome, occupant une position intermédiaire entre, d'une part, l'ordre international auquel il appartiendrait de par sa naissance et, d'autre part, les juridictions étatiques auxquelles il se comparerait quant à plusieurs de ses caractéristiques fonctionnelles.

Il convient, à ce stade, de tracer un portrait sommaire de cette institution *sui generis* remarquable qu'est la Cour de justice des Communautés européennes, puisque le schéma dont il est ici question consiste, au fond, à transposer cette institution au contexte du partenariat, avec les adaptations nécessaires.

La Cour de justice des Communautés européennes aura joué un rôle de premier plan dans les processus européens d'intégration économique et de structuration politique, les façonnant tantôt comme force accélératrice, tantôt comme force organisatrice. Sa jurisprudence a posé des jalons importants dans la construction européenne, imprimé des trajectoires, dessiné des perspectives. En stimulant, en suppléant parfois, les rouages politiques lorsqu'ils se trouvaient en panne ou à tourner au ralenti, la Cour de Luxembourg a démontré une vigueur qui a largement dépassé les espérances initiales.

La Cour de justice des Communautés européennes a pour mission générale d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité[27] ». Ses interventions dépassent toutefois les traités européens[28] : en effet, elles s'étendent à l'ensemble du droit qui en dérive. La Cour de Luxembourg n'agit pas comme une instance d'appel ou de cassation à l'égard des tribunaux domestiques. Entre la juridiction communautaire et la juridiction nationale, il n'y a pas de hiérarchie ni de lien de subordination. L'arrimage des deux ordres de compétence contentieuse s'effectue

27. Traité CE, art. 164 ; traité Euratom, art. 136 ; traité CECA, art. 31.
28. Dans la présente étude, l'expression « traités européens » désigne l'ensemble des traités et protocoles qui organisent l'Union et les Communautés européennes. L'expression vise tant les traités primitifs et fondateurs que les accords les ayant subséquemment modifiés. Pour une liste des traités européens, voir : L. CARTOU, *op. cit.*, note 15, pp. 127 et 128. Voir aussi : *Joly Communautaire*, G. BARANGER (dir.), t. 1, Paris, Joly Éditions (avec mise à jour) sous la rubrique « Traités ».

principalement au moyen du renvoi préjudiciel[29], une procédure qui repose sur la coopération juridictionnelle et le « dialogue de juge à juge[30] ».

La Cour de justice des Communautés européennes possède une compétence d'attribution par opposition à une compétence de droit commun[31]. Des contentieux qu'elle connaît, celui des litiges interétatiques, le contentieux de nature administrative et, enfin, celui de l'interprétation se présentent comme les plus significatifs aux fins de notre étude.

La Cour de Luxembourg juge des manquements des États membres aux obligations découlant des traités européens[32]. De façon générale, elle peut être saisie par voie de compromis de tout litige présentant une connexité avec l'objet de ces traités[33]. À l'égard de ce contentieux, elle exerce une pleine juridiction[34]. On reconnaît dans ces compétences des fonctions classiquement attribuées aux juridictions internationales. Le traité de Maastricht[35] a cependant distancé le cas européen de celles-ci en introduisant un élément pour le moins inusuel dans les juridictions internationales, à savoir la sanction pécuniaire à l'égard de l'État qui ne se conforme pas à une décision de la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, cette dernière peut désormais condamner à une astreinte ou à une amende un État qui n'aurait pas exécuté un arrêt constatant un manquement à une ou des obligations imposées par le traité CE[36] ou le traité Euratom[37].

Dans le cadre du contentieux de nature administrative, la Cour de justice des Communautés européennes est appelée à contrôler les actes et les abstentions des institutions européennes. Cette fonction repose sur diverses voies de droit dont les principales sont le recours en annulation et

29. Traité CE, art. 177.
30. D. SIMON, « Les mécanismes juridictionnels dans la Communauté européenne », dans *Europes et Amériques, perspectives convergentes et divergentes sur le droit international*, t. 1, Montréal/Québec, Cahier des communications du colloque commun SGDI-SFDI, 1992, p. 16.
31. L. CARTOU, « Cour de justice et Tribunal de première instance », dans *Joly communautaire, op. cit.*, note 28, p. 1, à la page 8, n° 29.
32. Voir par exemple : traité CE, art. 169.
33. Voir par exemple : traité CE, art. 182.
34. La notion de pleine juridiction est issue du droit administratif français. Le contentieux de pleine juridiction s'oppose aux contentieux de l'annulation et de l'interprétation. Dans le cadre du contentieux de pleine juridiction, le juge dispose de pouvoirs étendus : il « statue en fait et en droit, juge des personnes, inflige des peines, prononce des dommages-intérêts, attribue des réparations, etc. ». Voir : L. CARTOU, *op. cit.*, note 15, pp. 169 et 170.
35. *Supra*, note 9.
36. Voir le nouvel article 171 du traité CE, introduit par le *Traité de Maastricht*, et qui prolonge l'article 169 du traité CE.
37. Traité Euratom, art. 143.

le recours en carence. La Cour de justice des Communautés européennes peut ainsi, à la faveur du premier type de recours, annuler un acte communautaire pour « incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir », pose l'article 173 du traité CE ; à ces motifs s'en ajoutent quelques autres, développés dans la jurisprudence[38]. Par ailleurs, la Cour de justice des Communautés européennes reçoit le recours en carence, dont la vocation est de faire censurer une abstention de l'Administration communautaire contraire aux traités. Ces recours ne sont pas l'apanage des États membres ou des organes communautaires : les personnes physiques ou morales y ont accès dans certaines conditions[39].

La Cour de justice des Communautés européennes remplit une fonction de régulation juridictionnelle, en ce qu'elle recherche une unité d'interprétation et d'application des règles communes[40]. C'est, pour l'essentiel, le contentieux de l'interprétation qui alimente cette « juridiction régulatrice[41] » de la Cour de justice des Communautés européennes. Il a pour pivot la procédure du renvoi préjudiciel de l'article 177 du traité CE, qui présente la particularité d'installer un dialogue entre la juridiction étatique et la Cour de justice des Communautés européennes. Le renvoi préjudiciel conduit « juridiction nationale et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres [...] à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision, en vue d'assumer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres[42] ».

En vertu de l'article 177 du traité CE, une juridiction étatique, lorsqu'elle est placée devant une question sur l'interprétation du droit communautaire ou l'appréciation de sa validité, peut, avant jugement, demander à la Cour de justice des Communautés européennes de statuer sur cette question. Elle sera cependant dans l'obligation de le faire si ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.

Le renvoi préjudiciel emporte un partage compartimenté des tâches. D'une part, la Cour de justice des Communautés européennes jouit d'un monopole quant à l'interprétation de dernier ressort et à l'appréciation définitive de validité du droit communautaire[43]. D'autre part, c'est au juge

38. L. CARTOU, *op. cit.*, note 15, p. 167.
39. Traité CE, art. 175.
40. D. SIMON, *loc. cit.*, note 30, 10 et 12.
41. *Id.*, 12.
42. *Firma* c. *Schwarze* (n° 16/65), [1965] 11 C.J.C.E. Rec. 1081, 1095, 1er décembre 1965.
43. A. DE MESTRAL et J. WINTER, « Dispute Settlement under the North American Free Trade Agreement and the Treaty of European Union », *Revue d'intégration européenne*, n° 17, 1993-1994, 235, 256.

interne qu'il incombe d'appliquer aux faits de l'espèce le droit communautaire déclaré par la Cour de justice des Communautés européennes, car, dans le cadre du renvoi préjudiciel, la compétence de celle-ci n'est que déclaratoire. C'est aussi à lui qu'il revient, ultimement, d'interpréter les textes nationaux, cet exercice devant cependant tenir compte des indications de la Cour de Luxembourg. De plus, le juge national apprécie la compatibilité du droit national avec le droit communautaire tel qu'il est interprété par la Cour de justice des Communautés européennes, puisque, à strictement parler, la tâche de celle-ci se limite à l'interprétation des textes communautaires[44]. Le juge interne apparaît donc comme le « juge communautaire de droit commun[45] », investi de la tâche d'assurer le plein effet du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux qui, par ailleurs, conservent à l'égard de celui-ci leur autonomie procédurale.

Manifestation additionnelle de l'interaction des deux ordres juridictionnels : les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes peuvent faire l'objet d'une exécution forcée « selon les règles de la procédure civile en vigueur dans l'État sur le territoire duquel elle a lieu[46] ».

Sous l'éclairage de l'expérience européenne se dessine donc un modèle juridictionnel pour le partenariat qui comporterait trois grandes caractéristiques. Premièrement, l'instance juridictionnelle serait appelée à trancher les litiges interétatiques suscités par les divers instruments régissant le partenariat ou les mettant en cause. Deuxièmement, elle contrôlerait la légalité des actes ou des abstentions des divers organes du partenariat. Troisièmement, un mécanisme de renvoi préjudiciel, similaire à celui de l'article 177 du traité CE, viendrait institutionnaliser un dialogue coopératif entre la juridiction du partenariat et le juge interne, et il jouerait un rôle majeur dans l'interprétation du traité de partenariat et des instruments juridiques y afférents.

1.3 Une autonomie budgétaire à l'image de celle de la Communauté européenne

L'Entente du 12 juin 1995 n'indique pas clairement si les institutions du partenariat détiendront un véritable pouvoir budgétaire, c'est-à-dire une capacité autonome de décider des dépenses et des revenus. En fait, le document ne fait qu'une allusion mineure au cadre budgétaire, posant que le « financement des institutions du Partenariat sera paritaire, sauf pour les dépenses occasionnées par les parlementaires, qui seront à la charge de

44. D. Simon, *loc. cit.*, note 30, 16; L. Cartou, *loc. cit.*, note 31, n° 49, 19.
45. D. Simon, *loc. cit.*, note 30, 18.
46. Traité CE, art. 187 et 192.

chaque État[47] ». Nous faisons néanmoins l'hypothèse que le partenariat aura une certaine autonomie budgétaire, comparable à celle dont jouit la Communauté européenne.

Même si les pouvoirs budgétaires de la Communauté européenne sont beaucoup moins étendus que ceux du gouvernement central d'une fédération, ils ne sont pas pour autant insignifiants. Préparé pour l'essentiel par la Commission des Communautés européennes[48], le budget communautaire est librement adopté par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne[49] selon une procédure complexe centrée sur un mouvement de navette entre les deux institutions. Outre les dépenses de fonctionnement des institutions, le budget communautaire inclut des crédits alloués à divers fonds à finalité structurelle, dont l'administration relève de la Commission. Il est intégralement financé non plus par les contributions des États membres[50] mais par des ressources propres, définies par le professeur Guy Isaac comme « des recettes affectées une fois pour toutes aux Communautés pour financer leurs budgets et leur revenant de droit, sans qu'une décision ultérieure des autorités nationales doive intervenir[51] ».

Les ressources propres comprennent des prélèvements agricoles, les droits du tarif douanier commun, des points de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et une recette calculée sur la base d'un taux appliqué au produit national brut des États membres[52]. L'exécution des ressources propres relèvent des États membres ; elles sont perçues selon les dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales mais adaptées au droit communautaire[53]. Le régime des ressources propres n'entraîne donc pas

47. Entente du 12 juin 1995, précitée, note 6.
48. La Commission des Communautés européennes sera ci-après citée : « Commission ».
49. Le Conseil de l'Union européenne sera ci-après cité : « Conseil ».
50. Jusqu'en 1970, le budget communautaire a été financé par les contributions des États membres, réparties selon une clé établie par le traité CE (art. 200 (1)). Ce régime a été modifié par une décision du Conseil qui attribuait aux Communautés des ressources propres (décision du 21 avril 1970, n° 70/243/CECA/CEE/Euratom, JOCE, n° L.94 du 28 avril 1970 ; cette décision a été remplacée par la décision du 7 mai 1985, décision 85-257, JOCE, n° L.128 du 14 mai 1985, puis par la décision du 24 juin 1988, décision 88-376, JOCE, n° L.185 du 15 juillet 1988 et, enfin, par la décision du 31 octobre 1994, *infra*, note 52). Le principe des ressources propres se retrouve dans le nouvel article 201 du traité CE, introduit par le *Traité de Maastricht*.
51. G. ISAAC, *Droit communautaire général*, 5e éd., Paris, Éditions Masson, 1996, p. 97.
52. Décision du Conseil 94/728/CE, Euratom, 31 octobre 1994 : JOCE, n° C-293, 12 novembre 1994, p. 9.
53. L. CARTOU, « Institutions financières », dans *Joly communautaire*, *op. cit.*, note 28, p. 1, à la page 20, n° 44.

d'intrusion directe dans l'ordre juridique interne, même si la Communauté européenne est directement titulaire des ressources propres[54].

Si l'autonomie budgétaire de la Communauté européenne existe, elle n'a cependant rien d'absolu. Ainsi, les modifications au système des ressources propres sont soumises à une procédure lourde, qui implique une décision unanime du Conseil et leur adoption par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives[55]. En principe, recettes et dépenses du budget doivent s'équilibrer[56]. Selon la décision du Conseil du 31 octobre 1994, les crédits d'engagement ne peuvent dépasser un plafond de 1 p. 100 du produit national brut de l'ensemble des pays de la Communauté européenne[57].

1.4 L'action internationale du partenariat

L'Entente du 12 juin 1995 établit que les deux États membres pourront convenir de positions communes en matière de commerce international et s'entendre en matière de représentation internationale[58].

Le cas européen est plus explicite et va plus loin que l'Entente du 12 juin 1995 sur le chapitre des relations extérieures. La Communauté possède la personnalité juridique internationale[59] et se voit ainsi reconnaître la capacité de conclure des traités internationaux. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a donné une application large à sa compétence sur la pratique des relations extérieures, posant, d'une part, que celle-ci s'étend aux prolongements extérieurs de tout domaine qui entre dans le cadre des compétences communautaires et, d'autre part, que cette compétence est exclusive pour ce qui est des engagements convention-

54. *Id.*, p. 1, à la page 21, n° 45.
55. C'est le nouvel article 201 du traité CE, introduit par le *Traité de Maastricht*. Voir : V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR et D. SIMON, *Traité sur l'Union européenne*, Paris, Economica, 1995, pp. 703 et 704 (commentaire de V. Constantinesco).
56. Traité CE, art. 199, tel qu'il a été introduit par le *Traité de Maastricht*.
57. Décision du Conseil 94/728/CE, précitée, note 52.
58. En fonction de la dynamique des institutions communes et du rythme de leurs aspirations, rien n'empêchera les deux États membres de s'entendre dans tout autre domaine d'intérêt commun, tel que :
    [...]
    - [e]n matière de commerce international (par exemple, pour convenir de positions communes pour le maintien de l'exception culturelle dans l'OMC et l'ALENA) ;
    - [e]n matière de représentation internationale (par exemple, lorsqu'il le jugera utile ou nécessaire, le Conseil pourra décider que le Partenariat parlera d'une seule voix au sein d'instances internationales) [...].

    Voir l'Entente du 12 juin 1995, précitée, note 6.
59. Traité CE, art. 210.

nels[60]. La procédure générale régissant la négociation et la conclusion des traités par la Communauté est établie par l'article 228 du traité CE[61]. Celui-ci confie la maîtrise d'œuvre des négociations à la Commission, tandis que le Conseil occupe le rôle central dans la conclusion des traités. Dans le schéma général de l'article 228 du traité CE, le traité conclu par la Communauté se répercute sur les États membres par l'entremise de son dernier paragraphe, lequel énonce tout simplement que les accords conclus par la Communauté lient les États membres. Outre les accords internationaux, la Communauté déploie ses compétences extérieures sous la forme de relations diplomatiques avec les États tiers et de rapports avec les organisations internationales[62]. Enfin, elle exerce un contrôle sur les traités conclus par les États membres par le jeu de l'article 5 du traité CE, lequel établit à la charge des États membres une obligation de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril l'atteinte des objectifs du traité.

En ce qui concerne le partenariat envisagé ici, le précédent européen n'est pas dénué d'intérêt, en particulier en ce qui a trait à la question de son insertion dans la zone de l'ALENA. On pourrait en effet envisager, à la lumière de l'expérience européenne, que le partenariat succède au Canada dans l'ALENA, ce qui réduirait sensiblement en nombre et en complexité les adaptations techniques à effectuer dans cette zone économique pour tenir compte de la nouvelle donne politique au nord. Mais ce serait là le sujet d'une autre étude... Dans tous les cas, la transposition de l'organisation des relations extérieures de la Communauté européenne au contexte du partenariat supposerait comme préalable que ce dernier soit doté de la personnalité juridique internationale. À partir de là, celui-ci pourrait négocier et conclure des traités qui lieraient automatiquement les États membres dans l'ordre juridique international pour peu que le traité instituant le partenariat contienne une disposition semblable au dernier paragraphe de l'article 228 du traité CE. Un tel système n'opérerait donc pas de transfert de la Couronne aux droits du Canada vers des instances supranationales en ce qui a trait à sa prérogative de négocier, de signer et de ratifier les traités internationaux ; qui plus est, il serait entièrement situé à l'extérieur du cadre constitutionnel canadien. Pour ces raisons, sa compatibilité avec le cadre constitutionnel canadien ne fait pas de doute.

---

60. L. CARTOU, *op. cit.*, note 15, pp. 588 et 589.
61. Traité CE, art. 228, tel qu'il a été introduit par le *Traité de Maastricht.*
62. L. CARTOU, « Institutions », dans *Joly communautaire, op. cit.*, note 28, p. 1, à la page 7, n° 17.

1.5 La primauté du droit du partenariat sur le droit national

Très tôt, la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé la prépondérance du droit communautaire sur le droit national. C'est ainsi que, dans l'importante affaire *Costa* c. *Enel*, la Cour de Luxembourg s'exprime comme suit :

> Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même[63].

Nous transposons au contexte du partenariat ce principe, tel qu'il a été élaboré par la juridiction communautaire.

2. L'implantation du partenariat dans l'ordre juridique canadien : l'analogie de l'entrée de la Grande-Bretagne dans les Communautés européennes

Après avoir présenté sommairement la logique qui anime les rapports entre le droit interne canadien et les engagements juridiques du Canada sur la scène internationale, nous tâcherons de décrire la technique législative utilisée pour implanter l'ordre communautaire dans le droit interne britannique et de mettre en relief qu'un dispositif inspiré d'une telle technique pourrait servir d'articulation entre le droit interne canadien et le partenariat.

2.1 Les rapports entre ordre juridique interne et droit international public : une logique dualiste sur le chapitre des engagements conventionnels du Canada

Au Canada, les rapports entre les ordres juridiques international et interne sont principalement aménagés selon la logique dualiste. Cela implique notamment qu'un traité, ou un instrument juridique en découlant, ne créera pas de droits ni d'obligations pour les particuliers dans leurs rapports réciproques ou dans leurs rapports avec l'État à moins d'avoir été transformé en un instrument reconnu par l'ordre juridique interne, soit dans la plupart des cas, une loi du Parlement fédéral dite loi de mise en œuvre[64]. Telle qu'elle se manifeste en droit canadien, la conception dualiste produit, à l'état brut, un cloisonnement entre le droit conventionnel international et l'ordre juridique interne.

Le cloisonnement n'est cependant pas absolu. D'abord, il est atténué par une règle interprétative selon laquelle, en cas d'ambiguïté dans une loi,

---

63. *Costa* c. *Enel* (n° 6/64), [1964] 10 C.J.C.E. Rec. 1141, 1160, 15 juillet 1964 ; voir aussi l'arrêt *Simmenthal* (n° 2) (n° 106/77), [1978] 1 C.J.C.E. 629, 9 mars 1978.
64. J.M. Arbour, *Droit international public*, 3 éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 159 ; *Francis* c. *La Reine*, [1956] R.C.S. 618.

le juge privilégiera une interprétation conciliable avec les traités et accords internationaux auxquels le Canada est partie[65]. Ce principe s'applique autant aux lois fédérales qu'aux lois provinciales.

Mais surtout, le pouvoir législatif peut, assez facilement au moyen d'interventions techniquement banales, construire des passerelles entre les ordres juridiques international et interne. Au fond, au-delà du modèle théorique du dualisme, l'intensité et l'ampleur de la présence du droit international dans le droit interne dépendent de la volonté du Parlement. Ainsi, la technique dite du traité-loi implique que les dispositions du traité font partie du droit interne et qu'elles pourront être directement invoquées devant les tribunaux. Dans le cadre de cette technique, le traité est transformé au moyen d'un texte législatif disposant que l'instrument international en cause est « approuvé et a force de loi[66] ». Très souvent, le texte du traité figure en annexe de la loi. Par contre, le cloisonnement entre les ordres juridiques interne et international sera presque total si le législateur se limite à une approbation simple du traité dans sa loi de mise en œuvre : le traité en cause ne s'appliquera alors pas à l'intérieur du Canada, ni ne pourra-t-on faire valoir ses dispositions dans la juridiction interne[67].

---

65. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3 éd., Scarborough, Carswell, 1992, p. 286 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 661 et 662 ; *National Corn Growers Association* c. *Tribunal des importations du Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1324 ; *In the Matter of a Reference as to the Powers of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208. Cette règle interprétative a cependant une portée limitée, comme il se dégage, par exemple, de la décision du groupe d'experts formé en vertu du chapitre 19 de l'ALENA dans *L'affaire de Ficelle synthétique pour ramasseuse-presse avec une résistance à la tension de 200 lb ou moins, originaire ou exportée des États-Unis d'Amérique*, ALE-95-102, CDA-94-1904-02, en particulier aux pages 16 à 19, décision rendue le 10 avril 1995 et résumée dans I. BERNIER et S. DUFOUR, *Bulletin du libre-échange*, vol. 5, n° 2, juillet 1995, pp. 13-15.
66. Voir par exemple la *Loi sur la Convention Canada—Royaume-Uni relative aux jugements en matière civile et commerciale*, L.R.C. (1985), c. C-30, art. 2.
67. C'est notamment le cas de l'*Accord de libre-échange nord-américain* qui a été simplement approuvé par le Parlement fédéral par l'entremise de l'article 10 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44. Dans l'affaire *Les Entreprises de rebut Sanipan* c. *Procureur général du Québec*, [1995] R.J.Q. 821, 846 (C.S.), le juge Croteau de la Cour supérieure du Québec confirme que « le législateur a mis en œuvre l'accord sans lui octroyer le droit de s'appliquer à l'intérieur du Canada ». À noter que, dans sa partie II, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* amène un nombre important de modifications à des lois fédérales existantes. Il va de soi que, par ces modifications législatives, l'ALENA a transformé le droit interne canadien. Lorsque le juge Croteau pose que l'ALENA ne s'applique pas à l'intérieur du Canada, il n'a pas en tête ces modifications mais plutôt l'accord international primitif.

Les normes et institutions du partenariat appartiendraient formellement à l'ordre juridique international. Certes, de la logique dualiste canadienne, il résulte que la responsabilité internationale du Canada serait engagée dans l'hypothèse où ce pays faillirait à ses obligations en vertu du traité de partenariat ou des instruments juridiques en dérivant. Mais il découle tout autant des règles canadiennes qui gouvernent les rapports entre les ordres juridiques interne et international que la reconnaissance et l'effectivité des normes et institutions du partenariat dans le droit interne ne seraient pas automatiques : elles nécessiteraient le soutien du législateur domestique, la mise en place d'un relais dans la législation nationale.

2.2 L'expérience britannique et le partenariat

S'il fallait construire un relais entre le système normatif du partenariat et l'ordre juridique interne, à quoi pourrait-il ressembler ? L'expérience de l'entrée de la Grande-Bretagne dans les Communautés européennes fournit une piste intéressante ; elle suggère que ce relais pourrait s'articuler autour d'un dispositif législatif assez simple, somme toute. En effet, l'introduction des traités européens et du corpus juridique en dérivant dans le droit interne britannique s'est principalement effectuée par l'entremise de l'*European Communities Act 1972*[68], une loi du Parlement qui ne comportait que douze articles au moment où elle fut adoptée. Alors que plusieurs pays durent recourir à la modification constitutionnelle pour participer aux Communautés européennes, puis à l'Union européenne, « [i]t took only a few lines in an Act of Parliament to receive within the United Kingdom a massive body of Community law and to equip the British government with additional powers to handle Community affairs[69] ». La banalité de la technique utilisée pour réaliser une entreprise considérable — il s'agissait tout de même d'ajouter une dimension à l'ordre juridique interne, de créer, dans les faits, de nouvelles sources de droit interne[70] — révélait, une fois de plus, la remarquable souplesse de la tradition constitutionnelle britannique, sa grande capacité d'adaptation. Le Canada se réclame de cette tradition constitutionnelle, comme il ressort clairement du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*[71].

---

68. *European Communities Act 1972*, c. 68, telle qu'elle a été modifiée.
69. A.W. BRADLEY, « The Sovereignty of Parliament in Perpetuity ? », dans J. JOWELL et D. OLIVER (dir.), *The Changing Constitution*, 3 éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 79, à la page 92.
70. O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, 7e éd., Londres, Sweet et Maxell, 1987, pp. 97 et 98.
71. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3. Sur la reconnaissance du caractère constitutionnel d'un principe par le jeu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relativement à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et à la compétence de l'Assemblée législative à cet égard*, [1997] 3 R.C.S. 3, 63-78.

2.2.1 La dimension normative de l'*European Communities Act 1972*

Les droits et obligations issus de l'ordre juridique communautaire qui sont d'application ou d'effectivité directe obtiennent reconnaissance et force exécutoire dans l'ordre juridique interne par le jeu de l'article 2 (1) de l'*European Communities Act 1972* :

> 2 (1) All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognized and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression «enforceable Community right» and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.

En particulier, l'article 2 (1) incorpore au droit interne du Royaume-Uni les règlements communautaires, d'application directe, de même que les dispositions des traités européens et les directives, dans la mesure où elles ont la qualité d'effectivité directe. Outre les textes en vigueur au moment de l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes, l'incorporation opérée par l'article 2 (1) vise les règlements et directives édictés postérieurement à cet événement. La doctrine britannique y a vu une innovation constitutionnelle[72] pleinement compatible, au demeurant, avec les grands principes constitutionnels du Royaume-Uni.

L'article 2 (1) participe de la technique de la législation par renvoi. Il n'implique pas une translation formelle de compétences vers les institutions européennes.

Par ailleurs, l'article 2 (2) de l'*European Communities Act 1972*[73] investit l'Administration du pouvoir de mettre en œuvre les actes

---

72. O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *op. cit.*, note 70, p. 97.
73. Cette disposition se lit comme suit :
    2.- [...]
    (2) Subject to Schedule 2 to this Act, at any time after its passing Her Majesty may by Order in Council, and any designated Minister or department may by regulations, make provision-
    (a) for the purpose of implementing any Community obligation of the United Kingdom, or enabling any such obligation to be implemented, or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by vitue of the Treaties to be exercised ; or
    (b) for the purpose of dealing with matters arising out of or related to any such obligation or rights or the coming into force, or the operation from time to time, of subsection (1) above ;
    and in the exercise of any statutory power or duty, including any power to give directions or to legislate by means of orders, rules, regulations or other subordinate instrument, the person entrusted with the power or duty may have regard to the

communautaires qui ne sont pas d'application ni d'effectivité directe, ce qui inclut la plupart des directives européennes. L'intervention de l'Administration peut prendre la forme d'un décret gouvernemental ou d'un règlement ministériel. L'exercice de ce pouvoir est cependant assujetti à des limitations et des conditions, qui figurent dans l'annexe 2 de la loi. En particulier, l'Administration ne peut s'autoriser de l'article 2 (2) pour augmenter les taxes ou en créer de nouvelles, édicter des règles ayant un effet rétroactif, sous-déléguer le pouvoir de mise en œuvre (à l'exception des règles de procédure des tribunaux) ou créer certains types d'infractions criminelles[74]. En outre, l'exercice du pouvoir confié à l'Administration par l'article 2 (2) est soumis au contrôle du Parlement[75]. L'article 2 (4) de l'*European Communities Act 1972* donne aux actes édictés en vertu de l'article 2 (2) la valeur d'une loi du Parlement[76].

2.2.2 La dimension juridictionnelle de l'*European Communities Act 1972*

Sur ce chapitre, l'intervention du législateur britannique poursuivait trois finalités principales. Premièrement, il fallait élever la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes au rang de source de droit susceptible d'être manipulé par le juge interne. Deuxièmement, il apparaissait utile de conforter celui-ci dans son rôle de « juge communautaire de droit commun[77] » et de donner un fondement législatif à sa responsabilité d'assurer dans l'ordre juridique interne le plein effet du droit communautaire. Troisièmement, s'imposait la nécessité d'intégrer à la juridiction interne le mécanisme du renvoi préjudiciel.

Ces objectifs ont été atteints par le jeu de deux dispositions de l'*European Communities Act 1972*, soit les articles 2 (1) et 3 (1). En reconnaissant le caractère exécutoire de l'ensemble des droits et obligations engendrés par le dispositif européen, l'article 2 (1) — évoqué plus haut — investit la juridiction interne de la mission de veiller à ce que le droit communautaire reçoive plein effet à l'intérieur du Royaume-Uni ; la disposition confirme ainsi le juge interne dans ses fonctions de « juge communautaire de droit commun » ; elle l'autorise à mettre en œuvre ces droits et obligations à qui la

---

objects of the Communities and to any such obligation or rights as aforesaid.
In this subsection « designated Minister or department » means such Minister of the Crown or government department as may from time to time be designated by Order in Council in relation to any matter or for any purpose, by subject to such restrictions or conditions (if any) as may be specified by the Order in Council.

74. *European Communities Act 1972*, précitée, note 68, art. 1 de l'annexe 2.
75. *Id.*, art. 2 de l'annexe 2.
76. O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *op. cit.*, note 70, p. 75.
77. D. SIMON, *loc. cit.*, note 30, 18.

juridiction communautaire aura reconnu la qualité d'effectivité directe. En outre, l'article 2 (1) importe dans le droit interne les *remedies and procedures* découlant directement ou indirectement des traités européens. Selon les professeurs O. Hood Phillips et Paul Jackson, l'expression viserait tout particulièrement le renvoi préjudiciel de l'article 177 du traité CE[78].

Par ailleurs, l'article 3 (1) de l'*European Communities Act 1972* se lit ainsi :

> 3 (1) For the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any Community instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court or any court attached thereto).

L'article 3 (1) renforce les assises en droit interne du mécanisme de renvoi préjudiciel. Ensuite, il exige des tribunaux aux prises avec des litiges mettant en cause le droit communautaire de décider en fonction des principes posés dans les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Enfin, toute question relative à la validité, l'interprétation ou l'application d'une disposition d'un traité européen ou d'un acte communautaire est assimilée par l'article 3 (1) à une question de droit « that is to be determined by the judge, not the jury, and in the light of argument from counsel not on the basis of evidence by expert witnesses[79] ».

2.2.3 La dimension budgétaire de l'*European Communities Act 1972*

Les rédacteurs de l'Entente du 12 juin 1995 n'ont pas avalisé l'hypothèse d'un partenariat disposant d'une autonomie ou d'un pouvoir budgétaire d'un degré semblable à ce qui se rencontre dans la Communauté européenne. Mais si ce dernier scénario se réalisait, il s'insérerait sans difficulté dans le schéma du droit public canadien. En effet, il respecterait ce principe cardinal du droit public canadien selon lequel seule une loi du Parlement peut mettre des sommes d'argent à la disposition du gouvernement[80] : rappelons que, dans le système européen, l'exécution des ressources propres incombe aux États membres et est effectuée conformément au droit national. Dans le cas de la Grande-Bretagne, qui présente des analogies certaines avec celui du Canada, l'arrimage entre le système des ressources

78. O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *op. cit.*, note 70, p. 98.
79. *Ibid.* ; *R.* v. *Goldstein*, [1982] 1 W.L.R. 804 (C.A.).
80. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 71, art. 53 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, p. 597 ; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), c. F-11, art. 26, 32 et 43 ; *Loi sur l'administration financière du Québec*, L.R.Q., c. A-6.

propres de la Communauté européenne et l'ordre interne repose principalement sur l'article 2 (3) de l'*European Communities Act 1972* :

> 2 (3) There shall be charged on and issued out of the Consolidated Fund or, if so determined by the Treasury, the National Loans Fund the amounts required to meet any Community obligation to make payments to any of the Communities or member States, or any Community obligation in respect of contributions to the capital or reserves of the European Investment Bank or in respect of loans to the Bank, or to redeem any notes or obligations issued or created in respect of any such Community obligation ; and, except as otherwise provided by or under any enactment, —
>
> (a) any other expenses incurred under or by virtue of the Treaties or this Act by any Minister of the Crown or government department may be paid out of moneys provided by Parliament ; and
>
> (b) any sums received under or by virtue of the Treaties or this Act by any Minister of the Crown or government department, save for such sums as may be required for disbursements permitted by any other enactment, shall be paid into the Consolidated Fund or, if so determined by the Treasury, the National Loans Fund.

2.2.4 Le cas du partenariat

L'analogie entre, d'une part, l'entrée de la Grande-Bretagne dans les Communautés européennes et, d'autre part, la situation du Canada face au partenariat, ne devrait choquer personne.

D'abord, parce qu'en ce qui a trait aux rapports entre le droit international et le droit national, « les règles fondamentales en vigueur au Canada [...] ne diffèrent pas beaucoup de celles du Royaume-Uni sauf dans la mesure où il a été nécessaire de les adapter au système fédéral[81] ». Ensuite, parce que, comme cela a déjà été souligné, des parallèles peuvent être tentés entre le partenariat et les institutions européennes. La comparaison a certes ses limites : une dynamique à quinze sur le continent européen ne peut pas s'appréhender exactement de la même façon qu'un rapport bilatéral, sis à l'ordre de la puissance américaine, on le concevra aisément. Néanmoins, le partenariat et l'entreprise européenne ont en commun de relativiser la représentation et le cadre classiques de la souveraineté nationale, selon des modes et des degrés qui, nous semble-t-il, autorisent certains exercices comparatifs.

De l'expérience britannique se dégagent deux enseignements utiles dans le contexte du partenariat. En premier lieu, il apparaît peu plausible que la participation du Canada au partenariat nécessite des modifications à sa constitution : une loi du Parlement fédéral suffirait à donner pleine

81. A.L.C. DE MESTRAL et S.A. WILLIAMS, *Introduction au droit international public*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 31.

signification à l'entreprise du partenariat dans l'ordre juridique interne du Canada, du moins si l'on fait abstraction des contraintes que fait peser l'organisation fédérale du Canada[82].

En second lieu, l'*European Communities Act 1972* britannique pourrait vraisemblablement servir de modèle. Ce serait donc par le truchement d'une opération législative fort peu complexe et facilement accessible que se déploierait le partenariat dans l'espace juridique intérieur du Canada.

3. Quelques problématiques constitutionnelles que soulève le partenariat pour le Canada

3.1 La problématique du transfert de souveraineté vers les institutions supranationales

Il n'est pas acquis que le partenariat, tel qu'il est esquissé dans la section 2, se traduise par des transferts de souveraineté vers des institutions supranationales. Comme le rappelle le professeur Masclet, « la notion de souveraineté se prête à interprétation dans sa signification comme dans sa portée[83] ». L'exercice délicat qui consiste à préciser la teneur de la notion de souveraineté sera laissé aux spécialistes de la théorie politique. Il convient néanmoins de mettre en relief que même si le partenariat était assimilé à une dynamique de transfert de souveraineté vers des institutions supranationales, celle-ci ne rencontrerait pas d'obstacle de nature constitutionnelle.

Le paradigme constitutionnel de l'inaliénabilité de la souveraineté justifie par la valeur démocratique l'exercice exclusif de la souveraineté au sein et par l'entremise d'instances issues de la nation. Le paradigme fait partie du classique constitutionnel, mais voilà qu'il est de plus en plus contesté, soumis à rude épreuve par des lieux parallèles de pouvoir — privés ou publics — qui émergent ou se renforcent avec la mondialisation, par toutes ces dynamiques — économiques, politiques, parfois juridiques — qui tendent à globaliser le pouvoir dans des ensembles multinationaux, à le délocaliser à l'extérieur de la nation ou, tout simplement, à le diffuser. L'intégration régionale compte parmi ces dynamiques, du moins lorsqu'elle s'accompagne d'une dévolution de compétences ou de fonctions à des instances supranationales. Il faut ainsi rappeler que l'intégration européenne s'est heurtée au paradigme de l'inaliénabilité de la souveraineté, lequel anime, à des degrés divers, plusieurs constitutions européennes. On a cherché à répondre à la contradiction entre les deux intérêts tantôt par des

82. Nous y reviendrons dans la section 3.5.

83. J.C. MASCLET, « Rapport introductif », dans J.C. MASCLET et D. MAUS (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La Documentation française, 1993, p. 7, à la page 9.

doctrines constitutionnelles raffinées construites sur de fines nuances sémantiques, tantôt au moyen de clauses constitutionnelles reconnaissant d'emblée le phénomène politique supranational ou lui donnant des assises dans l'ordre constitutionnel interne[84]. En témoigne tout particulièrement l'expérience française. Notamment préoccupé par le maintien d'un équilibre entre l'inaliénabilité de la souveraineté et l'intégration européenne, le Conseil constitutionnel entretint pendant plusieurs années une distinction — « contestable et faussement simple » pour le professeur Rideau[85] — entre la limitation de souveraineté, autorisée, et le transfert de souveraineté, interdit. Puis, il y a un changement notable de jurisprudence à la faveur de l'importante décision du 9 avril 1992 sur la question de la conformité à la Constitution du traité de Maastricht, alors que le Conseil constitutionnel se refuse à raisonner en fonction de l'alternative limitation de souveraineté/transfert de souveraineté et privilégie plutôt une grille d'analyse braquée sur la question de savoir si le traité de Maastricht met en cause des conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté[86]. En concluant par l'affirmative, le Conseil constitutionnel donnait le coup d'envoi d'une vaste réforme constitutionnelle, dont l'expression consacrera la préséance des exigences de la construction européenne sur le paradigme de l'inaliénabilité de la souveraineté.

Ce paradigme n'appartient pas à la logique du droit constitutionnel canadien. Il ne pourrait donc faire obstacle au partenariat, dans l'hypothèse où celui-ci impliquerait des « transferts de souveraineté » ou des atteintes aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté », pour reprendre le vocabulaire du Conseil constitutionnel français. En effet, la Constitution canadienne ne réserve pas à des instances issues de la nation l'exercice de la souveraineté. Faut-il s'en étonner alors que le passé colonial n'est pas si lointain et que la principale pièce de l'édifice constitutionnel canadien, la *Loi constitutionnelle de 1867*, est à l'origine une loi coloniale britannique ? Aux institutions nationales, la Constitution canadienne ne reconnaît ni monopole normatif ni monopole juridictionnel. Elle n'interdit pas, au nom de l'inaliénabilité de la souveraineté, la translation de pouvoirs ou de fonctions vers des instances évoluant à l'extérieur du cadre national. En particulier, cela implique que, par simple acte législatif opérant délégation administrative oblique[87], les parlements canadiens pourraient doter les instances

84. *Ibid.*
85. *Id.*, p. 84.
86. Conseil constitutionnel, (1992) 87 J.O.R.F. 5354, décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, J.O.R.F. du 11 avril 1992.
87. L'emploi de l'expression « délégation administrative oblique » constitue un abus de terminologie puisqu'elle appartient au thème du fédéralisme canadien et se rapporte à la question délicate des délégations de pouvoir entre ordres de gouvernement. La déléga-

du partenariat d'un pouvoir réglementaire, semblable dans sa substance à celui que détiennent les administrations canadiennes.

3.2 La production par le partenariat d'instruments normatifs au regard du droit constitutionnel canadien

La mise en place d'un dispositif semblable à celui de l'article 2 (2) de l'*European Communities Act 1972* ne soulève pas de difficulté particulière dans le cadre canadien. En effet, en raison du principe de la suprématie parlementaire, le Parlement a la capacité de confier à l'Administration le pouvoir d'édicter des règles de portée générale. Ces habilitations, désignées par le vocable « délégation législative » sont soumises à deux limitations, peu contraignantes du reste. D'une part, le pouvoir normatif de l'Administration doit reposer sur un texte qui exprime clairement l'intention de délégation législative[88]. Une disposition législative modelée sur l'article 2 (2) de l'*European Community Act 1972* remplirait cette condition. D'autre part, la délégation législative ne doit pas signifier une abdication de pouvoirs[89]. Il est cependant douteux que cette dernière restriction dépasse l'ordre conceptuel et ait des implications pratiques. En effet, dans le renvoi *Re Gray (1918)*[90], la Cour suprême du Canada valida la délégation de pouvoirs législatifs prévue dans la *Loi sur les mesures de guerre* de 1914[91]. Or cette loi transférait au Cabinet fédéral l'ensemble des pouvoirs législatifs du Parlement, à toutes fins utiles. Comme le souligne le professeur Hogg, « since none of the majority judges regarded the *War Measures Act* as an unconstitutional abdication, abandonment or surrender, it is not easy to imagine the kind of delegation that would be unconstitutional[92] ». Les professeurs Brun et Tremblay abondent dans le même sens, faisant remarquer

---

tion administrative oblique se distingue de la délégation législative horizontale. Il y a délégation oblique lorsque : 1) le Parlement fédéral confie un pouvoir réglementaire à une entité administrative de la province ; ou encore 2) lorsque le Parlement provincial confie un pouvoir réglementaire à une entité administrative du palier central ou d'une autre province. La délégation législative horizontale désigne plutôt la délégation de pouvoirs d'un parlement à l'autre. Alors que les tribunaux ont prononcé l'inconstitutionnalité de la délégation législative horizontale, ils ont reconnu la validité constitutionnelle de la délégation oblique : voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, PUM, 1982, pp. 234-235 et 263-265 ; il nous semble que cette position jurisprudentielle conforte la thèse que la délégation administrative oblique dirigée vers une instance du partenariat ne poserait pas de difficulté d'ordre constitutionnel.

88. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, p. 728.
89. *Re Gray, (1918)* 57 R.C.S. 150, 157, 165, 170 et 176 ; voir aussi P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4e éd., Scarborough, Carswell, 1996, p. 298.
90. *Ibid.*
91. *Loi sur les mesures de guerre*, L.R.C. (1985), c. W-2.
92. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 89, p. 298.

que « la jurisprudence n'a pas imposé de véritable restriction quant à l'ampleur et à la portée des pouvoirs que le Parlement peut déléguer[93] ». Un transfert général de pouvoirs du Parlement vers l'Administration, semblable à ce qui est prévu dans l'article 2 (2) de l'*European Community Act 1972* serait donc envisageable au Canada dans le contexte du partenariat.

Quant aux instruments normatifs d'application ou d'effectivité directe, ils pourraient être intégrés au droit interne canadien par le jeu d'une disposition législative semblable à l'article 2 (1) de l'*European Communities Act 1972*. De ce côté, il n'y a pas non plus d'obstacle constitutionnel à l'horizon. Dans les décisions de principe *Procureur général de l'Ontario* c. *Scott*[94] et *Coughlin* c. *Ontario Highway Transport Board*[95], la Cour suprême du Canada cautionna la technique de la législation par renvoi, qui consiste pour un ordre de gouvernement à adopter les mesures qu'un autre adopte[96]. Ces dernières peuvent avoir été produites par un État étranger[97]. Dans l'affaire *Procureur général de l'Ontario* c. *Scott*, la loi ontarienne examinée, puis approuvée par la Cour suprême du Canada, renvoyait non seulement à certaines règles anglaises en vigueur au moment de son adoption, mais encore à ces règles telles qu'elles ont été subséquemment modifiées. Cela suggère que, pour peu que soit acceptée l'extension du renvoi aux instruments normatifs issus d'institutions supranationales, une hypothèse qui n'a rien de téméraire, la technique de la législation par renvoi selon un schéma similaire à celui de l'article 2 (1) de l'*European Communities Act 1972* pourrait être employée dans la dynamique du partenariat.

S'il est vrai que, dans l'affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse* c. *Procureur général du Canada*[98], la Cour suprême a consacré l'interdiction de délégation de pouvoirs de parlement à parlement à l'intérieur du cadre fédéral canadien, on voit mal comment ce principe pourrait s'opposer à un quelconque pouvoir normatif d'application ou d'effectivité directe détenu par des instances du partenariat, et ce, pour au moins deux raisons. Premièrement, la Cour suprême dans cette décision ne fait qu'esquisser un principe propre à l'organisation fédérale du Canada. Le raisonnement qui le sous-tend est articulé autour du caractère constitutionnel du partage des compétences entre la province et le palier central et il s'alimente à même l'idée que les compétences fédérales et provinciales sont assimi-

93. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, p. 727.
94. *Procureur général de l'Ontario* c. *Scott*, [1956] R.C.S. 137.
95. *Coughlin* c. *Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569.
96. F. CHEVRETTE et H. Marx, *op. cit.*, note 87, p. 235.
97. *Procureur général de l'Ontario* c. *Scott*, précité, note 94.
98. *Procureur général de la Nouvelle-Écosse* c. *Procureur général du Canada*, [1951] R.C.S. 31.

lables aux compartiments étanches d'un vaisseau[99] ; un tel raisonnement ne peut que difficilement être extrapolé au cadre du partenariat, phénomène supraconstitutionnel. L'ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, Bora Laskin, n'a-t-il pas écrit alors qu'il était professeur de droit que « [t]he reasons underlying the *Nova Scotia Inter-delegation* case do not apply to resort to the enactments of a non-Canadian legislative body[100] » ? Deuxièmement, et il s'agit là du motif décisif, l'exercice par les institutions du partenariat d'un pouvoir normatif d'application ou d'effectivité directe ne présuppose pas une délégation de pouvoirs législatifs des parlements canadiens vers le partenariat. En effet, ce pouvoir est situé dans l'ordre juridique international, du moins originellement, et il s'active en fonction d'exigences et de conditions préalables qui sont, au moins formellement, indépendantes des contraintes de l'ordre juridique interne, notamment constitutionnelles. Dans l'affaire *Procureur général de l'Ontario* c. *Scott*, la Cour suprême du Canada a indiqué que la législation par renvoi — en ce qui concerne les instruments normatifs d'application ou d'effectivité directe, la passerelle entre partenariat et ordre juridique interne la plus susceptible d'être retenue — n'équivaut pas à une délégation de pouvoirs législatifs[101]. En somme, l'exercice d'adéquation entre les ordres juridiques interne et du partenariat n'a pas pour cible les conditions préalables d'exercice du pouvoir normatif supranational d'application ou d'effectivité directe ; il a pour seul objet l'insertion dans l'ordre juridique interne des actes produits par ce pouvoir.

3.3 Le système juridictionnel du partenariat et le droit constitutionnel canadien

Les deux hypothèses ébauchées dans la section 1.2 sont ici reprises.

3.3.1 Un système juridictionnel pour le partenariat à l'image du mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA

La Constitution canadienne ne mettrait pas en échec un système faiblement juridictionnel à l'œuvre dans le partenariat sur le mode du chapitre 20 de l'ALENA. Un tel système évoluerait en effet à l'extérieur du domaine constitutionnel canadien, dans l'ordre juridique international. Non seulement il ne pénétrerait pas la juridiction interne du Canada, mais il y aurait

99. La métaphore est tirée de la décision du Conseil privé dans *Procureur général du Canada* c. *Procureur général de l'Ontario* (*Affaire des conventions de travail*), [1937] A.C. 326, 354.

100. N. FINKELSTEIN, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5 éd., t. 1, Toronto, Carswell, 1986, p. 43.

101. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 89, p. 314.

absence d'interface et d'induction entre eux deux : chacun des systèmes jouirait d'une indépendance totale à l'égard de l'autre. On notera, dans cette veine, que la constitutionnalité du mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA de même que celles des mécanismes de règlement des différends du GATT de 1947 et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'ont jamais été contestées.

3.3.2 Un système juridictionnel pour le partenariat inspiré de la Cour de justice des Communautés européennes

La compétence à l'égard des litiges interétatiques ainsi que le contrôle de légalité exercé sur les actes des organes du partenariat ne suscitent pas de questionnement constitutionnel, puisque ces fonctions sont déployées à l'extérieur du cadre constitutionnel canadien et qu'elles n'exigent pas de contribution du juge national ni de la procédure interne.

Par contre, le mécanisme européen du renvoi préjudiciel transposé au contexte du partenariat mérite quelque attention. La délégation de pouvoir juridictionnel des instances domestiques vers un organe supranational qu'implique la technique du renvoi préjudiciel ne heurterait pas la Constitution canadienne, nous semble-t-il. En ce qui a trait à la délégation de pouvoir juridictionnel, la seule limitation que pose la Constitution canadienne se trouve dans l'interprétation que la Cour suprême du Canada a donnée à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à la faveur d'un contentieux relatif à la fois au contrôle judiciaire de l'action administrative et au partage des compétences entre paliers fédéral et provincial en matière d'organisation de la justice. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit comme exigence que le gouvernement fédéral nomme les juges des cours supérieures. Celles-ci se distinguent par une double compétence, issue de la common law : d'une part, elles exercent une compétence résiduelle, « qui leur permet d'entendre tout ce qui ne relève pas exclusivement d'un tribunal inférieur[102] » ; d'autre part, elles sont chargées du contentieux de la légalité et exercent une fonction de surveillance et de contrôle sur les tribunaux inférieurs et les organismes administratifs[103]. La Cour suprême du Canada a interprété cette disposition de manière à interdire la délégation de la fonction de surveillance et de contrôle à un tribunal ou à un organisme dont les membres ne sont pas tous nommés par le gouvernement fédéral. Une série de conditions viennent cependant délimiter l'ensemble des juridictions et organismes soumis à l'exigence constitutionnelle de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En particulier, un critère historique a été déve-

102. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, p. 765.
103. *Ibid.*

loppé ; de celui-ci, il découle qu'une juridiction n'entrera pas dans le champ d'application de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* si ses pouvoirs ne s'apparentent pas aux recours de surveillance et de contrôle exercés historiquement par les cours supérieures en 1867[104]. Il s'agit, par exemple, de l'injonction, du *mandamus*, du recours en *certiorari*, du recours en prohibition, du jugement déclaratoire ou de l'action directe en nullité[105]. La technique du renvoi préjudiciel ne fait pas partie, de près ou de loin, du « bagage historique » des cours supérieures ; dès lors, l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne ferait pas barrage à son implantation dans le contexte du partenariat.

Il est à signaler que l'ALENA comporte deux mécanismes qui opèrent transfert juridictionnel du cadre interne vers des instances nord-américaines.

Il s'agit, premièrement, du chapitre 19 de l'ALENA, qui met en place un processus binational de révision des décisions finales rendues par les autorités nationales en matière de droits antidumping et de droits compensateurs. Les groupes d'experts ainsi constitués appliquent les lois et la jurisprudence du pays importateur et raisonnent en fonction de son droit interne. Pour le groupe d'experts, le projet consiste à déterminer si la décision des autorités nationales qui fait l'objet de la contestation est conforme à la législation interne du pays importateur. Le groupe d'experts ne substitue pas sa décision à celle de l'instance nationale. Plutôt, celle-ci se voit enjoindre de reconsidérer ou de modifier sa décision de manière qu'elle soit conforme aux conclusions du groupe d'experts. Il y a donc renvoi du dossier devant l'instance nationale pour que cette dernière rende une nouvelle décision. Les décisions du groupe d'experts sont contraignantes et obligatoires[106]. À strictement parler, le groupe d'experts n'intervient pas comme un tribunal d'appel. Le critère d'examen appliqué est celui propre au contentieux de la légalité reconnu dans le droit interne du pays importateur.

Deuxièmement, les articles 2001 (2) (c) et 2020 de l'ALENA permettent aux organes juridictionnels et administratifs nationaux d'interpeller la Commission du libre-échange en vue d'obtenir une opinion sur une question relative à l'interprétation ou à l'application de l'ALENA. Ces deux mécanismes n'ont jamais fait l'objet de reproches au regard de la Constitution canadienne. Voilà des précédents qui comptent.

---

104. L'année 1867 correspond, rappelons-le, à l'année de la fondation du Canada.
105. *Séminaire de Chicoutimi* c. *Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, 688.
106. ALENA, art. 1904 (9).

3.4 Le partenariat et le principe constitutionnel de la suprématie parlementaire

Un des piliers du système constitutionnel canadien, le principe de la suprématie ou de la souveraineté parlementaire, fait partie du patrimoine de droit public hérité du Royaume-Uni. La problématique du rapport entre ce principe et le partenariat se pose en des termes semblables à ceux qui sont apparus à la faveur des débats, discussions et opinions — devant les tribunaux, dans la doctrine ou sur la scène politique — suscités par les questions de savoir dans quelle mesure et de quelle façon les impératifs communautaires relativisent la suprématie du Parlement britannique.

Le Parlement est suprême en ce que « la souveraineté étatique s'exprime au premier chef par son entremise, lorsqu'il exerce la fonction législative[107] ». Le principe emporte qu'il n'y a pas de limitations juridiquement exécutoires aux pouvoirs législatifs du Parlement ; que celui-ci, ne peut, efficacement, se lier lui-même ou lier ses successeurs ; qu'aucune personne ni organe n'est en mesure de son propre chef de supplanter la loi du Parlement ou de s'en affranchir[108].

Dans le contexte canadien, des facteurs atténuent le principe de la suprématie parlementaire, sans néanmoins le remettre en question. Premièrement, contrairement au Royaume-Uni, le Canada possède une constitution écrite, contenant des normes supérieures devant lesquelles les actes du Parlement s'inclinent. En particulier, l'action législative doit respecter l'organisation fédérale du Canada : les paliers législatif fédéral et provincial ne peuvent agir qu'à l'intérieur des compétences dévolues par les textes constitutionnels et la jurisprudence y afférente. Aussi, leurs lois ne peuvent porter atteinte aux libertés et droits individuels enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*[109]. Deuxièmement, les tribunaux canadiens ont cautionné les techniques législatives de la primauté interprétative et de la dérogation expresse. Le premier type de dispositif, que l'on retrouve notamment dans la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*[110] et dans les lois concernant l'interprétation des lois[111], indique au juge de se référer, à moins d'instruction contraire explicite, à une loi particulière dans les exercices d'interprétation auxquels il se livre à l'égard d'autres lois,

---

107. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, p. 613.
108. *Id.*, pp. 614 et 669 ; A.V. DICEY, *Introduction to the Law of Constitution*, Londres, Macmillan & Co., 1961, p. 40.
109. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].
110. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.
111. *Loi d'interprétation du Canada*, L.R.C. (1985), c. I-21, art. 3 (1) et 9 ; *Loi d'interprétation du Québec*, L.R.Q., c. I-16.

antérieures ou postérieures. Le second type de dispositif caractérise les lois portant sur les droits et libertés de la personne, ce qui a amené des commentateurs à qualifier ces lois d'instruments quasi constitutionnels[112]. La clause dite de « dérogation expresse » est rédigée de manière à empêcher le Parlement de « revenir sur ce qu'il a édicté si ce n'est en termes explicites[113] ». Elle neutralise ainsi la règle voulant qu'en cas de conflit ou d'incompatibilité la loi postérieure « abroge implicitement[114] » la loi antérieure. En endossant une telle technique, les tribunaux canadiens prenaient alors le contre-pied des opinions exprimées dans les décisions britanniques *Vauxhall Estates Ltd.* v. *Liverpool Corporation*[115] et *Ellen Street Estates Ltd.* v. *Minister of Health*[116].

Troisièmement, selon le courant de pensée dominant, un parlement pourrait imposer à ses successeurs des règles de procédure relatives à l'adoption ou à la modification d'une loi[117]. Par contre, le Parlement subséquent conserve la faculté de modifier ces règles concernant « le mode et la forme » ou de les éliminer, à condition qu'il se conforme aux exigences procédurales gouvernant leur modification ou leur suppression. Ces exigences ne devront cependant pas être draconiennes au point de rendre impossible, dans les faits, toute modification ou suppression des règles relatives au mode et à la forme.

Chez les juristes du Royaume-Uni, des vues divergentes s'expriment quant au poids que fait peser le principe de la primauté du droit communautaire — principe cardinal du dispositif communautaire, clairement affirmé par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes — sur celui, non moins significatif en droit public britannique, de la suprématie parlementaire. Ainsi, A.W. Bradley fait remarquer ceci à propos de l'*European Communities Act 1972* :

> [T]he exercise by Parliament of its legislative sovereignty in 1972 has brought about a profound change in the operation of parliamentary sovereignty, one in which a significant area of legislative authority has passed into the control of an indeterminate and intangible political sovereign that can be identified only through the diffuse procedures of the European Union[118].

112. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, pp. 674-679.
113. *Id.*, p. 674.
114. C'est la « doctrine de l'abrogation implicite » (*doctrine of implied repeal*) ; voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 89, pp. 261 et 369 ; P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 99 et 335.
115. *Vauxhall Estates Ltd.* v. *Liverpool Corporation*, [1932] 1 K.B. 733.
116. *Ellen Street Estates Ltd.* v. *Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590.
117. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 65, pp. 680-686.
118. A.W. BRADLEY, *op. cit.*, note 69, p. 98.

Par contre, le professeur O. Hood Phillips écrit que « [n]othing [...] in the *European Communities Act 1972* even pretends to affect the fundamental principle of the Supremacy of the United Kingdom Parliament[119] ». Pour notre part, nous serions enclin à synthétiser l'état actuel du droit par la formule suivante : si le droit communautaire n'a ni formellement déplacé le principe de la suprématie législative ni ébranlé sa logique, il en a néanmoins dilué la substance.

C'est l'article 2 (4) de l'*European Communities Act 1972* qui aménage la principale articulation entre l'autorité du Parlement britannique et le droit communautaire. Cette disposition énonce notamment que « any enactment passed or to be passed, other than one contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section ».

Est particulièrement visé ici l'article 2 (1) de l'*European Communities Act 1972*, qui élève au rang de loi du Parlement britannique le droit communautaire d'application et d'effectivité directe ; il est ici question tant du droit existant au moment de l'entrée du Royaume-Uni dans les Communautés que de celui qui se manifeste après cette date.

Comme cela ressort tout particulièrement de la décision de la House of Lords dans *Garland* v. *British Rail Engineering Ltd.*[120], la jonction des paragraphes 1 et 4 de l'article 2 de l'*European Communities Act 1972* produit minimalement deux principes. Premièrement, apparaît une règle établissant la préséance du droit communautaire visé par le paragraphe 1 sur tout acte antérieur du Parlement. Il s'agit, en fait, de l'application de la « doctrine de l'abrogation implicite » au bénéfice des actes communautaires qui acquièrent valeur de loi du Parlement. Deuxièmement, il se dessine une règle d'interprétation selon laquelle une loi britannique doit, dans la mesure du raisonnable, recevoir une interprétation compatible avec le droit communautaire introduit par le paragraphe 1 et antérieur à l'entrée en vigueur de la loi en cause, à moins que le Parlement n'ait explicité dans cette loi une intention contraire. Certes, de tels principes présentent la vertu de concilier sans grincement primauté du droit communautaire et suprématie parlementaire. Ils ne reflètent cependant pas un arbitrage entre les deux intérêts ; ils laissent intact ce qui est pourtant le cœur du débat : en raison du principe affirmé par la juridiction communautaire de la primauté du droit communautaire sur le droit national, et malgré la doctrine de l'abrogation implicite que connaît le droit public britannique, une règle communautaire antérieure

119. O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *op. cit.*, note 70, p. 81. Ce commentaire est cependant antérieur à la saga de l'affaire *Factorame*, *infra*, note 121.

120. *Garland* v. *British Rail Engineering Ltd.*, [1983] 2 A.C. 751.

d'application ou d'effectivité directe a-t-elle préséance, dans les ordres juridiques et juridictionnels internes, sur une loi du Parlement postérieure, dans l'hypothèse d'un conflit ou d'une incompatibilité ?

En répondant par l'affirmative à cette question dans la fameuse affaire *Factortame*[121], la House of Lords jetait un éclairage décisif sur la nécessaire mais difficile cohabitation entre primauté du droit communautaire et suprématie parlementaire. Dans le cadre d'un programme de gestion et de préservation des ressources halieutiques, la Communauté avait réparti des quotas de pêches entre les États membres. Afin de restreindre aux ressortissants étrangers l'accès au quota britannique, le Parlement adopta la *Merchant Shipping Act 1988*[122]. Cette loi prévoyait notamment qu'un bateau de pêche ne pouvait pas battre pavillon britannique à moins d'appartenir à des citoyens britanniques résidant au Royaume-Uni ou à des sociétés dont au moins 75 p. 100 des actionnaires et des administrateurs étaient de citoyenneté britannique et résidaient au Royaume-Uni. La loi fut attaquée au motif qu'elle transgressait le traité CE. Après de nombreuses tribulations judiciaires, le Royaume-Uni dut ultimement baisser pavillon. De notre perspective, il faut retenir la reconnaissance par la House of Lords que le droit communautaire d'effectivité et d'application directe l'emporte sur la *Merchant Shipping Act 1988* en cas de conflit ou d'incompatibilité, et ce, même si cette loi était postérieure aux textes communautaires invoqués et à l'entrée en vigueur de l'*European Communities Act 1972*. La House of Lords empruntait ainsi un sillon tracé par un *obiter* de lord Denning dans *McCarthys Ltd.* v. *Smith*[123] et donnait au paragraphe 4 de l'article 2 de l'*European Communities Act 1972* une expansion considérable. Selon un commentateur, avec l'affaire *Factortame*, « [t]he principle that Acts of Parliament are now subordinate to directly effective rules of Community law must now be regarded as clearly established[124] ». L'affirmation apparaît audacieuse, comme nous tenterons de l'expliquer plus loin. Il est cependant désormais acquis que la doctrine de l'abrogation implicite ne s'applique pas aux conflits ou incompatibilités entre, d'une part, le droit communautaire d'application ou d'effectivité directe et, d'autre part, les lois du Parlement postérieures. De même, l'affaire *Factortame* marginalise les opinions exprimées dans les arrêts *Vauxhall Estates Ltd.* v. *Liverpool Corporation*[125] et

121. L'affaire *Factortame* fait référence à une série d'épisodes judiciaires : voir [1989] 2 All E.R. 692 (H.L.) ; [1989] 2 C.M.L.R. 353 (D.C.) ; [1991] 1 All E.R. 70 (affaire C-213/89, C.J.C.E.) ; [1989] 3 C.M.L.R. 601 (affaire 246/89R, C.J.C.E.) ; [1991] 3 All E.R. 769 (affaire C-221/89, C.J.C.E.).
122. *Merchant Shipping Act 1988*, c. 12.
123. *McCarthys Ltd.* v. *Smith*, [1979] All E.R. 325.
124. C. GREENWOOD, « European Community Law », (1990) *All E.R. Annual Review* 102, 106.
125. *Vauxhall Estates Ltd.* v. *Liverpool Corporation*, précité, note 115.

Ellen Estates Ltd. c. *Minister of Health*[126]. Ces décisions avaient donné du crédit à une thèse extrême selon laquelle est vaine une loi rédigée de manière à empêcher son abrogation implicite par un acte subséquent du Parlement.

Si, comme nous venons de le voir, l'affaire *Factortame* consacre une dilution de la substance de la suprématie parlementaire, elle ne remet pas en question la prépondérance formelle et logique du principe. En d'autres mots, l'affaire *Factortame* n'opère ni un changement de discours ni un changement de paradigme. En effet, les diverses décisions des tribunaux anglais rendues à la faveur de cette affaire ne diminuent en rien la faculté du Parlement d'exercer sa souveraineté en abrogeant l'*European Community Act 1972* ou en dérogeant sciemment et explicitement aux traités ou au droit communautaire dérivé. La suprématie parlementaire, à la lumière de l'affaire *Factortame*, implique que le Parlement peut légiférer à l'encontre des obligations internationales de la Grande-Bretagne s'il manifeste clairement que c'est là son intention. Le Parlement conserve ainsi le dernier mot, même si celui-ci appartient à un recours ultime et engagerait la responsabilité internationale du Royaume-Uni, à moins qu'il ne signifie le retrait du Royaume-Uni de la Communauté. Comme le relève un commentateur, il semble que reste ouverte « the possibility that Parliament might deliberately legislate contrary to Community law and that if it chose to do so and made its intention clear, the English courts would give effect to the legislation notwithstanding anything in Community law[127] ». Au fond, la House of Lords dans l'affaire *Factortame* interprète l'article 2 (4) de l'*European Communities Act 1972* de façon à lui donner le sens et la portée d'une clause dite de « dérogation expresse ».

De par l'article 2 (4) de l'*European Communities Act 1972*, la préséance est reconnue non pas au droit communautaire comme tel, mais plutôt à la loi du Parlement qui reçoit le droit communautaire, par l'opération de l'article 2 (1) de l'*European Communities Act 1972*[128]. Les apparences sont donc sauves. En définitive, la théorie avancée par les tribunaux anglais pour justifier la primauté du droit communautaire s'inscrit dans le cadre formel et logique de la suprématie parlementaire ; elle ne suppose pas un transfert de souveraineté, contrairement à la construction théorique édifiée par la Cour de justice des Communautés européennes pour fonder la primauté du droit communautaire[129].

---

126. *Ellen Estates Ltd.* v. *Minister of Health*, précité, note 116.
127. C. GREENWOOD, « European Community Law », (1989) *All E.R. Annual Review* 125, 129.
128. O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *op. cit.*, note 70, p. 79.
129. C. GREENWOOD, *loc. cit.*, note 127.

Dans l'hypothèse où se voit transplanter dans le contexte du partenariat le principe communautaire de la primauté du droit supranational, partenariat et suprématie parlementaire devraient faire bon ménage. Si les juges britanniques ont su organiser la cohabitation de la primauté du droit communautaire et de la suprématie parlementaire sans faire violence ni à l'une ni à l'autre, *a fortiori*, les tribunaux canadiens y parviendront dans le contexte du partenariat. En effet, à l'égard du principe de la suprématie parlementaire, ils ont historiquement adopté une attitude moins dogmatique que celle de leurs pendants britanniques. Sans doute est-ce en partie imputable au fait que le Canada, contrairement au Royaume-Uni, évolue depuis sa fondation sous le chapiteau d'une constitution écrite et que celle-ci, puisqu'elle porte des normes hiérarchiquement supérieures à celles fabriquées par le législateur, relativise forcément la suprématie parlementaire. Les tribunaux canadiens se sont ainsi montrés plutôt réceptifs à l'endroit des clauses dites de « dérogation expresse » ; par exemple, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec, galvanisées par cet instrument constitutionnel qu'est la *Charte canadienne des droits et libertés*[130] et séduites par le scénario du mimétisme, ont, par leur jurisprudence, donné plein effet à la clause de dérogation expresse de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec[131]. Dans cette veine, le législateur canadien serait avisé de doter sa loi de mise en œuvre d'une clause de dérogation expresse ; celle-ci permettrait de faire l'économie de ces lancinants débats et questionnements qui préoccupent les juristes britanniques et dont nous venons de rapporter sommairement la teneur.

3.5 Le partenariat et l'organisation fédérale du Canada

Les compétences législatives et exécutives sont réparties au Canada entre deux paliers de gouvernement, l'État central et la province, selon un régime fédéral dont la représentation primitive reconnaissait à chacun des aptitudes exclusives[132]. Ce partage de souveraineté est principalement organisé, d'un côté, par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'autre, par des principes progressivement élaborés et raffinés par les tribunaux. L'incidence de la nature fédérale du Canada sur la dynamique du partenariat s'examine sous deux angles : 1) celui de la participation des

130. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 109.

131. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 ; voir par exemple l'affaire *Ford* c. *Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 et la récente décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Ville de Montréal*, J.E. 98-512 (C.A.).

132. Cela ne correspond cependant plus à la réalité contemporaine : depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les chevauchements et les concurrences de compétences se sont multipliés.

provinces à la négociation du traité instituant le partenariat ; 2) celui du déploiement du corpus juridique issu du partenariat dans les champs de compétence provinciale.

3.5.1 La participation des provinces canadiennes à la négociation du partenariat

La Constitution canadienne ne reconnaît pas aux provinces quelque droit de regard sur la négociation et la conclusion des traités par le gouvernement fédéral, et cela, même si le traité en question porte sur des matières de compétence provinciale. Il est vrai que dans la pratique l'exécutif fédéral tâchera d'associer les provinces à ses démarches lorsque le traité touche des matières de compétence provinciale exclusive ou influe sur l'exercice de leurs compétences. Une telle attitude est motivée par la courtoisie et la bienséance politique bien sûr, mais surtout par le calcul : si l'objet du traité est de compétence provinciale exclusive et nécessite des modifications au droit interne, le Parlement provincial est, en principe, incontournable à l'étape de la mise en œuvre. Il reste qu'une pratique, aussi opportune soit-elle, n'a pas la consistance d'un droit. Selon un courant largement majoritaire, sauf peut-être au Québec[133], la branche exécutive fédérale posséderait le pouvoir exclusif de négocier et de conclure des traités ; elle exercerait un monopole *de jure* sur le *treaty-making process*, à l'exclusion des provinces[134].

Il s'ensuit que, d'un point de vue strictement juridique, le gouvernement fédéral n'aurait pas d'obligation de faire participer les provinces au processus de négociation du partenariat ni même de les consulter. Cependant, compte tenu de l'ampleur politique du projet, de ses liens intimes avec la définition du Canada, de ses répercussions éventuelles sur l'exercice des compétences provinciales et du concours que devront possiblement prêter les provinces à la mise en œuvre de certains éléments du dispositif du partenariat, il serait souhaitable que les provinces soient appelées à jouer un rôle consultatif. À cet égard, les négociations qui ont conduit à la conclusion de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, puis de l'*Accord de libre-échange nord-américain* fournissent un schéma que l'on pourrait vouloir imiter : divers comités de coordination avaient été mis sur pied et des canaux aménagés — au niveau ministériel et au niveau de la haute fonction publique pour l'ALE et au niveau de la haute fonction

133. Sur cette position typiquement québécoise, voir l'exposé magistral du professeur Jacques-Yvan Morin dans : J.-Y. MORIN, « La personnalité internationale du Québec », (1984) 1 *R.Q.D.I.* 163.

134. J.M. ARBOUR, *op. cit.*, note 64, pp. 155 et 156, citant P. MARTIN, *Fédéralisme et relations internationales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

publique seulement en ce qui a trait à la négociation de l'ALENA — afin de tenir les provinces informées du déroulement des négociations et de recueillir leurs vues sur les sujets les concernant[135].

3.5.2 La pénétration du droit du partenariat dans les attributions provinciales

Cette problématique découle de la règle de droit posée en 1937 dans l'*Affaire des conventions de travail*[136], où il était question de la constitutionnalité de trois lois destinées à mettre en œuvre des conventions internationales adoptées sous l'égide de l'Organisation internationale du travail. S'exprimant au nom du Conseil privé, lord Atkin commence son analyse en rappelant la règle suivant laquelle la négociation et la conclusion d'un traité ressortissent à la branche exécutive, cependant que l'exécution des obligations en découlant, pour autant qu'elle implique la modification du droit interne existant, requiert en principe une action législative. Cela le conduit à mettre en forme un principe constitutionnel majeur : au sein de la Fédération canadienne, un traité ne peut être mis en œuvre que par l'autorité législative compétente à l'égard de la matière visée par celui-ci. L'image qu'il évoque en conclusion pour illustrer son propos est bien connue : « Bien que le navire de l'État vogue maintenant vers des horizons plus vastes et sur des mers étrangères, il conserve encore des compartiments étanches, parties essentielles de sa structure première[137]. » Le principe affirmé dans l'*Affaire des conventions de travail* fait toujours partie du droit positif, bien qu'il ait subi des assauts dans la jurisprudence subséquente de la Cour suprême du Canada[138].

---

135. S'agissant de l'ALENA, ces données nous ont été aimablement communiquées par M. Carl Grenier, sous-ministre adjoint, du ministère de l'Industrie, du Commerce, de la Science et de la Technologie. Quant à l'ALE, voir : V. LOUNGNARATH, *loc. cit.*, note 4, 311.
136. *Procureur général du Canada* c. *Procureur général de l'Ontario (Affaire des conventions de travail)*, précité, note 99.
137. On retrouve cette traduction dans : F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 87, p. 277.
138. Voir l'*obiter* du juge Laskin dans *MacDonald* c. *Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, 167-173 ; voir aussi *Johannesson* c. *Rural Municipality of West St-Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, 303, où le juge Rinfret se sert de la ratification par le Canada de la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, 15 *R.T.N.U.* 295, pour établir le « caractère national » de l'aéronautique et fonder une compétence fédérale en la matière ; *Francis* c. *La Reine*, précité, note 64, alors que le juge Kerwin s'interroge sur l'opportunité de réviser l'*Affaire des conventions de travail*, précitée, note 99. Dans *Schneider* c. *La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, le juge Dickson suscite des ambiguïtés en appliquant les critères présentés par le juge Laskin dans *MacDonald* c. *Vapor Canada Ltd.* tout en affirmant que l'*Affaire des conventions de travail* de 1937 n'est pas récusée (*id.*, 134-135).

Le projet de partenariat décrit dans l'Entente du 12 juin 1995 envisage de doter les institutions communes d'une capacité d'action quant à des matières sur lesquelles les provinces possèdent certaines compétences. Par exemple, du cadre du partenariat pourraient découler des règles portant sur la libre circulation des services et, éventuellement, en matière de transport, d'institutions financières et de protection d'environnement ; or il s'agit de domaines où une province canadienne peut, à des degrés divers, intervenir. Implication : pour la mise en œuvre du traité de partenariat et, de façon plus générale, l'établissement dans le droit interne de l'ensemble du dispositif juridique du partenariat, la collaboration des provinces est souhaitable, peut-être même nécessaire. Il faut cependant éviter de dramatiser le rôle des provinces canadiennes dans l'entreprise du partenariat. D'une part, selon l'Entente du 12 juin 1995, les institutions du partenariat interviendraient dans des domaines qui sont, pour la plupart, de compétence fédérale exclusive. L'intérêt juridique d'une province canadienne, c'est-à-dire l'étendue de ses compétences législatives et exécutives potentiellement touchées par le partenariat, est somme toute, limité. D'autre part, que l'intérêt juridique d'une province se fasse sentir, ce sera, dans la vaste majorité des cas, en rapport avec des objets sur lesquels il y a chevauchement ou concurrence de compétences entre les deux paliers gouvernementaux. Nous verrons plus avant que dans ce cas de figure, auquel s'ajouterait l'hypothèse d'une absence de collaboration d'une province, des mécanismes propres à l'organisation fédérale canadienne rendraient opposables à cette province les règles issues du partenariat, dans une certaine mesure.

Certes, le scénario idéal prendrait la forme d'un projet de partenariat avalisé par l'ensemble des législatures provinciales, en sus du Parlement fédéral. On pourrait ainsi souhaiter que celles-ci adoptent des lois modelées sur la loi fédérale de mise en œuvre. Il serait opportun que les lois provinciales comportent trois dispositions particulières : premièrement, une disposition donnant valeur de loi provinciale à tout élément du traité de partenariat ou du corpus juridique en dérivant, d'effectivité ou d'application directe, qui porte sur une matière de compétence provinciale ; deuxièmement, une disposition investissant la branche exécutive du pouvoir de mettre en œuvre les instruments équivalant, dans le contexte du partenariat, aux directives européennes, et dont l'objet relèverait des compétences provinciales ; troisièmement, une disposition stipulant qu'une loi provinciale subséquente devrait être interprétée de manière à éviter les conflits avec le droit du partenariat, dans la mesure où une telle interprétation est raisonnable, et qu'en cas d'opposition le droit du partenariat supplante la loi postérieure, à moins que la législature provinciale n'ait explicité l'intention contraire. Une telle formule réduirait le risque d'indélicatesse dans l'ordre

juridique international qui pourrait résulter d'un conflit ou d'une incompatibilité entre, d'un côté, un instrument à valeur juridique issu du partenariat et, de l'autre, une mesure ou une omission provinciale ; elle diminuerait aussi la probabilité que surviennent des conflits fédéral-provinciaux sur le partage des compétences, puisqu'en l'absence d'une telle loi provinciale le palier fédéral serait sans doute tenté de revendiquer une compétence entière pour installer le partenariat dans l'ordre juridique interne du Canada[139].

Mais qu'adviendra-t-il si une province s'abstient d'adopter une loi de mise en œuvre relativement à ses champs de compétence ? La question donne ouverture à plusieurs cas de figure complexes. Nous n'en retiendrons qu'un, soit celui que met en scène un conflit ou une incompatibilité entre, d'une part, une loi provinciale et, d'autre part, un texte appartenant au corpus juridique du partenariat qui aurait pénétré l'ordre juridique interne par l'entremise d'une loi fédérale de mise en œuvre dont la substance se comparerait à celle de l'*European Communities Act 1972*. D'entrée de jeu, signalons qu'une telle loi « nationaliserait », en quelque sorte, le conflit ou l'incompatibilité : en effet, ce ne serait pas l'instrument juridique du partenariat qui serait en cause, mais sa manifestation dans l'ordre juridique interne sous forme de loi fédérale. Partant, se dessine une problématique familière : celle du conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale.

Cette problématique se structure selon une démarche en deux étapes. Si l'on considère la première étape, il faut d'abord se demander si le palier fédéral peut fonder son action, à savoir l'importation dans l'ordre juridique interne d'une norme ou d'une règle issue du partenariat, sur une compétence législative reconnue par le droit constitutionnel canadien. Diverses théories génériques peuvent être invoquées pour ce faire. On pourrait ainsi faire valoir que la loi fédérale de mise en œuvre introduit validement l'intégralité du droit du partenariat dans l'ordre interne parce que le palier fédéral dispose d'une compétence exclusive en matière de commerce interprovincial et international en vertu de l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[140]. Autre angle d'attaque : l'aptitude du palier fédéral d'assujettir les échanges ou le commerce à des systèmes de réglementation générale, elle aussi basée sur l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, la décision *G.M.* c. *City National Leasing*[141] est venue ériger en principe les

139. Le gouvernement fédéral l'a d'ailleurs fait dans les cas de l'ALE et de l'ALENA : V. LOUNGNARATH, *loc. cit.*, note 4, 312.

140. *Citizens Insurance* c. *Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96.

141. *General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 ; voir aussi *Quebec Ready Mix* c. *Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695.

velléités affichées plus tôt dans *Citizens Insurance* c. *Parsons*[142] et *Procureur général du Canada* c. *Les transports nationaux du Canada*[143]. Dans *G.M.* c. *City National Leasing*, la Cour suprême se prononça alors en faveur de la constitutionnalité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, un texte fédéral relatif à la concurrence, dont certains éléments empiétaient sur le droit civil, de compétence provinciale exclusive. Dans le jugement qu'il rendit, le plus haut tribunal du Canada mit en évidence cinq indices de l'exercice valide de la compétence fédérale en matière de réglementation générale des échanges et du commerce : 1) un plan de réglementation nationale existe ; 2) un organisme de réglementation exerce une forme de surveillance ; 3) la mesure en cause vise le commerce en général plutôt qu'un aspect d'un commerce en particulier et, dans son cadre, l'économie est considérée non pas comme une série d'entreprises locales distinctes mais comme une entité nationale intégrée ; 4) la Constitution n'habilite pas les provinces, conjointement ou solidairement, à adopter une telle loi ; 5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait l'application de la loi dans d'autres parties du pays[144]. On peut avancer qu'une opération visant à installer l'ensemble du cadre du partenariat dans l'ordre juridique interne remplirait, globalement, ces critères ; elle serait ainsi assimilable à une manifestation valide du pouvoir fédéral de faire de la réglementation générale des échanges et du commerce.

Enfin, une manœuvre fédérale ayant pour objet l'importation intégrale du droit du partenariat dans l'ordre juridique interne pourrait avoir comme assise le pouvoir général du Parlement fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement ainsi qu'en particulier la doctrine des dimensions nationales qui s'y rattache. Celle-ci autorise le palier fédéral à légiférer sur des matières qui présentent un intérêt pour l'ensemble du Canada, et cela, même si les matières en question relèvent pour le reste de la compétence exclusive de la province. Certes, jusqu'à la fin des années 80, les tribunaux avaient appliqué avec une modération militante la doctrine des dimensions nationales, craignant qu'elle ne perturbe l'équilibre fédéral. Mais la doctrine allait connaître une expansion brutale avec la décision *R.* c. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*[145]. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada eut recours à la doctrine des dimensions nationales pour soutenir la constitutionnalité de l'application d'une loi fédérale concernant le contrôle

142. *Citizens Insurance* c. *Parsons*, précité, note 140.
143. *Procureur général du Canada* c. *Transports nationaux du Canada*, [1983] 2 R.C.S. 206.
144. Les cinq indices ne constituent pas une liste exhaustive ni une énumération de conditions *sine qua non* : M. PATENAUDE, *loc. cit.*, note 4, 25 et 26 ; *General Motors of Canada Ltd.* c. *City National Leasing*, précité, note 141, 661-663.
145. *R.* c. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

de la pollution marine à l'immersion de résidus de bois dans des eaux autrement de compétence provinciale, alors que la dispersion des résidus en question ne touchait pas les domaines de compétence fédérale que sont la navigation et l'environnement marin. Le précédent revêt quelque intérêt pour quiconque souhaiterait justifier par le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement une opération fédérale tous azimuts relativement au partenariat.

S'il s'avère que le palier fédéral peut, dans le cadre constitutionnel canadien, s'autoriser d'une compétence quelconque pour donner force de loi à une norme issue du partenariat, il faut alors passer à la seconde étape. Celle-ci consiste à déterminer s'il y a conflit ou non entre la norme du partenariat — qui se trouve à posséder dans l'ordre juridique interne un statut de loi fédérale — et la loi provinciale en cause. Si tel est le cas, le principe de la prépondérance des lois fédérales entrera en scène : la norme du partenariat viendra neutraliser la loi provinciale. En effet, le principe de la prépondérance des lois fédérales veut qu'en cas de conflit la loi fédérale constitutionnellement valide rende inopérante la loi provinciale constitutionnellement valide, dans la mesure du conflit.

La notion de conflit qui déclenche l'application du principe a été précisée par la jurisprudence. La Cour suprême du Canada a d'abord privilégié une interprétation stricte du conflit des lois. Elle établissait ainsi dans l'arrêt *Multiple Access Ltd.* c. *McCutcheon*[146] que la prépondérance de la loi fédérale sur la loi provinciale ne jouait que dans une situation d'incompatibilité opérationnelle, c'est-à-dire lorsque l'observance d'une loi entraîne l'inobservance de l'autre. Changement de cap en 1990 dans la décision *Banque de Montréal* c. *Hall*[147] : la Cour suprême y élabore une doctrine plus avantageuse pour la législation fédérale, fondée non plus sur l'existence d'un conflit opérationnel entre deux lois mais plutôt sur le concept de conflit implicite. Selon le principe formulé dans l'affaire *Banque de Montréal* c. *Hall*, une loi provinciale sera jugée inopérante si son application est incompatible avec l'intention ou la politique sous-jacente à la loi fédérale. Dans le cas particulier qui nous intéresse, cette intention ou politique renvoie au dessein qui inspire la pièce normative du partenariat à l'examen.

Cette séquence en deux étapes serait administrée par le juge interne, à travers les voies procédurales reconnues par le droit national. C'est à l'appareil juridictionnel domestique, et non pas au tribunal du partenariat saisi par une quelconque technique de renvoi préjudiciel ou autrement, qu'il

146. *Multiple Access Ltd.* c. *McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 191.
147. *Banque de Montréal* c. *Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

appartiendrait de déterminer, d'une part, si le palier fédéral possède l'aptitude constitutionnelle pour importer dans l'ordre interne une norme du partenariat compte tenu des caractéristiques à la fois de cette opération d'importation et de la norme en cause et, d'autre part, s'il existe un conflit, au sens où la jurisprudence canadienne l'entend, entre une loi provinciale et la norme du partenariat telle qu'elle a été importée dans l'ordre juridique interne par le dispositif législatif fédéral. Cela étant posé, le tribunal du partenariat serait modelé à certains égards sur la juridiction internationale classique et il serait appelé à constater les manquements des États membres aux obligations qui leur incombent dans le cadre du partenariat. Le tribunal supranational pourrait donc exercer cette juridiction — dominée sur le plan des règles matérielles non pas par le droit public canadien mais par des principes ouvrés aux fins du contexte supranational *sui generis* du partenariat ou issus du droit international public — à l'égard d'une mesure provinciale constitutionnellement valide et opérante, déclarer, le cas échéant, qu'elle va à l'encontre des obligations internationales du Canada dans le cadre du partenariat et, conséquemment, engager la responsabilité internationale de cet État membre[148], et cela, indépendamment des voies de droit et des raisonnements constitutionnels qui s'offrent dans la juridiction interne du Canada. C'est dire que des écarts pourraient se manifester entre la solution du juge interne et celle issue de la juridiction du partenariat : il y aurait écart dans l'hypothèse où le tribunal du partenariat exprimerait l'avis qu'une loi provinciale est contraire à une norme du partenariat, et contrevient ainsi aux obligations internationales du Canada dans le cadre du partenariat, tandis que, de son côté, le juge interne arriverait à la conclusion que la Constitution canadienne ne reconnaît pas au Parlement fédéral la compétence pour importer en droit interne la norme du partenariat en question, immunisant alors la loi provinciale dans l'ordre juridique interne ; des écarts pourraient aussi surgir si la juridiction du partenariat employait, pour définir et préciser les conflits de normes, des critères et une logique plus sévères à l'endroit de la mesure provinciale que ceux retenus par la juridiction interne.

3.6 La réception dans l'ordre juridique interne du Canada du principe de la primauté du droit du partenariat sur le droit national

Le sujet de la primauté du droit du partenariat s'étudie par rapport aux lois nationales ordinaires et aux normes constitutionnelles.

148. À moins qu'il n'y ait une clause dite fédérale, cela pourrait se produire. Sur les clauses fédérales, voir : J.M. ARBOUR, *op. cit.*, note 64, pp. 164 et 165.

3.6.1 La primauté du droit du partenariat sur les lois nationales ordinaires

Le thème a déjà été abordé à la faveur du développement sur les rapports entre le partenariat et la suprématie parlementaire (voir la section 3.4).

3.6.2 La primauté du droit du partenariat sur les normes constitutionnelles

La question est délicate. Dans le système communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé non seulement la préséance du droit communautaire sur la législation nationale mais également sa supériorité sur les normes constitutionnelles. Ainsi, dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour de justice des Communautés européennes statua qu'en vertu de l'article 189 du traité CE un règlement communautaire d'application directe allait jusqu'à supplanter des droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne[149]. Jusqu'à présent, toutefois, les appareils juridictionnels internes se sont montrés, à l'exception de celui des Pays-Bas, peu enclins à intégrer cette dimension de la primauté du droit communautaire à l'ordre juridique interne et à lui donner la stature d'un principe juridique véritablement opérationnel dans cet ordre juridique. Ainsi, Hjalte Rasmussen, commentant la Constitution danoise, fait remarquer que « [l]a doctrine pense [...] plus ou moins unanimement qu'en cas de conflit entre la Constitution et une règle communautaire, les tribunaux prendraient parti pour la première[150] ». Didier Maus résume la situation européenne comme suit :

> Même s'il est désormais parfaitement admis, dans tous les pays, que toute norme de droit communautaire l'emporte sur toute norme nationale infraconstitutionnelle, la plupart des cours constitutionnelles, ou même des auteurs, évitent de poser la question de la confrontation d'une norme communautaire, par rapport à la constitution. Seule, semble-t-il, la Cour de cassation des Pays-Bas a accepté le principe selon lequel le droit communautaire, qu'il s'agisse des traités ou du droit dérivé, l'emporte sur la Constitution. À l'inverse, selon certaines interprétations, la Cour constitutionnelle italienne serait susceptible d'estimer qu'un traité communautaire même ratifié peut être contraire aux droits fondamentaux garantis par la Constitution. Heureusement, une telle éventualité ne s'est jamais produite, mais sa simple perspective montre l'ampleur du problème[151].

Cela nous conduit au cas du partenariat.

---

149. *Internationale Handelsgesellschaft* (n° 11/70), [1970] 16 C.J.C.E. Rec. 1125, 17 décembre 1970.
150. H. RASMUSSEN, « Danemark », dans J.C. MASCLET et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, note 83, p. 35, à la page 39.
151. D. MAUS, « Synthèse », dans J.C. MASCLET et D. MAUS (dir.), *op. cit.*, note 83, p. 229, à la page 231.

Il n'est pas exclu que surviennent des tensions entre la Constitution du Canada et les normes du partenariat bien que, si l'on se rapporte à l'expérience européenne, les conflits de cet ordre devraient être, dans la pratique, rarissimes. Les normes constitutionnelles les plus sensibles sur ce chapitre portent sur les droits et libertés de la personne de même que sur le partage fédéral des compétences.

À supposer que la juridiction du partenariat, à l'instar de la Cour de justice des Communautés européennes, pose le principe de la primauté du droit du partenariat sur le droit national, puis affirme son application à l'endroit des normes constitutionnelles, il est à prévoir que les juridictions internes du Canada éprouveront de sérieuses hésitations à reconnaître la supériorité du droit du partenariat sur les normes contenues dans la Constitution du Canada. Il serait pour le moins étonnant que les tribunaux canadiens poussent le zèle jusqu'à écarter la *Charte canadienne des droits et libertés* ou le partage fédéral des compétences établi aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au profit de sources primaires ou secondaires de droit du partenariat. Le partenariat séduira peu s'il implique un séisme dans la hiérarchie canadienne des normes juridiques ; au demeurant, il ne nous semble pas qu'il faille absolument chambarder la logique de cette hiérarchie pour mettre en place un partenariat fonctionnel. Par contre, il est vraisemblable que les tribunaux canadiens, dans l'élaboration et l'actualisation de la jurisprudence constitutionnelle, subissent l'influence des exigences fonctionnelles du partenariat tout comme ils sont, à l'heure actuelle, perméables aux exigences fonctionnelles du libre-échange nord-américain. Il est tout aussi vraisemblable qu'ils orientent l'interprétation et l'application des textes constitutionnels canadiens de manière à éviter les conflits entre ces derniers et le droit du partenariat. Ainsi, le partenariat exercerait un ascendant sur les textes constitutionnels canadiens, non pas par le jeu d'une articulation mécanique, mais plutôt par une dynamique s'apparentant à l'osmose. Notons une implication parmi d'autres de la non-supériorité du droit communautaire sur la norme constitutionnelle canadienne : les actes normatifs du partenariat, tels qu'ils seraient relayés dans l'ordre juridique interne par la ou les lois de mise en œuvre et, possiblement, les actes non normatifs issus des institutions du partenariat susceptibles d'influer directement sur des droits reconnus dans l'ordre juridique interne, seraient soumis à un contrôle de constitutionnalité, qui aurait notamment pour base la *Charte canadienne des droits et libertés* et les principes animant le partage fédéral des compétences.

Conclusion

Au terme de ce parcours, il convient de réitérer quelques observations.

Ce qui frappe d'abord, c'est la grande capacité d'adaptation du cadre constitutionnel canadien au nouveau contexte créé par le partenariat. Nul besoin de réformer la Constitution canadienne pour participer au partenariat. L'implantation de celui-ci dans l'ordre juridique interne du Canada pourrait se réaliser au moyen d'une technique législative semblable à celle de l'*European Communities Act 1972*, une loi britannique qui ne comportait qu'une douzaine d'articles au moment où elle fut adoptée et qui, au demeurant, a fait ses preuves. La souplesse du cadre constitutionnel canadien tient principalement, d'une part, à la conception dualiste qui régit les rapports entre les ordres juridiques interne et international et, d'autre part, au rôle névralgique joué dans le droit public canadien par le principe de la suprématie parlementaire. La logique de ce dernier principe, le discours et les formes qui l'accompagnent ne sont pas remis en cause par le partenariat — l'expérience britannique dans la Communauté européenne en témoigne. Quant à l'organisation fédérale du Canada, elle ne sème pas d'écueils incontournables sur la voie de la mise en œuvre du partenariat.

L'enjeu le plus délicat est celui de la primauté du droit du partenariat sur les normes constitutionnelles canadiennes. À l'intérieur du Canada, la Constitution — en particulier la *Charte canadienne des droits et libertés* et les dispositions organisant le partage des compétences — s'appliquerait aux actes, normes, voire aux institutions du partenariat, dans la mesure où ceux-ci ont des expressions reconnues par le droit interne. En fait, pour être rigoureux, il faut préciser que ce sont ces expressions — et non les actes supranationaux primitifs — qui seraient soumis, dans la juridiction interne, au contrôle de constitutionnalité. Nous le redisons, il serait étonnant que les tribunaux canadiens acceptent dans l'enthousiasme l'idée d'écarter la Constitution au profit d'une norme de partenariat en cas de conflit, si tant est qu'un tel principe soit énoncé par la juridiction du partenariat. Seulement, on l'a vu, la problématique de la coexistence entre norme supranationale et norme constitutionnelle n'est pas inédite : elle a été posée dans quelques pays européens et, à ce que l'on sache, elle n'a pas dégénéré en épisodes cornéliens ni mis un frein à la progression de l'entreprise européenne. De même, les probabilités sont faibles, d'une part, que surgissent des oppositions patentes entre norme constitutionnelle et norme du partenariat et, d'autre part, que d'éventuelles réticences de la juridiction interne à l'idée d'affirmer la supériorité de la norme du partenariat sur la norme constitutionnelle engendrent des dysfonctionnements systémiques dans l'ordre du partenariat.

Si les architectes du partenariat jettent leur dévolu sur un système juridictionnel à l'image de la Cour de justice des Communautés européennes, il faut s'attendre que cela entraîne non pas un recul mais une extension de la sphère d'influence du pouvoir juridictionnel. En particulier, la juridiction — tant à l'interne que celle du partenariat — sera appelée à préciser les contours — dynamiques — des interactions entre partenariat et ordre juridique interne. Outre qu'elle constituera une pièce maîtresse du module articulaire reliant les deux ordres juridiques, la juridiction en assurera la régulation. Évolutif et fonctionnant dans un environnement en mouvement, ce module d'articulation nécessitera en effet des réglages épisodiques. Une telle tâche interpelle certes les divers pouvoirs politiques mais également, et peut-être surtout, l'appareil juridictionnel. Le ressort de cette fonction régulatrice sera non pas un corpus de règles matérielles mais une voie procédurale : le renvoi préjudiciel. La contribution des acteurs juridictionnels à la définition des rapports entre le partenariat et l'ordre juridique interne est intimement liée à la fonction régulatrice qu'ils assumeront à l'égard de ces rapports. En définitive, trois facteurs clés devraient déterminer l'ampleur de la contribution de la juridiction à la définition des éléments d'articulation entre les deux ordres juridiques : 1) le degré et la finesse de l'activisme de la juridiction du partenariat ; 2) la réceptivité et l'attachement manifestés par la juridiction interne à l'égard des principes formulés par la juridiction du partenariat ; 3) la qualité du dialogue appelé à s'installer entre le juge interne et celui du partenariat.