

CHAPITRE 13

L'ABDICTION DU ROI ÉDOUARD VIII EN 1936: «AUTOPSIE» D'UNE MODIFICATION DE LA CONSTITUTION CANADIENNE

Julien Fournier*, **Patrick Taillon****,
Geneviève Motard† et **André Binette‡**

L'adoption par le Parlement fédéral, sans le consentement des provinces, de la *Loi de 2013 sur la succession au trône*¹ représente, à l'instar des projets de réformes du Sénat² et d'amendement à la *Loi sur la Cour suprême du Canada* (affaire Nadon)³, une tentative de modification unilatérale d'une caractéristique essentielle de la Constitution canadienne, soit les règles de désignation du chef de l'État, dites règles de succession. Cette loi du Parlement cherche à donner suite, en droit canadien, à l'accord politique conclu lors du Sommet de Perth en 2011 qui, principalement, manifeste l'intention de chacun des 16 royaumes du Commonwealth de coordonner une modification de leurs règles de succession royale respectives. D'un point de vue politique, cette vaste réforme poursuit l'objectif de mettre fin à la discrimination sexuelle découlant de la primogéniture masculine, de supprimer l'incapacité à régner d'un prétendant au trône résultant du mariage avec un catholique romain et de limiter aux cinq premiers

* Étudiant en droit, Université Laval.

** Professeur agrégé, Université Laval.

† Professeure, Université Laval.

‡ Avocat, DS Welsh Bussière.

Les auteurs tiennent à remercier Amélie Binette et Mathilde Asselin Van Coppenolle pour leur collaboration à la préparation de ce texte, de même que le Fonds de recherche du Québec – Société et culture pour l'aide financière accordée à la réalisation de cet article dans le cadre du programme Établissement de nouveaux professeurs-chercheurs.

1. *Loi de 2013 sur la succession au trône*, LC 2013, c 6 [*Loi de 2013*].

2. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 RCS 704.

3. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433.

successibles l'exigence d'obtenir le consentement royal s'appliquant aux mariages des héritiers au trône⁴.

Sans contester l'opportunité politique de ces importants changements proposés aux règles de succession royale, la *Loi de 2013* pose problème : il s'agit d'une tentative de modifier la Constitution du Canada sans respecter les exigences constitutionnelles établies par la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵. Parce qu'elle se limite à exprimer « l'assentiment⁶ » du Canada à un projet de loi britannique⁷, la loi canadienne emprunte – partiellement et maladroitement – la méthode retenue en 1936 pour modifier la Constitution du Canada à la suite de l'abdication du roi Édouard VIII. Elle représente à cet égard un retour à l'époque où le Canada ne disposait pas de la capacité juridique à modifier les aspects essentiels de sa Constitution.

De toute évidence, cette forme de renonciation à la souveraineté canadienne, teintée d'une nostalgie impériale, compromet l'un des acquis majeurs du rapatriement de la Constitution de 1982 : l'extinction de la capacité du Parlement britannique à légiférer pour le Canada⁸. En ce sens, la *Loi de 2013* contrevient à la lettre et à l'esprit de l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada*⁹, lequel a pour-

4. Sur la genèse de la modification faite en 2013 à la succession royale dans le Commonwealth et sur les procédures contemporaines de modification dans les différents royaumes, voir : Anne Twomey, « Changing the Rules of Succession to the Throne » (2011) 11 : 71 Sydney Law School Research Paper.
5. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 44 [LC de 1982].
6. *Loi de 2013*, supra note 1, art 2.
7. Bill 110, *A Bill to Make succession to the Crown not depend on gender; to make provision about Royal Marriages; and for connected purposes*, sess 2012-2013, 2012 (sanction royale, 25 avril 2013). Ce projet de loi britannique fut adopté après la sanction royale de la loi canadienne : *Succession to the Crown Act 2013* (R-U), c 20.
8. Anne Twomey, « The Royal Succession and the De-Patriation of the Canadian Constitution » (4 février 2013), en ligne : Constitutional Critique <http://blogs.usyd.edu.au/cru/2013/02/the_royal_succession_and_the_d.html>; James W.J. Bowden, « Canada Cannot Assent to British Law », *Ottawa Citizen* (5 février 2013) A11; Philippe Lagassé, « The Queen of Canada Is Dead; Long Live the British Queen. Why the Conservatives Must Rethink Their Approach to Succession », *Maclean's* [de Toronto] (3 février 2013); « Op-Ed: Canada's Independence Is at Stake », *Ottawa Citizen* (5 juillet 2013). *Contra* : Benoît Pelletier, « Loi sur la succession au trône – Le fédéral n'a pas agi inconstitutionnellement », *Le Devoir* [de Montréal] (12 juillet 2013) [postérieur à la *Loi de 2013*]; Andrew Heard, « Dilemmas from Changes to the Royal Succession: Is There a Canadian Monarchy? », British Columbia Political Studies Association Annual Conference, présentée à l'Université de Colombie-Britannique, 2 mai 2013 [non-publiée] p 6. en ligne : <<http://www.bcpsa.ca/previous-agms/323-2>> [postérieur à la *Loi de 2013*].
9. (R-U), 1982, c 11, art 2.

tant mis fin au pouvoir du Parlement britannique d'adopter des lois applicables pour le Canada.

Il faut dire que la technique rédactionnelle employée par le Parlement fédéral dans la *Loi de 2013* a pour objectif – ou à tout le moins pour effet – de court-circuiter la procédure de modification de la Constitution qui devrait s'employer dans ce cas, plus particulièrement l'alinéa 41a) de la *LC de 1982*, lequel protège la charge de la Reine et de ses représentants¹⁰. Pour ce faire, le législateur fédéral s'inspire, à tort selon nous, des formes et techniques rédactionnelles utilisées en 1936-37, lors du seul précédent pertinent en cette matière, soit la modification des règles de succession rendue nécessaire à la suite de l'abdication du roi Édouard VIII.

10. L'argumentaire du gouvernement fédéral et des principaux experts mobilisés depuis 2013 au soutien de son projet de loi tente à tout prix d'éviter l'application de l'alinéa 41a) de la *LC de 1982*, *supra* note 5. Entre ceux qui, comme Benoît Pelletier, plaident pour le recours au pouvoir résiduaire de légiférer pour la « paix, l'ordre et le bon gouvernement » et ceux qui, comme Peter Hogg, misent sur l'existence d'une règle non écrite de reconnaissance automatique du souverain britannique par le Canada, il n'existe en définitive qu'un seul point commun : le souci d'écartier l'application de l'alinéa 41a) de la *LC de 1982* (*ibid*). Ainsi, le ministre Nicholson affirme sans détour « que le projet de loi C-53 ne modifie pas la Constitution du Canada relativement à la Charge de la reine ». Rob Nicholson, « Modifications apportées à la loi concernant la succession au trône » (2013) 36 *Revue parlementaire canadienne* 8 aux pp 8-9. Transparent quant aux enjeux de ce débat, Peter Hogg admet explicitement que si la solution de la reconnaissance automatique n'est pas retenue par les tribunaux, « the result is highly inconvenient », puisque la procédure de modification applicable alors « would undoubtedly be the “unanimity” procedure of s. 41 ». Peter W. Hogg, « Succession to the Throne » (2014) 33 : 1 *NJCL* 83 [postérieur à la *Loi de 2013*], [Hogg, « Succession »]. Benoît Pelletier, quant à lui, commence sa comparution devant le comité sénatorial chargé de l'étude de ce projet de loi par une charge à l'endroit de ceux qui, comme nous, prétendent que les provinces ont leur mot à dire en cette matière, et ce, depuis l'adoption de la *LC de 1982*, *supra* note 5. Il déclare : « Il n'est pas nécessaire d'appliquer la procédure de modification de la Constitution canadienne prévue à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [...] Le Parlement canadien peut adopter une loi sur l'ordre de succession au trône en exerçant son pouvoir résiduel. » Faisant fi des changements intervenus en 1982, il ajoute : « Ni le Parlement canadien ni le gouvernement ne sont tenus de consulter les provinces ou, *a fortiori*, d'obtenir leur consentement. Les précédents de 1937, de 1947 et de 1952 montrent que les provinces n'ont aucun rôle à jouer dans les modifications relatives à la succession au trône ou aux titres royaux. Les provinces n'ont pas réagi non plus. Aucune règle constitutionnelle, y compris les conventions constitutionnelles, n'exige la participation des provinces. Au Canada, il y a un souverain en vertu d'un ensemble de règles, qui relève exclusivement du gouvernement fédéral, sauf lorsque le paragraphe 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique. » Sénat, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Témoignages*, 41^e lég, 1^{re} sess, no 32 (20 mars 2013) (Benoît Pelletier), [postérieur à la *Loi de 2013*] [Pelletier, *Témoignages*].

Mis à part le caractère anachronique de cette solution, cette façon de s'inspirer du précédent de 1936 retenu par le Parlement fédéral reste bien sélective. À supposer un instant que ce précédent s'impose en droit, encore aujourd'hui, celui-ci n'a été que très partiellement respecté lors de l'adoption de la *Loi de 2013*. De toute évidence, le législateur fédéral ne semble retenir de l'expérience de 1936 que les aspects de la procédure qui servent ses intérêts, soit le respect de certaines conventions constitutionnelles, faisant fi de l'essentiel des exigences juridiques requises par le droit formel. C'est dans cette optique que la présente étude vise à dresser un bilan de l'expérience de 1936 en analysant le rôle respectif des autorités fédérales canadiennes et du Parlement britannique au moment de cette modification de la Constitution canadienne survenue à la suite de l'abdication du roi Édouard VIII.

Conséquence de la volonté du roi de se marier dans des conditions jugées inacceptables par les gouvernements du Royaume-Uni et des dominions, l'abdication du roi Édouard VIII a nécessité d'importants changements aux règles de désignation du chef de l'État, et ce, afin d'exclure ses descendants directs à la fois de la liste des prétendants au trône et des exigences de consentement royal au mariage. Plus qu'une simple abdication, il s'est alors produit une transformation significative des règles de désignation du chef de l'État canadien, et ce, quelques années à peine après l'entrée en vigueur, au Canada, du *Statut de Westminster de 1931*¹¹ et de la divisibilité effective de la Couronne qui résulte des conférences impériales des années 1920. De manière à souligner les écarts entre les procédures employées, en 1936, et celles préconisées par les autorités fédérales canadiennes, en 2013, nous analyserons d'abord le droit canadien de la succession royale, de sa réception à sa première modification [*Titre 1*], pour ensuite examiner en détail les changements opérés en 1936 et les exigences juridiques cumulatives qui se sont imposées à l'époque [*Titre 2*].

1. LE DROIT CANADIEN DE LA SUCCESSION ROYALE: DE LA RÉCEPTION À SA PREMIÈRE MODIFICATION

À l'origine du choix de procédure employée en 1936-37 par les autorités fédérales canadiennes et par le Parlement de Londres, un constat fort simple: il existe au Canada un droit portant sur la succession royale qui ne peut être modifié que dans le respect du droit

11. *Statut de Westminster de 1931* (R-U), 22 Geo V, c 4. [*Statut de Westminster*].

constitutionnel canadien. Ce droit était, à l'origine, celui de l'Empire britannique, applicable à une Couronne impériale indivisible. Il a été reçu dans les anciennes colonies et possessions formant aujourd'hui le Canada à partir de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur ces régions, mais il est longtemps resté uniquement modifiable par le Parlement britannique. Dans ce contexte colonial fort complexe où, jusqu'en 1982, le Canada n'avait pas le pouvoir de modifier – sans le concours du Parlement britannique – les caractéristiques essentielles de sa Constitution¹², les règles relatives à la désignation du chef de l'État ont évolué à mesure que les rapports entre le Canada et les autorités britanniques se sont transformés. C'est pourquoi la *réception* des règles de succession doit être clairement distinguée des règles relatives à leur *modification* [Titre a], et ce, avant même d'examiner le cadre juridique mis en place par le *Statut de Westminster de 1931* et appliqué lors de l'abdication du roi Édouard VIII [Titre b].

a. Les distinctions qu'impose l'évolution coloniale

Pour les règles de succession royale, comme pour bien d'autres matières, l'évolution – sans rupture – des rapports coloniaux entre le Canada et les autorités britanniques entraîne toute une série de fines distinctions quant aux sources de l'ordonnancement juridique canadien. Ici, quatre précisions s'imposent.

i. La réception en droit canadien des règles de succession

L'évolution coloniale soulève, dans un premier temps, la question incontournable de la *réception* des règles de succession. Au Canada, cette dernière s'est opérée bien avant la création de l'Union fédérale de 1867, mais à des moments qui varient d'une région à l'autre. Géné-

12. Si le Parlement britannique détenait formellement la capacité à agir à titre de pouvoir constituant pour le Canada, il a tout de même établi un certain nombre d'exceptions à ce principe en autorisant le Parlement fédéral ou la législature des provinces à modifier des normes constitutionnelles souples telles que la constitution interne de la province sous l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ([R-U], 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5 [LC de 1867]), la création d'une cour générale d'appel et de tribunaux fédéraux par l'article 101 de la *LC de 1867*, la création de nouvelles provinces par l'article 146 de cette loi (pouvoir confirmé en 1871 par la *Loi constitutionnelle de 1871* [R-U], 34 & 35 Vict, c 28, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 11) ou encore, après 1949, les caractéristiques non essentielles des institutions fédérales sous le paragraphe 91(1) de cette loi (*Acte de l'Amérique du Nord britannique* [N° 2] [R-U], 1949, 13 Geo VI, c 81, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 33).

ralement, les règles du droit privé étaient reçues dans le droit de la colonie ou de la possession suivant la manière dont cette colonie ou cette possession avait été acquise par la Couronne britannique¹³. En présence d'une colonie de conquête ou de cession et jusqu'à ce qu'il promette la création d'une assemblée élue, le monarque disposait – par prérogative – du pouvoir de légiférer pour la colonie et pouvait, dès lors, décider du droit qui y était applicable, tandis que, dans une colonie dite de peuplement, la règle prévoyait plutôt que les colons importaient leur ordre juridique, mais seulement dans la mesure où les règles ainsi introduites étaient applicables («*suitable*») à la situation coloniale¹⁴.

À la différence de ces techniques de réception des règles du droit privé, le droit constitutionnel impérial, incluant le droit colonial britannique, a été introduit *ex proprio vigore*, c'est-à-dire de sa propre autorité, dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur ces territoires, et ce, indépendamment de la manière dont ceux-ci avaient été acquis¹⁵. Le moment de cette réception résulte donc de circonstances historiques. Parce que les colonies de l'Amérique du Nord britannique ont été conquises ou peuplées à des dates différentes les unes des autres, la réception du droit constitutionnel impérial s'est opérée à des moments distincts.

Mais encore, en fonction des intérêts de la métropole, l'application de certaines règles du droit impérial a pu être différée dans le temps. En effet, certains aspects du droit impérial s'avèreraient parfois non pertinents ou inapplicables au contexte particulier d'une colonie¹⁶.

13. Voir notamment *Campbell v Hall*, (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045 (KB) [*Campbell*]; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, [2013] 2 RCS 774, 2013 CSC 42 aux para 15, 17. Voir aussi Michel Morin, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 » (1997) 57 R du B 689, lequel précise que la distinction entre les règles de réception du droit privé et du droit public n'est apparue qu'au XIX^e s.; J. E. Côté, « The Reception of English Law » (1977) 15 Alta LR 29; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student ed, Toronto, Carswell, 2011 [antérieur à la *Loi de 2013*] aux pp 2-1 et s [Hogg, *Constitutional Law*]; Russel Lawrence Barsh, « Indigenous Rights and the Lex Loci in British Imperial Law » dans Kerry Wilkins, dir, *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, Saskatoon, Purich, 2004, 91.

14. Voir notamment *Campbell*, *supra* note 13.

15. *Campbell*, *supra* note 13; voir également : *Calder et al c Attorney-General of British Columbia*, [1973] RCS 313 à la p 395 (j Hall); *R c Côté*, [1996] 3 RCS 139 au para 39-40; *PG du Qué et Keable c PG du Can et autres*, [1979] 1 RCS 218 à la p 244; *Chaput v Romain*, [1955] SCR 834 à la p 853; *Quebec North Shore Paper c C.P. Ltée*, [1977] 2 RCS 1054 à la p 1063; Pelletier, *Témoignages*, *supra* note 10.

16. Selon Anne Twomey, bien que ces règles aient été reçues, elles pouvaient demeurer en « dormance » dans le droit interne d'une colonie. Anne Twomey, *The laws*

Par exemple, des parties du *Bill of Rights* ou de l'*Act of Settlement*, notamment les dispositions relatives aux privilèges parlementaires, à l'indépendance judiciaire ou à l'*habeas corpus*, ont pu voir leur application différée d'une colonie à l'autre. Ainsi, s'agissant de la *Province of Quebec*, les protections prévues par la *common law* en matière de privilèges parlementaires n'auraient pu être appliquées dès 1763, compte tenu qu'aucune assemblée législative n'était en place.

Cela dit, de telles exceptions, bien qu'envisageables en ce qui concerne certains aspects précis du droit des colonies, n'auraient eu, à l'époque, aucun sens à l'égard des règles constitutives de l'autorité de la Couronne. Dans le cas précis de la désignation du titulaire de la Couronne, il s'agissait, dès l'origine du régime britannique, de la source et du fondement même de l'autorité royale sur les colonies et possessions canadiennes. Ce corpus comprenait notamment des règles de *common law* et certaines dispositions du *Bill of Rights* de 1689¹⁷, de l'*Act of Settlement* de 1701¹⁸ et du *Royal Marriages Act* de 1772¹⁹, ces dernières ayant par la suite été modifiées lors de la réforme de 1936²⁰.

Il faut dire que les termes mêmes du *Bill of Rights* et de l'*Act of Settlement* prévoyaient – expressément – que ces textes s'appliquaient aux possessions et colonies de l'Empire britannique²¹. Corollaires du

of succession to the throne – Australia and Canada, Rapport d'un témoin expert, disponible dans le dossier n° 200-17-018455-139, *Motard et Taillon c Procureur général du Canada*, Cour supérieure, Québec [*Motard et Taillon*] au para 3.7 [Twomey, *Laws of succession*].

17. *Bill of Rights, 1689* (R-U), 1 Will & Mary Sess 2, c 2.

18. *Act of Settlement, 1701* (R-U), 12 & 13 Will 3, c 2.

19. *Royal Marriages Act, 1772* (R-U), 12 Geo III, c 11.

20. Le droit de la succession royale a été modifié, en 1936, par *His Majesty's Declaration of Abdication Act, 1936* ((R-U), 1 Edw VIII and 1 Geo VI, c 3 [*Declaration of Abdication Act*]) qui a amendé l'*Act of Settlement*, *supra* note 18 et le *Royal Marriages Act*, *ibid*. Quant à la réforme de 2013, celle-ci cherche maintenant à modifier les trois lois impériales qui composent le droit de la succession royale. *Succession to the Crown Act 2013*, *supra* note 7.

21. *Bill of Rights*, *supra* note 17: «[...] the said Lords Spirituall and Temporall and Commons doe further pray that *it may be enacted* That all and every person and persons that is are or shall be reconciled to or shall hold Communion with the See or Church of Rome or shall professe the Popish Religion or shall marry a Papist shall be excluded and be for ever uncapable to inherit possesse or enjoy the Crowne and Government of this Realme and Ireland and *the Dominions* thereunto belonging or *any part of the same* or to have use or exercise *any Regall Power Authoritie or Jurisdiction within the same* » [nos italiques]; *Act of Settlement*, *supra* note 18. Cette loi rappelle l'interdiction inscrite dans le *Bill of Rights* pour celui qui aura la Couronne et le gouvernement de tout un chacun des dominions anglais de marier un catholique: « [...] or marry a Papist should be excluded and are by that Act made for ever incapable to inherit possess or enjoy the Crown and Government of this Realm and Ireland and *the Dominions thereunto belonging* [...] ».

principe de suprématie parlementaire, ces lois, qui composaient le droit fondamental de l'Empire, consacraient l'autorité suprême du Parlement britannique d'établir un ordre de succession au trône et de l'imposer dans l'ensemble de l'Empire. Étant nécessairement « *suitable* » à la situation de chaque colonie, elles se voyaient intégrées dans le droit interne de chaque domaine (« *dominion* ») de la Couronne²².

Le droit de la succession royale avait donc été reçu depuis longtemps dans le droit interne des colonies d'Amérique du Nord britannique qui ont décidé, en 1867, de constituer une union fédérale. Au terme de l'article 129 de la *LC de 1867*, ce droit continuait d'en faire partie²³. Celui-ci a effectivement maintenu les lois impériales déjà en vigueur dans le droit des colonies appelées à former la fédération

De plus, cette loi établit le point de départ de la succession royale pour tous les dominions: «[...] it enacted and declared by the Kings most Excellent Majesty by and with the Advice and Consent of the Lords Spirituall and Temporall and Comons in this present Parliament assembled and by the Authority of the same *That the most Excellent Princess Sophia Electress* [...] be and is hereby declared to be the next in Succession in the Protestant Line to the Imperial Crown and Dignity of the said Realms of England France and Ireland *with the Dominions and Territories thereunto belonging* [...]» [nos italiques].

22. Pour les colonies dites de conquête, voir *Campbell, supra* note 13. Du point de vue des peuples colonisés, l'intégration des territoires n'est ni consentie ni légitime. Cette théorie de droit colonial cherche à supplanter l'ordre constitutionnel en place et se trouve à être, du même coup, en porte à faux avec les engagements pris, par exemple, dans les traités et alliances avec les peuples autochtones.
23. L'article 129 de la *LC de 1867, supra* note 12, se lit: «Except as otherwise provided by this Act, *all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue* in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, *as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland), to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.*» Dans sa version non officielle française: «Sauf toute disposition contraire prescrite par la présente loi, – *toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, – tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle – toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, – et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, continueront d'exister* dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, *comme si l'union n'avait pas eu lieu*; mais ils pourront, néanmoins (*sauf les cas prévus par des lois du Parlement de la Grande-Bretagne ou du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande*), être révoqués, abolis ou modifiés par le Parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du Parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi.» [nos italiques].

tout en conservant la règle suivant laquelle ces lois relevaient exclusivement de la compétence du Parlement britannique, une exigence qui, à l'époque, visait l'ensemble des normes constitutionnelles de rang supralégislatif, dont, au premier chef, les dispositions rigides de la *LC de 1867*.

Le préambule de la *LC de 1867*²⁴ a également confirmé la réception, en droit canadien, des règles de succession. En faisant référence au fait que le Canada a « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »²⁵, ce préambule témoigne, d'une part, de la réception des principes constitutionnels britanniques à l'échelle de la fédération²⁶ et, d'autre part, de la constitutionnalisation de ceux-ci²⁷. Or, d'hier à aujourd'hui, un des principes fondamentaux de la Constitution britannique demeure que le chef de l'État doit être désigné ni par ses prédécesseurs ni par jugement de Dieu²⁸ ni selon le droit d'un autre État²⁹, mais bien en fonction de la loi du Parlement titulaire de la souveraineté dans l'État.

Enfin, cette réception des lois impériales fondamentales a été confirmée par plusieurs³⁰, notamment par le juge en chef Laskin qui,

24. Le préambule de la *LC de 1867* est, selon le juge en chef Lamer, le « portail de l'édifice constitutionnel » canadien. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 RCS 3 au para 109, juge en chef Lamer [*Renvoi rémunération des juges*].

25. *LC de 1867*, *supra* note 12, préambule.

26. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2008 [antérieur à la *Loi de 2013*]. Voir *R (Canada) c R (Île-du-Prince-Édouard)*, [1978] 1 CF 533 à la p 549.

27. Tel qu'il a été établi dans les arrêts de la Cour suprême du Canada dont nous traiterons ci-dessous, notamment : *Renvoi rémunération des juges*, *supra* note 24 ; *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319 [*New Brunswick Broadcasting Co*].

28. André Émond, *Constitution du Royaume-Uni : Des origines à nos jours*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009 aux pp 385-386.

29. *Infra* note 100.

30. C'est du moins ce que Peter Hogg confirme dans cet extrait : « Among the many important statutes of a constitutional character that are not included in the schedule to the Constitution Act, 1982 is the *Act of Settlement, 1701* which is an imperial statute enacted by the Parliament of the United Kingdom *but also to its dominion including Canada* » [nos italiques]. Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 13 aux pp 10-11, s 1.4. Plus près des autorités fédérales canadiennes, Maurice Ollivier, pour le compte du département des Affaires étrangères canadiennes a établi, en 1945, une liste des lois britanniques toujours en vigueur au Canada, où toutes ces lois sont systématiquement mentionnées. Maurice Ollivier, *Problems of Canadian Sovereignty: From the British North America Act 1867 to the Statute of Westminster 1931*, Canadian Law Book Co, 1945, Appendix B aux pp 465-469. Cette énumération contient également *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20 ; voir aussi : Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit*

dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, a affirmé que le *Bill of Rights* de 1689 « fait indubitablement partie du droit du Canada »³¹, une formule reprise ensuite en 2003 par le juge Major, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Authorson*³². De même, le juge Rouleau, de la Cour supérieure de l'Ontario, dans l'arrêt *O'Donohue v Canada*, a conclu à la réception des lois impériales dans un litige concernant, précisément, les dispositions relatives aux règles de succession. Dans une décision confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, il écrit :

The *Act of Settlement* is an imperial statute adopted by the United Kingdom in 1701. By its terms it provides that it is an act « established and declared » in the « Kingdoms of England, France and Ireland, and the dominions thereunto belonging ». As a result it became and remains part of the laws of Canada [nos italiques]³³.

Cette reconnaissance des tribunaux canadiens confirme, à notre avis, la réception des lois impériales relatives à la succession royale.

ii. L'application directe des lois impériales fondamentales

Bien qu'intégré en droit canadien au moment de l'affirmation de la souveraineté britannique, le contenu des lois impériales fondamentales ne s'applique que dans la mesure où celui-ci n'a pas été altéré par des normes constitutionnelles adoptées subséquentement. Après tout, le droit impérial n'a rien d'immuable : il peut être adapté

constitutionnel, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 [postérieur à la *Loi de 2013*], au para I.35, à la p 17 ; André Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2000, à la p 9.

31. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 au para 59, juge en chef Laskin pour la majorité de la Cour.
32. *Authorson c Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 RCS 40. De plus, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour affirme à propos d'une autre loi impériale fondamentale : « L'évolution de notre tradition démocratique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant [sic], à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689 » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 63 [*Renvoi sécession*].
33. *O'Donohue v Canada*, 2003 ONSC 41404 au para 3 [*O'Donohue*], juge Rouleau. Le litige portait dans cette affaire sur la conformité des règles de succession royale avec le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15, partie I de la *LC de 1982*, supra note 5. Au paragraphe 35, le juge ajoute : « The fact that the *Act of Settlement* was indexed among the constitutional acts is a further indication that, despite the fact that it was not listed in the *Schedule to the Constitution Act, 1982*, the *Act of Settlement* was intended to be a component of our constitutional enactments (see *Revised Statutes of Ontario, 1897*, vol III, appendix Part 1). »

et modifié au gré des circonstances. Il y a donc lieu, dans un deuxième temps, de faire une autre distinction entre la question de la *réception* des lois impériales et celle de leur *application* actuelle ou contemporaine en droit canadien³⁴.

Des textes plus spécifiques ou plus récents ont pu « faire écran » à l'application directe de certaines parties des lois impériales fondamentales. L'évolution constitutionnelle des colonies a en effet amené ces dernières à adopter, la plupart du temps par l'entremise des autorités britanniques, des dispositions plus précises que celles prévues dans les lois impériales, ces nouvelles normes aménageant certains aspects de ce droit au contexte particulier de chaque colonie. Certaines règles impériales ont donc été modulées ou adaptées suivant la situation coloniale.

Ce serait le cas, par exemple, de l'adoption des articles 96 à 100 de la *LC de 1867* et de l'alinéa 11d) de la *LC de 1982* (deux lois impériales propres à la situation des colonies – ou anciennes colonies – de l'Amérique du Nord britannique) qui ont modifié les règles relatives à l'indépendance judiciaire³⁵. Du coup, ces dispositions spécifiques font aujourd'hui écran à l'application directe de certains articles de l'*Act of Settlement* qui deviennent, dans ces circonstances, une source supplétive³⁶ pouvant, tout au plus, guider l'interprétation des lois plus précises de 1867 et de 1982³⁷.

34. *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, *supra* note 13 au par 17.

35. Sous la Constitution de l'Acte d'Union, l'*Acte concernant l'indépendance des juges de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour supérieure ainsi que de leur récusation en certains cas*, 1843 (R-U), 7 Vict, c 15 avait aussi contribué à cet aménagement local du principe d'indépendance judiciaire. Voir Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36: 3 Osgoode Hall LJ 485.

36. Ainsi, au paragraphe 87 du *Renvoi rémunération des juges*, *supra* note 24, le juge en chef Lamer semble confirmer la valeur supplétive de l'*Act of Settlement*, *supra* note 18, dans la mesure où il constate que les dispositions de la *LC de 1982*, *supra* note 5, et de la *LC de 1867*, *supra* note 12, codifient partiellement la sécurité financière protégée par l'*Act of Settlement* (*ibid*). *Renvoi rémunération des juges*, *supra* note 24 au para 87. Le juge Laforest, dissident, considère, quant à lui, que les articles 99 et 100 de la *LC de 1867* (*ibid*) avaient « effectivement constitutionnalisés les éléments fondamentaux de l'indépendance judiciaire énoncés dans l'*Act of Settlement* (*ibid*), de manière à permettre aux tribunaux de prendre des mesures contre les atteintes à ce principe » (au para 311 du même renvoi). Voir aussi les motifs du juge Gonthier pour la majorité de la Cour dans *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 RCS qui, au paragraphe 67, utilise l'*Act of Settlement* (*ibid*) comme source « d'inspiration » guidant son interprétation.

37. En ce sens, le juge en chef Lamer, dans le *Renvoi rémunération des juges*, *supra* note 24 au para 106, écrit: « Les origines historiques de la protection de l'indé-

Il en va de même en matière de privilèges parlementaires, où l'article 18 de la *LC de 1867* de même que les dispositions des lois fédérales et provinciales font, en quelque sorte, écran à l'application directe de l'article 9 du *Bill of Rights*. Comme le mentionne le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co*, « avec l'assentiment de la Couronne, une bonne partie du droit relatif au privilège a été codifiée »³⁸. C'est pourquoi le juge Lamer, comme la juge McLachlin, refuse, dans cette affaire, de renvoyer à « un article précis » du *Bill of Rights* : « Cela ne veut pas dire que les principes qui sous-tendent l'art 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689 ne font pas partie de notre droit », écrit la juge McLachlin. Toutefois, cela indique qu'il y a désormais des dispositions spécifiques qui font écran à l'application directe de cet aspect du *Bill of Rights*. Ce dernier est alors réduit, en certaines matières, à n'être qu'une source de droit ayant valeur supplétive³⁹ ou guidant l'interprétation du droit constitutionnel canadien contemporain⁴⁰.

Or, contrairement à ce que l'on observe en matière de privilèges et immunités parlementaires, d'indépendance judiciaire ou encore d'*habeas corpus*, il n'y a, concernant la succession royale, aucun texte – si ce n'est la modification intervenue en 1936 – susceptible de faire écran à l'application directe et contemporaine du droit impérial reçu dans l'ordre juridique canadien. Loin de chercher à empêcher l'appli-

pendance de la magistrature au Royaume-Uni et, partant, dans la Constitution du Canada, remontent à l'*Act of Settlement* de 1701. Comme nous l'avons dit dans *Valente*, précité, à la p 693, c'est de cette loi que « s'inspirent historiquement » les dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867* ».

38. *New Brunswick Broadcasting Co*, supra note 27 à la p 345 (motifs du juge en chef Lamer). Dans la même optique, le juge McIntyre, dans l'arrêt *Smith*, tient des propos semblables en ce qui concerne l'article 10 du *Bill of Rights*, supra note 17, dont le contenu a été « repris dans la *Charte canadienne des droits et libertés* », ce qui, selon lui, « indique que cet article du *Bill of Rights* n'est pas désuet » : *R. c Smith*, [1987] 1 RCS 1045 au para 82, juge McIntyre, dissident.
39. André Tremblay évoque le rôle supplétif de ces textes qui subsiste toujours lorsqu'il écrit : « D'autres lois impériales, qui traitent des relations entre le pouvoir royal et le parlement, présentent, aussi à titre supplétif, un intérêt certain pour l'étude du droit constitutionnel : la pétition des droits de 1629, le *Bill of Rights* de 1689, l'*Acte d'établissement* de 1701 et le *Parliament Act* de 1911. » Tremblay, supra note 30 à la p 9.
40. *Canada (Chambre des communes) c Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 RCS 667 au para 21 (juge Binnie à propos des privilèges parlementaires); *Renvoi sécession*, supra note 32 au para 63 (à propos de la *Magna Carta*); *Renvoi rémunération des juges*, supra note 24 au para 87 (juge Lamer à propos de l'indépendance judiciaire); *Therrien (Re)*, supra note 36 au para 67 (juge Gonthier à propos de l'indépendance judiciaire); *620 Connaught Ltd c Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 RCS 131 au para 4 (juge Rothstein à propos du lien entre taxation et représentation).

cation de l'*Act of Settlement* et du *Bill of Rights*, la modification intervenue en 1936 est plutôt venue confirmer explicitement la réception, l'application et certaines évolutions des règles de succession en droit constitutionnel canadien. Il n'existe donc aucun obstacle, aucun aménagement local spécifique permettant d'écarter l'application directe et actuelle, en droit canadien, des règles de succession reçues à la suite de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique.

iii. La « canadianisation » des règles de succession

Les règles de succession ont pendant longtemps désigné les prétendants à une Couronne unique et indivisible ayant autorité sur un empire dont le Canada n'était, jusqu'à son accession à l'indépendance, que l'une des composantes. Il faut donc distinguer, dans un troisième temps, le processus de « canadianisation » des règles de succession royale qui s'opère avec la *divisibilité* de la Couronne, de la question de la *réception* et de celle de l'*application directe* de ces règles en droit canadien. En effet, préalablement à la reconnaissance de l'indépendance politique des dominions lors des conférences impériales des années 1920 et de l'adoption du *Statut de Westminster de 1931*, le droit canadien de la succession royale demeurait celui d'une composante de l'Empire. Il n'y avait qu'une seule charge royale pour tout l'Empire⁴¹. Dans ces circonstances, la Constitution de 1867 n'a évidemment pas pu établir de règles spécifiques à la désignation du chef de l'État canadien, puisque cet État – tout comme la charge de Reine du Canada – n'existait tout simplement pas. Le droit de la succession royale était celui de l'Empire britannique, reçu dans chacune des colonies comme une composante essentielle de l'autorité impériale et, évidemment, modifiable uniquement par le Parlement de Westminster.

Cette unité du droit de la succession à l'échelle de l'Empire britannique a été acquise au début du XVIII^e siècle lorsque l'union personnelle des Couronnes d'Écosse et d'Angleterre s'est transformée

41. *Canada v Bank of Nova Scotia*, (1885) 11 SCR 1: «That, for the purpose of entitling itself to the benefit of its prerogative rights, *the Crown is to be considered as one and indivisible throughout the Empire*, and is not to be considered as a quasi-corporate head of several distinct bodies politic (thus distinguishing the rights and privileges of the Crown as the head of the government of the United Kingdom from those of the Crown as head of the government of the dominion, and, again, distinguishing it in its relations to the Dominion and to the several provinces of the dominion) is a point so settled by authority as to be beyond controversy» [nos italiques].

en une charge royale unifiée et indivisible. En effet, l'indivisibilité de la Couronne impériale a été grandement consolidée par les *Acts of Union*⁴² de 1707 qui ont uni les royaumes d'Angleterre et d'Écosse. À l'origine, l'Écosse avait pourtant une charge royale distincte, et le droit écossais de la succession royale en régissait la transmission. L'Angleterre avait également sa charge et son droit de la succession royale. En 1603, les aléas familiaux ont fait en sorte que les droits anglais et écossais ont attribué leur couronne respective à la même personne physique, Jacques VI d'Écosse et 1^{er} d'Angleterre⁴³. Par la suite, ce souverain a régné en union personnelle sur les deux royaumes, en vertu de deux droits de la succession royale indépendants. Puis, par l'adoption des *Acts of Union*, le droit public a été unifié dans l'ensemble de la Grande-Bretagne⁴⁴, dès lors constituée. Un droit de la succession royale uniforme régissant la transmission d'une couronne une et indivisible s'est alors formé⁴⁵.

La Couronne du Canada est apparue, quant à elle, avec l'accession des dominions à l'indépendance politique. Le processus inverse de l'union de l'Angleterre et de l'Écosse s'est alors produit. D'une Couronne indivisible, le Commonwealth a évolué vers une union personnelle de charges fondées sur des règles distinctes, mais harmonisées. Cette divisibilité s'est cristallisée lors des conférences impériales des années 1920 ayant mené à la Déclaration Balfour de 1926. Le *Statut de Westminster de 1931* a ensuite formalisé juridiquement cette indépendance⁴⁶. D'une seule Couronne pour tout l'Empire, on scinda celle-ci en une multitude de charges distinctes de celle du Royaume-Uni⁴⁷. La

42. *Union with Scotland Act, 1706* (Angleterre), 6 Anne c 11; *Union with England Act, 1707* (Écosse), Anne c 7.

43. En 1603, il était déjà roi d'Écosse alors que la Couronne anglaise lui échet. Rosalind Mitchison, *A History of Scotland*, 3^e éd, London-New York, Routledge, 2002 à la p 121.

44. J.D. Ford, «The legal provisions in the Acts of Union», (2007) 66 Cambridge LJ 106 à la p 108.

45. *Union with Scotland Act, 1706* (Angleterre), *supra* note 42, art 2; *Union with England Act, 1707* (Écosse), *supra* note 42, art 2. L'article 2 de chacune de ces deux lois est presque identique et reprend les dispositions relatives à la succession royale contenues dans le *Bill of Rights* et l'*Act of Settlement* (voir *supra*, note 21), tout en ajoutant la notion d'« Imperial Crown of Great Britain and the Dominions ». La loi anglaise d'union avec l'Écosse de 1706 fait partie du droit du Canada selon Maurice Ollivier. Elle est présente dans sa liste des lois britanniques faisant partie du droit canadien préparée pour le compte du département des Affaires étrangères canadiennes, *supra* note 30.

46. L'indépendance canadienne a été reconnue par la Cour suprême dans : *Re Offshore Mineral Rights of B.C.*, [1967] RCS 792 à la p 816 [*Offshore Mineral Rights*].

47. Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2002 [antérieur à la *Loi de 2013*] à la p 77: « [L]a divisibilité de la couronne apparaissait évidente puisqu'elle agissait distinctement en fonction des

réception et l'application directe des règles de succession issues du droit impérial ont néanmoins permis de maintenir une apparente uniformité, car bien que juridiquement distinctes⁴⁸, toutes ces charges royales sont attribuées à une même personne physique (union personnelle) tant et aussi longtemps que les royaumes du Commonwealth conservent des règles de succession identiques⁴⁹. Il n'empêche que, sur le plan juridique formel, la divisibilité de la Couronne reste entière, ce qui a d'ailleurs été explicitement reconnu dans l'arrêt *The Queen v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, rendu par la division civile de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles⁵⁰.

La divisibilité de la Couronne et l'accession du Canada à l'indépendance politique ont donc entraîné la « canadienisation » des règles de succession royale. En plus d'être reçues et directement applicables, ces dernières se conçoivent désormais comme des règles autonomes de

avis reçus des différentes parties de l'empire. Le « Roi du Canada » n'était plus le même organe que le roi des autres membres de l'empire. Cela fut formalisé par la *Loi sur la désignation et les titres royaux*, S.C. 1952-53, c 9 [...]. Aujourd'hui, l'indivisibilité formelle de la couronne, en raison des expédients qu'on a trouvés pour en contourner les effets, n'est qu'une règle constituée principalement d'exceptions ».

48. Nicole Duplé, *Droit constitutionnel. Principes fondamentaux*, 5^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 [antérieur à la *Loi de 2013*] à la p 224 : « Il est certain que l'Empire était divisible sur le plan fonctionnel puisque les colonies disposaient de pouvoirs autonomes et de trésors distincts. Pendant la période coloniale, la Couronne a donc été le symbole de l'unité de l'Empire. En accédant à la souveraineté, les anciennes colonies britanniques sont devenues des entités juridiques non seulement distinctes les unes des autres, mais distinctes, également, de l'entité juridique qu'est le Royaume-Uni. Le Canada détient son propre chef d'État, et le fait que la Reine du Canada soit aussi le chef d'État de plusieurs autres États souverains est sans conséquence dans l'ordre juridique canadien. Dans ce dernier contexte, la Reine est le symbole incarné de la souveraineté canadienne et, comme il ne peut y avoir d'État dans l'État, la souveraineté est indivisible dans son principe » [nos italiques].
49. Ci-dessus à la p 16; Twomey, *Laws of succession*, *supra* note 16 au para 4.4.
50. [1982] 2 All ER 118 (CA), lord Denning : « Hitherto I have said that in constitutional law the Crown was single and indivisible. *But that law was changed in the first half of this century* – not by statute – but by constitutional usage and practice. The Crown became separate and divisible – according to the particular territory in which it was sovereign. This was recognised by the Imperial Conference of 1926 » [nos italiques]; David Keeshan, « Crown », dans *Halsbury's laws of Canada*, à jour au 1^{er} octobre 2012, n° HCW-7 (LN/QL); Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec : Du régime français à nos jours*, t 1, « Études », Montréal, Thémis, 1994 aux pp 383-384; Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 13 aux pages 302-303. Voir aussi *Offshore Mineral Rights*, *supra* note 46 à la p 816. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada reconnaît la souveraineté du Canada.

celles qui organisent les autres royaumes du Commonwealth⁵¹. Leur avenir, c'est-à-dire leur éventuelle modification ou abrogation, peut dès lors être envisagé de manière distincte de celui du Royaume-Uni, du moins en droit formel⁵².

iv. La modification des règles constitutionnelles relatives à la succession

La complexité des rapports entre le Canada et les autorités britanniques implique, dans un quatrième temps, la prise en compte d'une autre distinction fondamentale entre, d'un côté, les questions de *réception*, d'*application* et de *divisibilité* des règles de succession et, de l'autre, le problème de leur *modification*. En effet, les règles de succession, bien que reçues dans le droit de la colonie, avaient longtemps échappé à la compétence des autorités canadiennes. Avant l'avènement de la divisibilité de la Couronne, le droit canadien de la succession royale était, en fait, celui de l'Empire britannique, modifiable unilatéralement par le Parlement impérial. Tant et aussi longtemps qu'aucune loi impériale n'eut expressément attribué ce pouvoir aux autorités coloniales, la *common law*, codifiée par le *Colonial Laws Validity Act* en 1865⁵³, écartait la compétence des législatures coloniales en matière de succession royale. Cet état du droit a été ensuite maintenu par l'adoption de l'article 129 de la *LC de 1867*, qui a permis de conserver l'application des lois impériales en droit canadien, tout en réservant au Parlement britannique le pouvoir exclusif de les modifier. Cette compétence exclusive britannique n'était pas le propre des règles de succession : elle visait, en définitive, toutes les normes rigides de la Constitution canadienne⁵⁴, dont, au premier chef, l'essentiel de la *LC de 1867* elle-même.

Le ministère fédéral de la Justice, à l'époque de l'abdication de 1936, reconnaissait cet état du droit qui caractérisait la période

51. Kenneth Clinton Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, London, Oxford University Press, 1953 aux pp 198 et 285 ; Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 30 aux pp 229-230 ; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel Principes fondamentaux*, 6^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 [postérieur à la *Loi de 2013*] aux pp 689-690.

52. Des traditions, voire des conventions constitutionnelles, militent néanmoins en faveur d'une concertation politique et d'une harmonisation des règles de succession des différents royaumes du Commonwealth, voir les développements à ce sujet aux pp 378 et s ci-dessous.

53. *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R-U), 28 & 29 Vict, c 63, art 2 et 5.

54. Par exception, certaines modifications des normes constitutionnelles souples étaient néanmoins possibles, *supra* note 12.

antérieure à l'adoption du *Statut de Westminster*. Les avis juridiques de ce ministère, aujourd'hui disponibles aux archives, énonçaient :

Accordingly, there can be no doubt that from the strictly legal point of view, prior to the enactment of the *Statute of Westminster*, it would have been beyond the powers of the Parliament of Canada to enact a law changing the succession. [...] A change of this sort would have been a fundamental constitutional change which could only be made legally effective by enactment by the Parliament of the United Kingdom [nos italiques]⁵⁵.

Ainsi, antérieurement au *Statut de Westminster*, une modification à la succession royale représentait – du point de vue du ministère fédéral de la Justice – un changement constitutionnel fondamental qui ne pouvait être réalisé que par le Parlement britannique agissant comme législateur pour l'ensemble de l'Empire britannique, dont le Canada était alors l'une des parties.

En outre, même après la divisibilité de la Couronne et l'accession à l'indépendance politique, la souveraineté canadienne souffrait encore d'une importante exception. Le Canada était certes doté de sa propre charge royale et de ses propres règles de succession, mais il ne disposait pas, durant la période 1931-1982, de la capacité à modifier les caractéristiques essentielles de sa Constitution sans le concours du Parlement britannique⁵⁶. Bien que « canadienisées », les règles de succession demeuraient uniquement modifiables par le Parlement britannique à la demande et avec le consentement des autorités canadiennes. Cet état de fait explique, en partie, les rôles respectifs des Parlements canadien et britannique, alors encadrés par le *Statut de Westminster*, lors de la modification de 1936, par opposition à la modification de 2013 qui intervient dans un ordre juridique où l'exercice du pouvoir constituant a été profondément transformé par l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il faut donc conserver à l'esprit les distinctions terminologiques et conceptuelles qui s'imposent entre la *réception* et l'*application* de ces règles par l'effet de la colonisation, la « canadienisation » de celles-ci à la suite de la *divisibilité* de la Couronne et, enfin, la participation progressive des autorités canadiennes à la *modification* des règles de succession au gré de l'évolution des procédures de révision de la Constitution canadienne. En somme, pour être exhaustive, l'analyse des changements

55. Bibliothèque et Archives nationales Canada, Fonds Ernest Lapointe, « Edward VIII – Canada's constitutional position concerning the abdication », MG27-IIIB10, vol 49, n° 30, R8207-2-3-F aux pp 13-14 [Bibliothèque et Archives nationales, « Edward VIII »].

56. *Statut de Westminster*, *supra*, note 11, art 4 et 7.

issus de l'adoption du *Statut de Westminster* de même que la modification des règles de succession intervenue en 1936 doivent tenir compte de ces variations entre *réception, application, canadienisation et modification* des règles constitutionnelles relatives à la désignation du chef de l'État.

b. Le cadre juridique mis en place par le *Statut de Westminster*

Le *Statut de Westminster* a tiré les conséquences juridiques de l'indépendance politique des dominions et de la divisibilité de la Couronne en limitant, pour la première fois, la compétence du Parlement britannique relativement au droit constitutionnel canadien, en général, et aux règles de succession, en particulier. Bien qu'il ne s'agissait que d'exigences de forme, ces limites étaient bien réelles. Encore aujourd'hui, ce Statut, adopté à l'époque avec le consentement unanime des provinces canadiennes⁵⁷, fait partie de la Constitution du Canada⁵⁸, à l'exception de l'article 4 et du paragraphe 7(1) qui ont été abrogés par l'article 53 de la *LC de 1982*⁵⁹, puis remplacés à la fois par l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada* et par les procédures de modification de la Partie V de la *LC de 1982*. Il n'empêche qu'au moment de l'abdication du roi Édouard VIII, c'est bien l'ensemble du *Statut de Westminster* qui s'appliquait au Canada. D'ailleurs, à l'époque, la fédération canadienne se démarquait de plusieurs autres dominions, tels que l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve⁶⁰, où le Statut est entré en vigueur bien plus tardivement⁶¹.

i. La fin de la suprématie législative: une forme de reconnaissance de l'indépendance politique des dominions

Le *Statut de Westminster* mit fin, sauf exception, à la suprématie des lois britanniques. Acte de reconnaissance juridique de l'indé-

57. Ce consentement a été exprimé lors d'une conférence fédérale-provinciale sur le *Statut de Westminster* qui a eu lieu à Ottawa les 7 et 8 avril 1931. Le rapport de cette conférence est disponible auprès de la Bibliothèque du Parlement fédéral: *Report of Dominion-provincial Conference, 1931*, M JL 69 A2 1976 no 17.

58. *LC de 1982*, supra note 5, art 52 et annexe au para 17.

59. *Ibid.*

60. Sur cette question, voir les développements aux pp 389 et s ci-dessous.

61. *Infra* note 102. De plus, en Afrique du Sud, l'application de l'article 4 était expressément écartée, étant donné que la Constitution excluait toute compétence au Parlement de Westminster. *Status of the Union Act 1934* ([S Afr], n° 69 de 1934).

pendance politique des dominions, le Statut, à son article 2⁶², écarta l'application du *Colonial Laws Validity Act* de 1865⁶³. D'un point de vue formel, et sous réserve des autres dispositions, cet article a permis aux dominions d'accéder à la pleine souveraineté législative et de modifier leur droit, suivant les modalités propres à chaque ordre juridique. Or, en mettant fin à la primauté du droit britannique dans les dominions, l'article 2 n'a en rien modifié la réception et l'application du droit impérial. Au contraire, il a confirmé son application en précisant que celui-ci n'avait toutefois plus automatiquement priorité sur le droit des dominions. Autrement dit, les lois britanniques ayant fait l'objet d'une réception en droit interne pouvaient dorénavant évoluer et être modifiées en fonction du destin propre à chaque dominion.

Dans le cas précis du Canada, la souveraineté législative canadienne dont il est question à l'article 2 a cependant été restreinte par l'article 7 du Statut⁶⁴. Exception nécessaire afin de préserver le rang supralégislatif de la Constitution en attendant que les provinces et le fédéral conviennent d'une procédure spéciale de modification, l'article 7 permet de protéger, jusqu'à l'entrée en vigueur de la *LC de 1982*, le fédéralisme et les caractéristiques essentielles de la Constitution canadienne de l'intervention unilatérale du fédéral ou des provinces⁶⁵.

ii. «L'assentiment» des dominions: une exigence conventionnelle pour conserver la commune allégeance à la Couronne

Le préambule du *Statut de Westminster* fit en sorte qu'aucun des royaumes du Commonwealth, tant qu'ils demeurent tous unis par une commune allégeance à une même personne physique, ne puisse modifier ses règles de succession sans avoir au préalable reçu l'assen-

62. L'article 2 vise spécifiquement les «lois adoptées par le parlement d'un dominion», mais le paragraphe 7(2) du Statut ajoute que l'article 2 est au même effet en ce qui concerne les lois et les compétences des législatures des provinces canadiennes. *Statut de Westminster*, supra note 11, art 2 et 7(2).

63. *Colonial Laws Validity Act*, supra note 53.

64. *Statut de Westminster*, supra note 11, art 7. L'article 7 énonce : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] (1) La présente loi ne s'applique pas à l'abrogation ni à la modification des *Lois de 1867 à 1930 sur l'Amérique du Nord britannique* ou de leurs textes d'application. (2) L'article 2 s'applique aux lois des provinces du Canada et aux pouvoirs de leurs législatures. (3) Les pouvoirs conférés par la présente loi au Parlement du Canada et aux législatures des provinces se limitent à l'édition de lois dont l'objet relève de leurs compétences respectives ».

65. Duplé, supra note 48 aux pp 623-625.

timent des Parlements de tous les royaumes du Commonwealth. Ce paragraphe énonce :

[TRADUCTION NON OFFICIELLE] qu'il convient, puisque la Couronne est le symbole de la *libre* association de tous les membres du Commonwealth britannique et qu'ils sont unis par une commune allégeance à celle-ci, de déclarer en préambule que serait *conforme à leur situation constitutionnelle* l'obligation d'assujettir *désormais* toute modification des règles de *succession au trône* et de présentation des titres royaux à *l'assentiment des parlements des dominions comme à celui du Parlement du Royaume-Uni* [nos italiques]⁶⁶.

[VERSION OFFICIELLE] And whereas it is meet and proper to set out by way of preamble to this Act that, inasmuch as the Crown is the symbol of the free association of the members of the British Commonwealth of Nations, and as they are united by a common allegiance to the Crown, it would be in accord with the established constitutional position of all the members of the Commonwealth *in relation to one another* that any alteration in the law touching the Succession to the Throne or the Royal Style and Titles shall hereafter require *the assent as well of the Parliaments of all the Dominions as of the Parliament of the United Kingdom* [nos italiques].

Par ce second paragraphe du préambule, les autorités britanniques se sont engagées à obtenir « l'assentiment » des Parlements des dominions préalablement à toute modification des règles de succession dès lors qu'ils conservent leur allégeance à la personne du souverain. Cette manière de coordonner l'action des différents royaumes visait à préserver l'harmonisation des règles de succession héritée de l'évolution coloniale.

Cette nécessaire harmonisation ou coordination des règles de succession est la conséquence logique de l'indépendance politique des dominions et de la divisibilité de la Couronne. Or, contrairement à l'article 2 du Statut qui mit fin à la suprématie des lois britanniques sur celles des dominions, le paragraphe 2 du préambule énonce une norme, qui, bien que pertinente politiquement, n'en est pas une de droit strict⁶⁷. Ce préambule ne demeure que l'expression du sentiment

66. *Statut de Westminster*, supra note 11, préambule.

67. Une telle règle aurait porté atteinte à la souveraineté du Parlement britannique, principe fondamental de l'ordre juridique anglais. Donal Coffey, « British, Commonwealth and Irish Responses to the Abdication of King Edward VIII » (2009) 44 *Ir Jur* 95 aux pp 103 et 105; Benoît Pelletier, « The Constitutional Requirements for the Royal Morganatic Marriage » (2005) 50: 2 *McGill LJ* 265 [antérieur à la *Loi de 2013*] au para 51 [Pelletier, « Morganatic Marriage »]; E. H. Coghill, « The

des acteurs politiques concernés d'être liés par une convention qui limite la souveraineté du Parlement britannique en la conditionnant à l'assentiment des dominions. Cette convention n'est pas une règle de droit positif⁶⁸. Selon Coghill, il s'agissait davantage d'un souhait ou d'un objectif politique, c'est-à-dire d'un engagement à coordonner les réformes futures afin de préserver l'harmonisation des règles de succession, que d'une prescription. Il écrit : « It will be noticed that the Preamble already quoted is not followed by any enacting words, and is, itself, expressed in a form more of expectation and hope than of command »⁶⁹. Il y a donc lieu de rigoureusement distinguer les exigences conventionnelles, relatives à la modification des règles de succession royale, des règles proprement juridiques.

Conformément « à leur situation constitutionnelle »⁷⁰, chaque royaume a, seul, la compétence pour modifier son propre droit, d'où la nécessité de limiter conventionnellement cette prérogative par une forme de coopération permettant d'assurer leur « assentiment » à des règles de succession harmonisées. Cette coordination politique s'incarne dans une convention, soit une pratique liant les acteurs politiques et reposant sur un idéal d'unité au sein du Commonwealth. En définitive, le préambule cherche à concilier les deux impératifs suivants : respecter le statut international d'États indépendants acquis par les dominions tout en conservant, par des règles de succession harmonisées, une allégeance partagée à un même titulaire des charges royales (union personnelle).

King – Marriage and Abdication » (1937) 10 Austl L J 393 à la p 398 ; Sir Maurice Gwyer, *Memorandum by Sir Maurice Gwyer, Parliamentary Counsel to the UK Attorney-General, 23 November 1936*, National Archives of Australia PRO : PREM 1/449 au para 11.

68. Les conventions constitutionnelles sont des règles non écrites reconnues, mais non sanctionnées par les tribunaux, et ce, parce que leur contenu entre généralement en contradiction avec le droit constitutionnel formel. Ces conventions, dont le but est de réconcilier le droit positif avec les valeurs et les pratiques politiques contemporaines, restreignent l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose un organe constitué. La jurisprudence canadienne a cerné trois conditions essentielles pour reconnaître la présence d'une convention constitutionnelle dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra* note 31 aux pp 888-909. D'abord, la Cour exige des précédents (*ibid* aux pp 888-898), dont la présence est une condition nécessaire sans constituer une condition suffisante. Ensuite, les acteurs politiques concernés par les précédents doivent se sentir liés par cette règle qui, sans posséder un caractère strictement obligatoire, a fini par être reconnue et acceptée dans la pratique (*ibid* aux pp 898-905). Finalement, le troisième critère vise à cerner la raison d'être du comportement adopté, raison qui doit différer du simple usage ou de la coutume (*ibid* aux pp 905-909).

69. Coghill, *supra* note 67 à la p 398.

70. *Statut de Westminster*, *supra* note 11, préambule.

Par conséquent, les exigences conventionnelles exprimées par le deuxième paragraphe du préambule ne se substituent pas aux procédures formelles de modification du droit canadien. Elles s'ajoutent, au chapitre des objectifs politiques communs, à un processus formel qui, lui, obéit aux règles propres à chaque État. Après tout, c'est bien parce que le *Statut de Westminster* a mis fin à la suprématie législative du Parlement britannique que la convention constitutionnelle qui découle du préambule s'est imposée. Prenant acte de l'indépendance politique des dominions, cette dernière cherche à préserver l'harmonisation des règles de succession par une forme de coordination, marquée par l'autolimitation et l'assentiment mutuel.

***iii. La « demande et le consentement » du Canada :
une procédure formelle de modification des règles
de succession***

Outre les exigences conventionnelles au processus de modification des règles de succession, le *Statut de Westminster* apporta des évolutions significatives à l'exercice du pouvoir constituant pour le Canada. En plus du processus de coordination prévu par le préambule, le Statut établit une nouvelle procédure formelle de modification du droit constitutionnel interne au Canada. Si la Constitution de 1867 et ses nombreux compléments demeuraient modifiables par le Parlement britannique en raison de l'exception de l'article 7 du *Statut de Westminster*, cette modification était désormais strictement encadrée par l'article 4. Cet article, en vertu duquel se sont opérées toutes les modifications apportées aux caractéristiques essentielles de la Constitution du Canada de 1931 à 1982⁷¹ (incluant l'adoption de la *Loi de 1982 sur le Canada*)⁷², était formulé de la façon suivante :

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]
Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la présente loi ne font partie du droit d'un dominion que s'il est expressément déclaré dans ces lois que le dominion a demandé leur édicition et y a consenti [nos italiques].

[VERSION OFFICIELLE] No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof.

71. *Infra* note 158 et s.

72. *Infra* à la p 398.

73. *Statut de Westminster*, *supra* note 11, art 4.

Interprété à la lumière de l'exception nécessaire de l'article 7 du Statut, il a été, jusqu'à l'entrée en vigueur de la *LC de 1982*, la procédure générale de modification de la Constitution canadienne. Cette formule avait pour conséquence d'encadrer plus strictement, durant la période 1931-1982, le rôle du Parlement britannique et des autorités politiques canadiennes dans le processus de modification de la Constitution.

Bien qu'ils perpétuaient le pouvoir du Parlement britannique de légiférer « pour le Canada », les articles 4 et 7 formalisaient deux exigences fondamentales pour la suite des choses : désormais, une modification du droit interne au Canada ne pouvait être adoptée qu'*expressément* et qu'à la *demande* et avec le *consentement* du Canada⁷⁴. Une telle déclaration devait donc être explicite quant à l'intention du Parlement britannique et quant à la demande et consentement des autorités canadiennes⁷⁵.

La procédure des articles 4 et 7 permettait au Parlement britannique de pallier l'incapacité juridique des autorités canadiennes à modifier les caractéristiques essentielles de leur Constitution par une procédure qui respectait à la fois l'indépendance politique du Canada et l'étanchéité des ordres juridiques. D'une part, le caractère explicite de l'intention du Parlement britannique, exigé par l'article 4, visait à mieux différencier les lois adoptées par le Parlement britannique « pour le Canada », de celles qui ne lui étaient plus opposables. D'autre part, la demande et le consentement des autorités canadiennes avaient pour fonction d'assurer la légitimité des changements opérés par un Parlement désormais « étranger », mais condamné à agir, encore pour un temps, comme pouvoir constituant « pour le Canada ». Se comportant à l'instar d'un « simple fiduciaire »⁷⁶, le Parlement britannique pouvait ainsi respecter pleinement l'indépendance politique du Canada en ne légiférant qu'à la demande et avec le consentement de ce dernier.

Ces exigences n'étaient pas sans conséquence. D'un côté, une loi du Parlement britannique, comme celle modifiant, en 1936, les règles de succession royale⁷⁷, ne pouvait plus produire d'effets en

74. Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 26.

75. Soucieux de respecter l'indépendance politique des dominions, le 5^e paragraphe du préambule de *Statut de Westminster*, énonce que le Statut lui-même a été adopté à la demande et avec le consentement du Canada et des autres dominions. *Statut de Westminster (ibid)*, préambule, para 5.

76. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, *supra* note 31 à la p 770.

77. *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20.

droit canadien sans la déclaration expresse, dans cette même loi, que le dominion avait demandé et consenti à cette loi. Il s'agissait de la formule «*request and consent*», pour reprendre les termes exacts de la version officielle anglaise du Statut que l'on retrouve dans toutes les modifications constitutionnelles adoptées par le Parlement britannique de 1931 à 1982⁷⁸. D'un autre côté, l'inverse étant aussi vrai, dès lors qu'une loi britannique portait la déclaration expresse qu'elle avait été adoptée à la demande et avec le consentement du Canada, elle modifiait effectivement le droit canadien directement applicable⁷⁹.

Cela dit, contrairement aux exigences conventionnelles du deuxième paragraphe du préambule, qui précisait que «l'assentiment» des dominions devait émaner des «parlements» de ceux-ci, l'article 4 demeurait bien silencieux sur l'identité des organes chargés de «demander» et de «consentir» à une intervention du Parlement britannique. Était-ce le Parlement ou le gouvernement? Du fédéral ou des provinces? Le *Statut de Westminster* laisse, en définitive, à chaque dominion le soin d'établir ses propres règles ou ses usages. À terme, cette question ne fut tranchée, au Canada, que lors des renvois de 1981 et de 1982 relatifs au rapatriement de la Constitution⁸⁰.

78. *Infra* à la p 398.

79. Du reste, la procédure de l'article 4 s'inscrivait, pour l'essentiel, en continuité avec le troisième paragraphe du préambule qui établissait que «les lois désormais adoptées par le Parlement du Royaume-Uni ne pouvaient faire partie du droit d'un dominion qu'à la demande et avec le consentement de celui-ci.» Cette exigence, substantiellement identique à celle de l'article 4, comportait néanmoins une différence importante sur le plan de la forme. Alors que le troisième paragraphe du préambule exigeait la demande et le consentement du dominion préalablement à l'adoption d'une loi britannique applicable à un dominion, l'article 4 requérait en plus que le Parlement britannique indique expressément dans sa loi avoir reçu cette demande et ce consentement du dominion. Il s'agissait de deux exigences de forme. *Statut de Westminster, supra* note 11, préambule.

80. En 1981, le raisonnement de la Cour suprême dans les renvois de 1981 et de 1982 témoigne, de nouveau, d'un sérieux décalage entre les exigences juridiques et celles qui relèvent des conventions constitutionnelles. Selon la majorité, dans le renvoi de 1981, les chambres fédérales peuvent légalement procéder à une demande au Parlement impérial: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution, supra* note 31 à la p 808, juge en chef Laskin pour la majorité de la Cour. Toutefois, afin de respecter les conventions constitutionnelles, les autorités fédérales doivent avoir reçu l'appui d'un nombre suffisant de provinces (*ibid* à la p 909), motifs majoritaires des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 RCS 793* à la p 817.

2. LES CHANGEMENTS OPÉRÉS EN 1936 : DES EXIGENCES FORMELLES AUX EXIGENCES CONVENTIONNELLES

Si la modification du droit canadien de la succession royale a pendant longtemps échappé à la compétence de son Parlement, c'est en grande partie parce que la Couronne demeurait indivisible dans tout l'Empire et qu'aucune loi britannique, de 1867 à 1931, n'attribuait aux autorités canadiennes la compétence de modifier les règles de désignation du chef de l'État. Le droit de la succession royale était, à cette époque, celui de l'Empire britannique, modifiable unilatéralement par le Parlement impérial. Or, après l'entrée en vigueur du *Statut de Westminster*, la compétence du Parlement britannique fut doublement limitée.

Premièrement, sur le plan conventionnel, le deuxième paragraphe du préambule du *Statut de Westminster*, imposa désormais un processus de coopération, caractérisé par l'assentiment mutuel comme moyen d'assurer l'harmonisation des règles de succession. À cet égard, le préambule a favorisé la commune allégeance à la personne de Sa Majesté, titulaire des charges royales des différents royaumes du Commonwealth.

Deuxièmement, sur le plan juridique formel, l'article 4 a contraint le Parlement britannique à ne légiférer « pour le Canada » qu'en des termes explicites et qu'à « la demande et avec le consentement » des autorités canadiennes, sans préciser l'origine législative ou gouvernementale, fédérale ou provinciale de ce consentement. Les autorités canadiennes ont donc acquis, à la suite de la divisibilité de la Couronne et de la mise en œuvre du *Statut de Westminster*, le droit de concourir au processus de modification des règles de désignation du chef de l'État, et ce, de deux manières distinctes et cumulatives : par la formulation de la demande et du consentement requis par l'article 4, et par « l'assentiment » du « Parlement » canadien, prévu par convention, dont le deuxième paragraphe du préambule se veut l'expression.

L'abdication du roi Édouard VIII fut l'occasion d'expérimenter, pour une première fois, ce cadre juridique. Pour opérer les changements rendus nécessaires, le Canada et le Royaume-Uni ont adopté plusieurs actes [*Titre a*], et ce, afin de respecter le cumul des exigences formelles et des conventions constitutionnelles [*Titre b*] applicables aux règles relatives à la succession royale.

a. Les actes ayant rendu possible la modification des règles de succession

L'abdication du roi Édouard VIII et la radiation de ses descendants directs de l'ordre de succession furent des changements constitutionnels importants nécessitant, en droit britannique, l'intervention du Parlement et, au Canada, celle du pouvoir constituant, c'est-à-dire du Parlement britannique légiférant « pour le Canada » à la demande et avec le consentement des autorités canadiennes.

Outre cette modification formelle du droit, d'autres actes ont été adoptés afin de respecter les pratiques, les usages et les conventions qui encadrent les relations entre le Royaume-Uni et les dominions nouvellement indépendants d'une part, et entre le roi et les gouvernements qui « l'assistent » dans l'exercice du pouvoir d'autre part. Après tout, mener à terme une modification des règles de désignation du chef de l'État dans la plus vieille monarchie constitutionnelle d'Europe et, aussi, dans et pour chacun des anciens dominions devenus des États politiquement indépendants, représente, aujourd'hui comme hier, une opération diplomatique très délicate. Sur le plan conventionnel, plusieurs actes étaient requis pour témoigner de la volonté du roi d'abdiquer⁸¹ et de celle des dominions de fournir leur assentiment⁸² aux modifications des règles de succession que cette abdication entraînait. Bien que tous ces actes n'aient pas été juridiquement exécutoires, ils ont permis d'exprimer des volontés politiquement nécessaires afin de coordonner et de préserver l'harmonie entre les règles de succession. Ils constituent des faits essentiels dans l'analyse de ce précédent que constitue la modification de 1936.

i. La déclaration d'abdication et les pressions des gouvernements du Royaume-Uni et des dominions

À l'origine de ces changements, un conflit entre le roi Édouard VIII et le gouvernement britannique au sujet de la femme que le roi se proposait d'épouser. À peine quelques mois après son accession au

81. L'instrument d'abdication a été annexé aux deux lois suivantes: *Declaration of Abdication Act*, supra note 20; *Loi sur la modification de la loi concernant la succession au trône, 1937*, 1 Geo VI, c 16, ann 1 [*Loi canadienne de 1937*].

82. Pour le Canada, par législation fédérale: *Loi canadienne de 1937*, *ibid*; pour l'Australie, par résolution des deux chambres fédérales: Austl, Commonwealth, House of Representatives, *Parliamentary Debates* (11 décembre 1936) aux pp 2898-2926 et Senate, aux pp 2892-2896; pour la Nouvelle-Zélande, par résolution des deux chambres: N-Z, Legislative Council, *Parliamentary Debates*, col. 248 (9 septembre 1937) 5, House of Representatives, *Parliamentary Debates*, col. 248 (9 septembre 1937) 7. Voir Twomey, *Laws of succession*, supra note 16 aux para 6.8 et 6.9.

trône, celui-ci caressait l'idée de se marier avec une roturière américaine, Wallis Simpson, qui s'apprêtait à divorcer pour une seconde fois. L'embarras que suscitait ce projet de mariage au sein du cabinet britannique et dans les dominions⁸³, entraîna un certain nombre de tractations⁸⁴. Le premier ministre britannique Stanley Baldwin tenta d'abord de décourager le roi d'épouser Wallis Simpson⁸⁵. Il l'avisait aussi de la nécessité de consulter les dominions dans cette affaire. Le souverain et le premier ministre Baldwin s'entendirent alors sur trois options⁸⁶ à soumettre informellement à l'appréciation des gouvernements des dominions : (1) un mariage royal ; (2) un mariagemorganatique ; (3) une abdication volontaire du roi.

L'option du mariage royal, célébré à la suite du second divorce, fut rapidement écartée par les gouvernements du Royaume-Uni et des dominions⁸⁷. Il en fut de même de celle du mariagemorganatique, c'est-à-dire un mariage privé accompagné d'une modification aux règles de succession⁸⁸.

En effet, à la suite de la consultation informelle des chefs de gouvernement des dominions et des membres du gouvernement

-
83. Par exemple, pour l'Australie, voir National archives of Australia, « Royalty – Abdication of King Edward VIII – General » (1936-1937), NAA A461 V396/1/1. L'embarras venait non seulement du fait que le mariage aurait lieu avec une roturière américaine mariée à deux reprises, mais également du fait que M^{me} Simpson n'était pas encore pleinement divorcée lors de la crise d'abdication, un délai de six mois étant encore nécessaire. Pendant ce délai, une enquête sur M^{me} Simpson aurait normalement dû avoir lieu. Or, comme le souligne Coffey, le second divorce de celle-ci aurait pu avorter si les résultats de l'enquête avaient révélé un adultère réciproque. Il écrit : « In 1936, a divorce could not be granted if both sides had committed adultery and there was a real danger that an investigation could interfere with the King's marriage plans ». Coffey, *supra* note 67 à la p 97.
84. Concernant les avis donnés par le premier ministre Baldwin au roi relativement à M^{me} Simpson et à la possibilité d'un mariagemorganatique, voir Coghill, *supra* note 67.
85. Coffey, *supra* note 67 à la p 97 ; Coghill, *ibid*.
86. Coffey, *supra* note 67 aux pp 98-99.
87. Selon Coffey, le cabinet Baldwin avait « no intention of agreeing to a morganatic marriage and the discussion thereafter was as to the necessary legislation in order for the King to voluntarily abdicate ». Coffey, *ibid* aux pp 98-99 ; Coghill, *supra* note 67.
88. Plus précisément, un mariagemorganatique est une institution de droit germanique dans laquelle un noble se marie avec une roturière ; ce mariage ne créant, en somme, d'effets qu'entre les parties, ce qui exclut toute transmission de titre à la conjointe ou aux enfants issus d'un tel mariage. Le patrimoine, s'il est lié au titre, ne passe pas aux enfants issus de ce mariage. Lors de la crise de l'abdication de 1936, un mariagemorganatique aurait eu pour effet d'empêcher les enfants éventuels du roi et de M^{me} Simpson de succéder au trône et aurait donc nécessité, pour cette raison, une modification des règles de succession. À propos du mariagemorganatique, voir : Pelletier, « Morganatic Marriage », *supra* note 67.

Baldwin, le premier ministre avisa le roi, le 2 décembre 1936, que l'option du mariage morganatique avait été fermement rejetée par le gouvernement britannique et par les dominions⁸⁹. Comme le rapporte Donal Coffey: «Baldwin [...] advised him he could either finish his relationship with Simpson, marry Mrs Simpson (which would lead to the resignation of his Ministers), or abdicate»⁹⁰.

Édouard VIII céda en définitive à la pression des gouvernements du Royaume-Uni et des dominions et signa, le 10 décembre 1936, en présence de ses frères, une déclaration d'abdication qui fut, par la suite, annexée à la loi britannique de 1936⁹¹ qui y donne effet. Si cet instrument témoignait de la volonté irrévocable du roi de renoncer au trône, il ne s'agissait que d'une demande formulée à l'endroit des organes compétents à formaliser l'abdication. En vérité, sur le plan juridique, l'acte d'abdication du 10 décembre n'était pas directement exécutoire: il devait être transposé en droit par le Parlement du Royaume-Uni, avec la participation des dominions⁹². Ainsi, même après la signature de la déclaration d'abdication, Édouard VIII demeurait roi. Pour preuve, le lendemain 11 décembre, ce fut encore lui qui procéda à la sanction royale de la loi, *His Majesty's Declaration of Abdication Act*, laquelle donnait effet à la déclaration d'abdication.

ii. L'intervention du Parlement britannique: une formalité impérative et exécutoire

En droit britannique, l'intervention du Parlement était requise afin de modifier les règles de succession à la suite d'une abdication⁹³. L'objectif de cette démarche était de permettre au Duc d'York (devenu George VI), frère du souverain précédent, et à ses descendants, dont l'aînée, Sa Majesté actuelle, la reine Élisabeth II, d'accéder au trône plutôt que les descendants éventuels d'Édouard VIII. Il fallait donc modifier la législation britannique pour exclure ces derniers de la

89. Hector Bolitho, *King Edward VIII. An intimate biography*, Philadelphia, J.B. Lippincott, 1937 à la p 290.

90. Coffey, *supra* note 67 à la p 98; Lord Beaverbrook, *The Abdication of King Edward VIII*, Londres, Hamish Hamilton, 1966 à la p 57.

91. *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20.

92. Andrew Heard, «Canadian Independence», Colombie-Britannique, Université Simon Fraser, 1990, en ligne: Simon Fraser University <<http://www.sfu.ca/~aheard/324/Independence.html#ednref75>>. Sur l'absence d'effets juridiques de la déclaration d'abdication, voir Émond, *supra* note 28 à la p 450.

93. A. B. Keith, «Notes on Imperial Constitutional Law» (1937) 19 *Journal of Comparative Legislation and International Law* 105.

ligne de succession et soustraire l'éventuel mariage de l'ancien roi à l'exigence du consentement royal sous le *Royal Marriages Act 1772*⁹⁴.

Un débat concernant la nécessité d'une loi lors d'une abdication qui n'affecterait pas les descendants a néanmoins persisté dans la doctrine⁹⁵. Pourtant, c'est bien la loi du Parlement qui confère la charge royale à une personne (Édouard Windsor, en l'occurrence) et à ses descendants. L'héritier au trône ne pouvait résister à l'attribution de la charge royale qui est effectuée par l'*Act of Settlement*⁹⁶, comme un héritier à la pairie ne pouvait davantage renoncer à son titre de noblesse avant l'entrée en vigueur du *Peerage Act 1963*⁹⁷. Ainsi, l'*Act of Settlement*⁹⁸ a fixé le point de départ de la succession royale, soit la Princesse Sophia⁹⁹. En vertu du principe de suprématie législative qui caractérise le droit britannique, cet ordre de succession ne peut être modifié que par loi du Parlement, titulaire du pouvoir suprême de modifier les règles de désignation du chef de l'État¹⁰⁰.

-
94. *Royal Marriages Act*, *supra* note 19. Cette loi britannique rend invalides, autant au Royaume-Uni que dans les dominions, les mariages des successibles au trône n'ayant pas reçu le consentement du monarque. Keith, *supra* note 93 à la p 106.
95. Voir à ce sujet : F. C. Cronkite, «Canada and the Abdication» (1938) 4 *Canadian Journal of Economics and Political Science* 177 à la p 178 et s (loi non nécessaire); Émond, *supra* note 28 aux pp 448-449 (loi nécessaire).
96. Émond, *ibid* à la p 449.
97. *Peerage Act, 1963* (R-U), 1963, c 48.
98. *Supra* note 18.
99. Le Parlement britannique, par l'*Act of Settlement*, *ibid*, importe une dynastie du Hanovre pour régner sur le Royaume-Uni. Cependant, les descendants de Sophia accèdent au trône britannique, nonobstant leur règne sur le Hanovre. Le monarque britannique règne en fonction du droit de la succession royale britannique. Coffey écrit : «An historical parallel was drawn between the Commonwealth position and the fact that King George III, King George IV, and King William had been Kings of Hanover and, at the same time, Kings of Great Britain and Ireland. *The same person was King in both jurisdictions but the person did not hold the title of King of Hanover by virtue of the title of King of Great Britain and Ireland.* Hanover was governed by agnatic succession. This meant that a female could not succeed to the Crown. When Victoria became Queen of the United Kingdom, her uncle became King Ernest Augustus I of Hanover. This historical parallel therefore indicated the possibility of having separate monarchs in Great Britain and the Dominions» [nos italiques]. Coffey, *supra* note 67 à la p 102.
100. Conscient que la *common law* ou un acte de l'exécutif ne peuvent aller à l'encontre de la volonté du Parlement, Sir William Blackstone, dans ses *Commentaries*, écrit : «The grand fundamental maxim upon which the *jus coronae*, or right of succession to the throne of these kingdoms, depends, I take to be this: "that the crown is, by common law and constitutional custom, hereditary"; and this in a manner peculiar to itself: but that the right of inheritance *may from time to time be changed or limited by act of parliament*; under which limitations the crown still continues hereditary.» Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England: In Four Books*, Philadelphia, J.B. Lippincott Editions,

Si l'intervention du Parlement britannique, pouvoir suprême dans l'ordre juridique du Royaume-Uni, apparaissait indispensable au dénouement de la crise provoquée par l'abdication du roi Édouard VIII, celle des dominions représentait une innovation rendue nécessaire par la divisibilité de la Couronne et l'accession des anciennes colonies à l'indépendance politique. L'opération s'annonçait d'autant plus complexe que l'indépendance des dominions était relativement récente. Le nouveau cadre juridique mis en place par le *Statut de Westminster* n'était pas encore entré en vigueur dans tous les dominions. Certains États, comme le Canada, l'Afrique du Sud et l'Irlande, devaient se conformer aux exigences du Statut alors que d'autres, comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve, n'y étaient que partiellement tenus¹⁰¹.

1876, Book 1, c 3; Keith, *supra* note 93. Coffey ajoute: «The line of succession to the English throne had been settled by the 1701 Act. The primary purpose of the Act was to prevent Roman Catholics from ascending to the throne. Section 1 provided that the line of succession was to be through William III and his issue, Anne and her issue, and then the Elector Sophia of Hanover "and the heirs of her body, being Protestants." This section fixed the line of succession. Any alteration in the line of succession would therefore require a statutory amendment. Section 2 provided that if a Roman Catholic held the throne, or if the Monarch married a Catholic, then a demise of the Crown would take place and the next in line to the throne who was a Protestant would ascend to the throne. Section 3 stated that, "whosoever shall hereafter come to the possession of this Crown, shall join in communion with the Church of England, as by law established» [nos italiques]. Coffey, *supra* note 67 à la p 97.

101. Le premier article du Statut définit son domaine d'application. Celui-ci comprend les dominions suivants: «Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland». L'article 10 du Statut contient toutefois un report de l'entrée en vigueur des articles 2 à 6 pour l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve jusqu'à ce que le Parlement du Dominion en question adopte ces articles. C'est donc dire que le Statut n'est effectif en totalité qu'au Canada, en Afrique du Sud et dans l'État libre d'Irlande lors de l'abdication. Ainsi, il est pleinement entré en vigueur, en Australie, qu'en 1942 (*Statute of Westminster Adoption Act 1942* (Cth), 1942/56) et, en Nouvelle-Zélande, en 1947 (*Statute of Westminster Adoption Act 1947* [N-Z], 1947/28). Les autorités britanniques étaient pleinement conscientes de cette application asymétrique de l'article 4 du *Statut de Westminster*, comme en témoigne la *Lettre du 6 décembre 1936 du haut-commissaire britannique à Ottawa au premier ministre King inter alia lui remettant un résumé de la position du premier ministre du gouvernement du Commonwealth d'Australie au télégramme du premier ministre britannique Baldwin du 4 décembre ainsi que la réponse de ce dernier au premier ministre du Commonwealth d'Australie* (Bibliothèque et Archives Canada, Prime Ministers' Fonds, «William Lyon Mackenzie King», MG26 J1, vol 216, microfiche C3688 [Bibliothèque et Archives Canada, «Mackenzie King»] aux pp 186734-186743 également disponible dans *Motard et Taillon*, *supra* note 16, pièce PGC-14) [*Lettre du 6 décembre 1936*], où le premier ministre Baldwin rappelle aux autorités australiennes qu'elles ne sont pas visées par les mêmes exigences que le Canada. Voir aussi Pelletier, «Morganatic Marriage», *supra* note 67 au para 27;

En revanche, l'ensemble des dominions étaient visés par les mêmes exigences conventionnelles qui devaient, par conséquent, être respectées de tous. La modification des règles de succession royale dans les dominions s'effectua donc suivant le droit et les conventions pertinentes de chacun. Cette situation requérait une pluralité de procédures, ne serait-ce que parce que certains États n'étaient pas encore soumis aux exigences de l'article 4 au moment de l'abdication.

C'est dans ce contexte que les autorités britanniques préparèrent, bien avant la déclaration d'abdication, les modifications requises aux règles de succession¹⁰². À cette fin, Maurice Gwyer, conseiller juridique du premier ministre Baldwin pendant la crise d'abdication de 1936, représentant britannique lors de plusieurs conférences du Commonwealth et futur juge en chef de l'Inde, avait produit un important mémorandum¹⁰³. De ce fait, le gouvernement Baldwin était pleinement conscient de la complexité des changements requis en cas d'abdication lorsqu'il s'opposa au projet de mariage du roi Édouard VIII. En effet, les avis juridiques étaient sans équivoque quant à la nécessité de modifier les règles de succession en droit britannique – et dans le droit interne de chacun des dominions. Cela a d'ailleurs été explicitement reconnu dans le mémorandum préparé par Gwyer :

*The Act of Settlement is at the present moment part of the law of each Dominion as well as of the United Kingdom, and the abdication will, therefore, be of no effect in a Dominion unless the action taken alters the law in the Dominion as well as in the United Kingdom [nos italiques]*¹⁰⁴.

Cette reconnaissance de la réception et de la pluralité des processus de modification était d'autant plus importante que Gwyer, à l'instar de plusieurs autres, demeurait, à l'époque, profondément influencé par la doctrine *inter se* qui avait tendance à concevoir les rapports d'égalité entre les pays visés par la Déclaration Balfour comme étant des rapports de droit constitutionnel au sein d'un même empire plutôt que de droit international, comme l'a ensuite confirmé la pratique institutionnelle¹⁰⁵.

E.C.S. Wade, « Statute: Declaration of Abdication Act, 1936 » (1937) 1 *Modern Law Review* 64 à la p 65; Coffey, *supra* note 67 à la p 103.

102. Coffey, *ibid* aux pp 98-99.

103. Gwyer, *supra* note 67 au para 13.

104. « Crown Law Advice to the UK Government », 1936, National Archives of Australia PRO: DO 121/39 au para 5.

105. Pour expliquer la persistance de la doctrine *inter se* et la résistance de certains à prendre acte de la divisibilité de la Couronne, Coffey écrit : « The indivisible Crown meant that the King was King of all of the Commonwealth countries at

Au-delà de cette nécessité de modifier le droit interne des dominions, les autorités britanniques, devant l'impératif d'agir promptement en cas d'abdication, tentèrent de simplifier et d'unifier le plus possible la procédure à suivre¹⁰⁶, mais en vain. Dans un télégramme du premier ministre Baldwin, daté du 4 décembre 1936, où il annonçait aux autorités canadiennes la préparation d'un projet de loi sur l'abdication, il proposa que la législation britannique opère une reconnaissance automatique dans le droit des dominions¹⁰⁷, suivant la théorie de l'*implied incorporation*¹⁰⁸.

Le gouvernement canadien de Mackenzie King, comme celui d'autres dominions, dut, dès lors, poser un certain nombre de gestes pour faire respecter leur indépendance dans le cadre du processus de modification des règles de succession. Par exemple, dans l'attente d'une indépendance complète, l'Irlande utilisa la crise de l'abdication

the same time, rather than King of each separately. This theoretical point had a number of practical applications. If the King was a single King then it axiomatically followed that treaties, which were concluded in the name of Heads of State, could not be concluded between Commonwealth members, as the Head of State in both instances was the same person performing the same function. Therefore, Commonwealth relations were, under the *inter se* doctrine, constitutional rather than international.» Coffey, *supra* note 67 à la p 101.

106. Baldwin était d'avis que moins de législation voulait dire moins de débats, et, ainsi, moins de place pour la critique. *Lettre du 4 décembre 1936 du haut-commissaire britannique («British high commissioner») à Ottawa au premier ministre King inter alia lui remettant un résumé du télégramme du premier ministre britannique Baldwin de la même date*, Bibliothèque et Archives Canada, «Mackenzie King», *supra* note 101 aux pp 186688-186695, également disponible dans *Motard et Taillon*, *supra* note 16, pièce PGC-8 [*Lettre du 4 décembre 1936*].
107. La Constitution de l'Afrique du Sud et celle de l'Australie contiennent alors des articles interprétatifs selon lesquels la mention du roi dans ces constitutions inclut les successeurs, rois et reines du Royaume-Uni. Baldwin était d'avis que ces dispositions, explicites pour l'Afrique du Sud et l'Australie, sont implicites dans les constitutions des autres dominions, opérant, selon lui, l'*implied incorporation* des changements à la succession réalisés en droit britannique dans tous les dominions. *Lettre du 4 décembre 1936, ibid.*
108. Cette théorie est défendue à l'époque notamment par Cronkite, *supra* note 95 à la p 186. C'est sur cette thèse que se sont appuyées les autorités fédérales à l'occasion de la réforme de 2013. Selon le ministre Nicholson, les références à la Reine dans la Constitution canadienne réfèrent invariablement au souverain alors régnant sur le Royaume-Uni. Ainsi, tout changement apporté par le Parlement de Westminster à la succession royale en droit britannique affecterait automatiquement le Canada. Nicholson, *supra* note 10: «Canada is a constitutional monarchy, and it is a fundamental rule of our constitutional law that the Queen of Canada is the Queen of the United Kingdom, or, to put it another way, whoever, at any given period is the Queen or King of the United Kingdom is, at the same time, the Queen or King of Canada». Voir aussi Peter C. Oliver, *The Commonwealth, Constitutional Independence and Succession to the Throne*, Rapport d'un témoin expert, disponible dans *Motard et Taillon*, *supra* note 16; Hogg, «Succession», *supra* note 10.

comme un pas de plus vers la forme républicaine de gouvernement. Par deux lois subséquentes, dont l'une résolvait la crise de l'abdication, l'État libre d'Irlande évacua toute référence à la monarchie dans les affaires internes, ne conservant le monarque que dans le domaine des affaires étrangères¹⁰⁹.

Plus subtilement, d'autres États arrivèrent à s'appuyer sur cette situation afin d'affirmer leur indépendance, et la divisibilité de la Couronne qui en découle, tout en préservant l'harmonisation des règles de succession et l'allégeance commune à un même titulaire des différentes charges royales. L'exemple de l'Afrique du Sud est, à cet égard, très éloquent. Parce que les autorités locales étaient fermement attachées à la divisibilité de la Couronne, elles ont utilisé le processus de modification pour montrer qu'il existait, en vérité, plusieurs charges royales indépendantes les unes des autres, mais confiées à une seule personne. Pour ce faire, il lui fallut symboliquement et temporairement rompre avec le principe de l'harmonie des règles de succession. C'est l'opération à laquelle se livra l'Afrique du Sud, dans les premiers mois de 1937, en donnant effet à l'abdication un jour plus tôt dans ce pays que dans le reste du Commonwealth¹¹⁰.

Cette manière d'affirmer la souveraineté et l'indépendance de la Couronne d'Afrique du Sud était d'autant plus volontariste que cet État – contrairement au Canada – était soumis à une disposition constitutionnelle explicite, en vigueur depuis seulement deux ans au moment de l'abdication, selon laquelle la succession royale pour l'Afrique du Sud devait être interprétée comme étant celle applicable à la Couronne britannique¹¹¹. Toutefois, la Constitution sud-africaine de 1934 contenait également une disposition limitant la capacité du Parlement britannique à légiférer pour l'Afrique du Sud¹¹². Ainsi,

109. *Executive Authority (External Relations) (Ireland) Act, 1936*, No. 58 of 1936; *Constitution (Amendment No. 27) (Ireland) Act, 1936*, No. 57 of 1936. Seule la première des deux lois portait directement sur la question de l'abdication. Voir aussi Coffey, *supra* note 67 aux pp 111 et s.

110. *His Majesty King Edward the Eighth's Abdication Act 1937* (S Afr), n° 2 de 1937.

111. Accréditant, pour cet État, la thèse de l'intégration automatique des changements aux règles de succession proposée par le Royaume-Uni (*implied incorporation*), l'article 5 du *Status of the Union Act 1934*, *supra* note 61, énonçait explicitement la règle suivante : « heirs and successors' shall be taken to mean His Majesty's heirs and successors in the sovereignty of the United Kingdom of Great Britain and Ireland as determined by the laws relating to the succession of the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland » [nos italiques].

112. L'article 2 de la Constitution énonçait ceci : « The Parliament of the Union shall be the sovereign legislative power in and over the Union, and notwithstanding anything in any other law contained, no Act of the Parliament of the United Kingdom and Northern Ireland passed after the eleventh day of December,

le législateur sud-africain n'eut d'autre choix que d'édicter une loi modifiant la succession royale pour l'Afrique du Sud¹¹³, et ce, afin d'intégrer, dans le droit de cet État, les modifications adoptées par le Parlement britannique. Or, cette loi sud-africaine a rétroactivement fixé les effets de l'abdication en droit sud-africain un jour plus tôt que dans le reste des pays du Commonwealth. Comme le souligne Coffey :

This Act was important from a theoretical point of view. Edward VIII abdicated one day earlier in South Africa compared to Britain. It was impossible, in light of this development, to maintain that the Crown was indivisible. This undermined the *inter se* doctrine which had hitherto been the British approach to Commonwealth relations¹¹⁴.

Symboliquement et temporairement, l'Afrique du Sud rompit sciemment avec l'exigence conventionnelle de maintenir des règles de succession harmonisées. En agissant ainsi, elle put affirmer sa souveraineté et l'indépendance de sa Couronne par rapport au reste du Commonwealth.

iii. La demande et le consentement: une exigence essentielle en droit canadien

Le Canada, quant à lui, fit très méticuleusement respecter les exigences du *Statut de Westminster*. Doté d'une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni¹¹⁵, il dut, lui aussi, modifier son droit interne relatif aux règles de désignation de son chef d'État afin de donner suite à la volonté d'abdication du roi Édouard VIII.

L'étude des archives du gouvernement de Mackenzie King relatives à la crise de l'abdication confirme par ailleurs une maîtrise extrêmement fine de la procédure à suivre. Conscients des modifications requises aux normes constitutionnelles rigides qui, à l'époque, demeuraient du ressort exclusif du Parlement britannique agissant

1931, shall extend, or be deemed to extend, to the Union as part of the law of the Union, *unless extended thereto by an Act of the Parliament of the Union* » [nos italiques]. *Status of the Union Act 1934, ibid.*

113. *His Majesty King Edward the Eighth's Abdication Act 1937, supra* note 110.

114. Coffey, *supra* note 67 à la p 111. Voir aussi Twomey, *Laws of succession, supra* note 16 au para 6.12: « There were different Kings in different Dominions during the period 10-12 December 1936 marking the divisibility of the Crown in the personal, as well as the political, sense ».

115. *LC de 1867, supra* note 12, préambule.

à la demande et avec le consentement du Canada¹¹⁶, les auteurs des avis juridiques du gouvernement fédéral établirent un lien entre la procédure des articles 4 et 7 et la modification des règles de succession. Ils écrivirent :

It may thus be assumed that there remained in the Parliament of the United Kingdom the power to make laws extending to Canada, and that if the laws set forth on their face the *request and consent of Canada*, they would be effective. This is *particularly true in the case of a law relating to the constitution, such as His Majesty's Declaration of Abdication Act 1936*. There could be no doubt as to the validity of this law, which contained on its face a recital of the request and consent of Canada.¹¹⁷ [...]

It will thus be seen that since the Parliament of the United Kingdom could not, by the terms of the Statute of Westminster, pass an Abdication Act extending to Canada, *unless the Dominion had requested such legislation in advance and consented to its terms*, steps were taken to convey this request and consent and secure their expression in the United Kingdom Act, and steps are now being taken to secure the assent of the Parliament of Canada necessary for the alteration in the Succession [nos italiques]¹¹⁸.

Dans un discours qu'il livra à la Chambre des communes lors de l'adoption, après coup, de la *Loi canadienne de 1937*¹¹⁹, Mackenzie King insista, lui aussi, sur l'importance de la procédure prévue à l'article 4. Il déclara :

[...] jusqu'en 1931, ce pouvoir de modifier la succession appartenait uniquement au parlement britannique. Au cours de cette année-là, on a reconnu formellement le fait que la succession au trône constituait une affaire qui intéressait directement et profondément tous les membres du Commonwealth des nations britanniques. Cette reconnaissance est inscrite dans le texte du *Statut de Westminster*, dans l'article 4 que l'on a cité hier à maintes reprises, ainsi que dans le préambule. Permettez-moi de citer encore une fois l'article 4 du *Statut de Westminster*. [citation omise]

Le Parlement du Royaume-Uni ne pouvait donc pas, en vertu des dispositions du *Statut de Westminster*, adopter une loi relative à l'abdication s'étendant ou destinée à s'étendre au Canada à moins que le Dominion

116. Conformément aux articles 4 et 7 du *Statut de Westminster*, *supra* note 11.

117. Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Edward VIII », *supra* note 55 à la p 18.

118. *Ibid* à la p 38.

119. *Loi canadienne de 1937*, *supra* note 81.

ne demande l'adoption d'une telle mesure à l'avance et n'accepte ses dispositions [nos italiques]¹²⁰.

Si Mackenzie King insistait tant sur l'article 4 comme condition nécessaire à toute modification des règles de succession pour le Canada, c'est essentiellement pour deux raisons. Premièrement, à l'époque, seul cet article permettait une modification du droit constitutionnel canadien relatif aux règles de désignation du chef de l'État. Deuxièmement, il représentait une avancée importante pour l'exercice du pouvoir constituant canadien : le Parlement britannique était désormais formellement tenu d'agir qu'à la demande et avec le consentement du Canada, un acquis que Mackenzie King voulait assurément consolider.

C'est donc une certaine idée de la souveraineté du Canada que Mackenzie King défendit auprès des autorités britanniques dans la correspondance qui précéda l'adoption du *His Majesty's Declaration of Abdication Act* par le Parlement britannique. Le premier ministre du Canada fit alors d'intenses représentations auprès des gouvernements du Royaume-Uni et des dominions afin que les changements opérés modifient effectivement le droit canadien de la succession royale d'une manière qui soit conforme avec le nouveau statut du Canada. Il fit rigoureusement respecter les exigences de la procédure prescrite à l'article 4 du *Statut de Westminster* qui, lors de l'abdication de Sa Majesté Édouard VIII, en décembre 1936, formait la procédure formelle de modification de la Constitution du Canada¹²¹.

Dès qu'il reçut le télégramme du 4 décembre du premier ministre Baldwin, dans lequel ce dernier proposait d'appliquer, à l'ensemble des dominions, la théorie de la reconnaissance automatique (*implied incorporation*), qui semblait explicitement prévue par les constitutions de l'Afrique du Sud et de l'Australie, Mackenzie King s'y opposa¹²². À l'idée que cette théorie serait implicitement disponible

120. *Débats de la Chambre des Communes*, 18^e parl, 2^e sess, vol 1, (19 janvier 1937) à la p 68 (William Lyon Mackenzie King).

121. Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 30 au para I.31, à la p 16.

122. *Télégramme 6 (sic) décembre 1936 du haut-commissaire britannique à Ottawa transmettant la position du premier ministre King au premier ministre britannique Baldwin quant à la procédure proposée par ce dernier dans son télégramme du 4 décembre*, disponible dans *Motard et Taillon*, *supra* note 16, PGC-11 et P-52 [Télégramme King-Baldwin]. Voir aussi *Projet de réponse au télégramme du premier ministre britannique Baldwin du 4 décembre 1936*, Bibliothèque et Archives nationales Canada, «Mackenzie King», *supra* note 101 aux pp 186721-186723, également disponible dans *Motard et Taillon*, *supra* note 16, PGC-10 [Projet de réponse Baldwin]; Coffey, *supra* note 67 aux pp 105-108.

pour le Canada, il répondit que celle-ci « does not appear acceptable in view of the recognised position of the Dominions in regard to the Crown »¹²³. Cela aurait pourtant permis, à l'époque, de résoudre un problème bien canadien : celui de l'impossibilité de convoquer le Parlement en temps utile.

N'étant pas en mesure de réunir le Parlement canadien avant janvier 1937, Mackenzie King, qui cherchait une manière de respecter les exigences formelles et conventionnelles, suggéra de procéder en deux temps : une *demande et consentement* du gouvernement canadien dans les plus brefs délais, conformément à l'article 4 du *Statut de Westminster*, et l'expression d'un *assentiment* du Parlement fédéral, après coup, au début de l'année 1937¹²⁴. Or, même si la proposition de Mackenzie King fut acceptée par le premier ministre Baldwin dans son télégramme du 5 décembre¹²⁵, le premier ministre du Canada écrivit de nouveau à son homologue britannique afin d'exiger que la mention « à la requête et avec le consentement du Canada » figurât expressément dans le texte du projet de loi¹²⁶.

Puis, du 7 au 10 décembre, un débat s'amorça sur le choix des termes devant être employés dans le projet de loi. Pendant que le Canada tenait aux vocables « requête et consentement »¹²⁷, l'Afrique du Sud, où d'autres procédures devaient s'appliquer¹²⁸, ne pouvait se satisfaire que du terme « assentiment » prévu par le préambule du *Statut de Westminster*¹²⁹. Pour tenir compte des particularités de

123. *Télégramme King-Baldwin*, supra note 122.

124. *Ibid* ; *Lettre du 8 décembre 1936 du premier ministre King au haut-commissaire britannique à Ottawa pour être transmise au premier ministre britannique Baldwin quant aux modifications proposées au projet de loi britannique par ce dernier le 7 décembre*, Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Mackenzie King », supra note 101 à la p 186781, également disponible dans *Motard et Taillon*, supra note 16, pièce PGC-18 [*Lettre du 8 décembre 1936*].

125. *Lettre du 5 décembre 1936 du haut-commissaire britannique à Ottawa au premier ministre King inter alia lui remettant un résumé du télégramme du premier ministre britannique Baldwin en réponse à celui de King*, Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Mackenzie King », supra note 101 aux pp 186724-186731, également disponible dans *Motard et Taillon*, supra note 16, PGC-12.

126. *Lettre du 6 décembre 1936*, supra note 101. Voir aussi *Lettre du 8 décembre 1936*, supra note 124.

127. *Ibid*.

128. *Status of the Union Act 1934*, supra note 61. Voir supra à la p 29.

129. *Lettre du 6 décembre 1936*, supra note 101 ; *Lettre du 9 décembre 1936 (16 h) du haut-commissaire britannique à Ottawa au premier ministre King portant sur la position du premier ministre britannique Baldwin quant aux commentaires sur les modifications proposées au projet de loi britannique (Abdication Act) par le Canada et la Nouvelle-Zélande*, Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Mackenzie King », supra note 101 aux pp 186798-186800,

chaque État, le premier ministre Baldwin proposa, dans son télégramme du 7 décembre 1936¹³⁰, que le projet de loi fasse référence à la « requête et au consentement du Canada, de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie », d'une part, et à « l'assentiment de l'Afrique du Sud », d'autre part. En réaction à cette proposition, Mackenzie King, dans son télégramme du 8 décembre¹³¹, tout comme son homologue de la Nouvelle-Zélande¹³², se montra réticent à l'utilisation de deux formules différentes qui pouvaient laisser l'impression, d'un point de vue politique, que le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande avaient davantage insisté en faveur de la solution de l'abdication que l'Afrique du Sud.

Pour vaincre ces réticences, la Nouvelle-Zélande suggéra l'utilisation du terme « assentiment », prévu au préambule du *Statut de Westminster* pour tous les dominions. De nouveau, Mackenzie King s'opposa fortement à cette proposition. Dans son télégramme du 9 décembre, transmis aux autorités britanniques, il affirma :

The use of the word « assent » would have certain advantage, but we consider it open to the minor objection of confusion with the different significance given to the same word in the preamble of the Statute of Westminster, and to the serious objection that its use would weaken the procedure devised in Section 4 of the Statute of Westminster for ensuring the constitutional equality of the Dominion. Under the terms of Section 4, the United Kingdom Parliament cannot legislate for Canada unless it is expressly declared in the Act that Canada has *requested and consented* to the enactment thereof, or, in other words, *Canada must (hand written in margin: as regards the necessary procedure) have taken the initiative by formally requesting such action and expressed its consent* to the terms of the draft Act. *It does not appear desirable to set a precedent for a lower procedure or phraseology so far as Canada is concerned.* I have already pointed out that Section 4 of the Statute is not applicable to New Zealand [nos italiques]¹³³.

également disponible dans *Motard et Taillon, supra* note 16, PGC-23 [Lettre du 9 décembre 1936].

130. Lettre du 7 décembre 1936 (21 h) du haut-commissaire britannique à Ottawa au premier ministre King lui remettant les modifications proposées au projet de loi britannique (*Abdication Act*) par le premier ministre britannique Baldwin, Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Mackenzie King », *supra* note 101 aux pp 186759-186760, également disponible dans *Motard et Taillon, supra* note 16, PGC-17.
131. Lettre du 8 décembre 1936, *supra* note 124.
132. Lettre du 9 décembre 1936, *supra* note 129.
133. *Ibid.* Voir aussi *Projet de lettre du premier ministre King au haut-commissaire britannique à Ottawa pour être transmise au premier ministre britannique Baldwin quant aux modifications proposées au projet de loi britannique par le premier ministre de Nouvelle-Zélande le 9 décembre*, Bibliothèque et Archives

Puis, le même jour, dans un second télégramme transmis au premier ministre Baldwin, Mackenzie King commenta le libellé d'un projet qui lui avait été soumis de la façon suivante :

I would anticipate some danger of the legal validity of the legislation as regards Canada being challenged and of greater criticism by constitutional authorities if it failed to comply with the express requirements of Section 4 of the Statute¹³⁴.

Ainsi, pour le gouvernement que dirigeait Mackenzie King, la procédure de l'article 4 représentait une exigence impérative à la modification du droit canadien de la succession royale. Il ne pouvait concevoir qu'une procédure plus souple que la modification constitutionnelle formelle soit utilisée en ce qui concerne le Canada. Son objectif était alors d'assurer la souveraineté canadienne en évitant la création d'un précédent en faveur d'une autre formule. Il voulut jalousement préserver la limitation de la compétence du Parlement impérial établie par l'article 4 du Statut.

Une fois ces conditions comprises et acceptées par le Royaume-Uni et les autres dominions, le Canada adopta, le 10 décembre 1936, un arrêté en conseil¹³⁵ afin de demander et de consentir à une modification aux règles de succession suivant la procédure prescrite par l'article 4 du *Statut de Westminster*. Après avoir rappelé et distingué les exigences du préambule de celles de l'article 4 du Statut, l'arrêté du gouverneur général en conseil précisait :

*That, in order to insure that the requirements of the fourth section of the Statute are satisfied, it is necessary to provide for the request and consent of Canada to the enactment of the proposed legislation; and, in order to insure compliance with the constitutional convention expressed in the second recital of the preamble, hereinbefore set forth, it is necessary to make provision for securing the assent of Parliament of Canada thereto;*¹³⁶

nationales Canada, «Mackenzie King», *supra* note 101 aux pp 186787-186792, également disponible dans *Motard et Taillon*, *supra* note 16, PGC-21.

134. *Lettre du 9 décembre 1936*, *supra* note 129. Mackenzie King propose alors le préambule suivant: «His Majesty's Government in Canada, pursuant to the provisions of Section 4 of the Statute of Westminster, 1931, have requested and assented to the enactment of this Act». La version finale de la loi retiendra ce préambule, mais remplacera «His Majesty's Government in Canada» par «Dominion of Canada»: *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20, préambule.
135. *Order in Council regarding Canadian Request and Consent for Enactment of United Kingdom altering succession*, CP 1936-3144, (1936) Gaz C II, 843 [*OC Canadian Request and Consent*].

136. *Ibid.*

Puis, dans sa partie opérante, l'arrêté édictait :

That the enactment of legislation by the Parliament at Westminster, following upon the voluntary abdication of His Majesty the King, providing for the validation thereof, the consequential demise of the Crown, succession of the heir presumptive and revision of the laws relating to the succession to the throne, and declaring that *Canada has requested and consented* to such enactment, by hereby approved;

That the proposed legislation, *in so far as it extends to Canada*, shall conform as nearly as may be to the annexed draft bill [nos italiques]¹³⁷.

Cette dernière mention, spécifiant que la loi britannique opère une modification du droit canadien, confirma, encore une fois, la *réception*, l'*application* et la « canadianisation » des règles de succession au Canada. Ainsi, concernant l'*His Majesty's Declaration of Abdication Act*¹³⁸, Wheare écrit : «The Act therefore applied to Canada as part of the law of Canada, and would be so construed by a Court»¹³⁹.

En pratique, le choix de recourir à un arrêté en conseil afin d'exprimer «la demande et le consentement» du Canada permit d'accentuer encore davantage les différences entre les exigences de l'article 4 et celle du deuxième paragraphe du préambule du *Statut de Westminster*. En effet, contrairement à «l'assentiment» du Parlement prévu au préambule, l'article 4 ne précise pas les organes habilités à demander et à consentir. Le terme «Dominion» se voulait une dénomination large englobant autant le gouvernement que le Parlement du Canada¹⁴⁰. Or, en décembre 1936, il était impossible de convoquer en temps utile le Parlement¹⁴¹. Le Canada dut conséquemment exprimer sa demande et son consentement à un moment et par un organe bien distinct du Parlement, dont l'assentiment demeurerait malgré tout souhaitable, à terme, afin de se conformer à la convention constitutionnelle du deuxième paragraphe du préambule du *Statut de Westminster*.

137. *Ibid.*

138. *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20.

139. Wheare, *supra* note 51 à la p 285.

140. Voir le développement à ce sujet à la p 378, ci-dessus.

141. *Télégramme King-Baldwin*, *supra* note 122; *Projet de réponse Baldwin*, *supra* note 122; *OC Canadian Request and Consent*, *supra* note 135 : «That it is impossible so to expedite the assembling of the Parliament of Canada as to enable appropriate parliamentary action to be taken prior to or contemporaneously with the enactment of the proposed legislation by the Parliament at Westminster.». Voir aussi Pelletier, «Morganatic Marriage», *supra* note 67 au para 50; Margaret A. Banks, «If the Queen Were to Abdicate: Procedure under Canada's Constitution» (1989) 28 *Ata L Re* 535 à la p 536.

Si l'arrêté en conseil du gouvernement du Canada fut adopté le même jour que la signature, par Édouard VIII, de sa déclaration d'abdication¹⁴², le Parlement britannique n'adopta une loi sur l'abdication que le lendemain, soit le 11 décembre 1936, modifiant à la fois le droit britannique et le droit constitutionnel canadien de la succession royale¹⁴³. Son préambule précise en effet qu'elle a été adoptée à la demande et avec le consentement du Canada, conformément à l'article 4 du *Statut de Westminster*:

And whereas, following upon the communication to His Dominions of His Majesty's said declaration and desire, *the Dominion of Canada pursuant to the provisions of section four of the Statute of Westminster 1931 has requested and consented to the enactment of this Act*, and the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, and the Union of South Africa have assented thereto [nos italiques]¹⁴⁴.

Au terme des échanges diplomatiques entre les gouvernements du Royaume-Uni et ceux des dominions, seul le Canada fut mentionné dans le préambule de la loi britannique de 1936 comme ayant demandé et consenti sous l'article 4 du *Statut de Westminster*. Il devait en être ainsi, dans la mesure où cette disposition n'était pas en vigueur dans tous les dominions¹⁴⁵ et que l'Irlande et l'Afrique du Sud eurent leurs propres exigences¹⁴⁶. Cette singularité canadienne ne doit rien au hasard: elle confirme la modification des règles de désignation du chef de l'État canadien.

142. *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20.

143. Cette lecture est confirmée par plusieurs auteurs, dont notamment: Wade, *supra* note 101 à la p 64; Pelletier, «Morganatic Marriage», *supra* note 67 au para 50. Voir aussi Banks, *supra* note 141 à la p 536.

144. *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20, préambule.

145. Wade, dans son commentaire sur la loi de 1936, écrit: «Why did Canada alone expressly request and consent to the measure which she did by Order in Council, though the Dominion Parliament has since given its approval to the alteration in succession to the throne? So far as the Commonwealth of Australia and the Dominion of New Zealand are concerned, neither has yet adopted sect. 4 of the Statute of Westminster». Wade, *supra* note 101 à la p 65. L'Australie répondit aux exigences énoncées aux deuxième et troisième paragraphes du préambule du *Statut de Westminster* par résolution des deux chambres fédérales: Austl, *supra* note 82; La Nouvelle-Zélande fit de même, par résolution des deux chambres: N-Z, *supra* note 82. Voir Twomey, *Laws of succession*, *supra* note 16 aux para 6.8 et 6.9.

146. *Supra*, note 101 aux pp 26 et 28. Pour l'Australie et la Nouvelle-Zélande, seule une convention constitutionnelle constatée dans le préambule du *Statut de Westminster*, *supra* note 11, exigeait la demande et le consentement du Dominion à une législation impériale

b. Le cumul des exigences formelles et conventionnelles

Il y a donc bel et bien eu, en 1936, changement au droit canadien de la succession royale par une modification formelle de la Constitution canadienne effectuée par le Parlement britannique légiférant « pour le Canada » à la demande et avec le consentement du gouvernement canadien. Ainsi, ce n'était pas par excès de précaution que l'on cita expressément l'article 4 du *Statut de Westminster*. Le Parlement du Royaume-Uni était d'ailleurs bien au fait de l'intention qu'il exprimait dans cette loi. À ce propos, le premier ministre Baldwin déclara, à la Chambre des communes, ce qui suit :

The provisions of this Bill require very few words of explanation from me at this stage. It is a matter which, of course, concerns the *Dominions and their Constitutions* just as it concerns us [nos italiques]¹⁴⁷.

Le législateur britannique était, de toute évidence, bien conscient de modifier la constitution des dominions, dont celle du Canada.

i. L'assentiment a posteriori et juridiquement facultatif du Parlement canadien

Sur le plan juridique, l'abdication est devenue effective et exécutoire, en droit canadien, par la loi impériale du 11 décembre 1936. Toutefois, même si la procédure de l'article 4 du *Statut de Westminster* représentait une exigence de forme essentielle en droit constitutionnel canadien, une intervention du Parlement canadien demeurerait requise afin de se conformer aux exigences conventionnelles du deuxième paragraphe du préambule de 1931.

La *Loi sur la modification de la loi concernant la succession au trône*¹⁴⁸ fut donc adoptée le 19 janvier 1937, soit après l'entrée en vigueur de la modification des règles de succession à laquelle le Canada avait consenti. La *Loi canadienne de 1937* se voulait alors

147. R-U, HC, *Parliamentary Debates*, vol 318, col 2199 (12 décembre 1936) (M. Baldwin). Cet extrait a d'ailleurs été cité par le premier ministre du Canada, Mackenzie King, et figure au *Journal officiel des débats de la Chambre des communes* sous la traduction suivante : « Les dispositions du bill [d'abdication] ne requièrent que très peu d'explications de ma part à cette phase de la discussion. C'est un sujet qui intéresse évidemment *les dominions et touche à leurs lois organiques tout comme il nous intéresse nous-mêmes* » [nos italiques] : *Débats de la Chambre des Communes, supra note 120 à la p 67* (William Lyon Mackenzie King).

148. *Loi canadienne de 1937, supra note 81.*

l'expression d'un « assentiment » du Parlement du Canada, lequel faisait suite – comme cela a déjà été dit – à la modification du droit constitutionnel canadien par le Parlement britannique. Cette loi répondait à la convention constitutionnelle prévue au préambule du *Statut de Westminster*.

Aussi, le législateur canadien de 1937 était, à l'époque, bien conscient de son caractère déclaratoire qui ne visait qu'à satisfaire des exigences conventionnelles. Comme Benoît Pelletier le souligne :

It [la loi] was designed, according to Prime Minister Mackenzie King, « to carry out the constitutional convention expressed in the preamble to the Statute of Westminster » even though, as recognized by Mackenzie King himself, the preamble « is not an operative part of the statute » [nos italiques]¹⁴⁹.

Or, le respect de la convention constitutionnelle dont il est fait mention au préambule du *Statut de Westminster* n'était ni une condition suffisante ni une condition juridiquement nécessaire à la modification, par le Canada, des règles de succession. Mackenzie King savait pertinemment que le préambule ne figurait pas dans la partie opérante du Statut et que la *Loi canadienne de 1937* n'était votée que pour répondre à la convention constitutionnelle.

Bien qu'importante d'un point de vue politique, la convention constitutionnelle demeurait une exigence facultative sur le plan du droit strict. Elle visait à préserver l'allégeance commune à un même titulaire des différentes charges royales (union personnelle) par une forme de coordination¹⁵⁰ favorisant l'harmonisation des règles. Formellement, la convention ne limitait pas l'action des divers parlements. Cela était très explicite dans le mémorandum de Gwyer qui établissait la position de principe du gouvernement britannique quant aux aspects juridiques de la crise de l'abdication :

The Preamble only states the constitutional position; it does not of itself make an alteration in the law touching the Succession to the Throne invalid unless assented to by the Parliaments of all the Dominions as well as by the Parliament of the United Kingdom¹⁵¹.

149. Pelletier, « Morganatic Marriage », *supra* note 67 au para 51.

150. Dans la même optique, les avis juridiques du gouvernement fédéral, produits en 1936, faisaient référence à une « *co-ordinate authority* » Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Edward VIII », *supra* note 55 à la p 45.

151. Gwyer, *supra* note 67 au para 11. Pour une analyse de cet aspect du mémorandum Gwyer : Coffey, *supra* note 67 à la p 105.

Le défaut des Parlements des dominions de fournir leur assentiment à une modification des règles de succession n'aurait donc pas affecté la validité des changements opérés dans le respect des procédures formelles de modification.

Ce fut d'ailleurs pour cette raison qu'il était possible, pour le Parlement du Canada, d'agir *a posteriori* : du 11 décembre 1936 au 19 janvier 1937, les modifications aux règles de succession furent valides et effectives – au Royaume-Uni comme au Canada –, et ce, malgré l'absence d'assentiment du Parlement canadien, dont la convocation, avant l'adoption de la loi britannique du 11 décembre, avait été jugée irréalisable par le gouvernement de Mackenzie King.

En somme, l'assentiment du Parlement canadien est une exigence conventionnelle, juridiquement facultative, qui s'ajoute à la modification formelle des règles de succession. Les avis juridiques du gouvernement du Canada, préparés en 1936, sont en outre très clairs sur ce point. La modification des règles de succession « requires legislative action in order to make the alteration effective, so also must it require legislative action by each of the Dominion Parliaments for the like purpose »¹⁵².

ii. Le caractère supralégislatif des règles de succession avant comme après le rapatriement de la Constitution du Canada

Le cumul des exigences formelles et conventionnelles visait à respecter l'indépendance et la souveraineté de chaque État, tout en préservant, par convention constitutionnelle, l'harmonie entre les règles de succession. Le caractère cumulatif de ces exigences a d'ailleurs été reconnu et longuement expliqué par Wheare, dans *The Statute of Westminster and the Dominion status*, publié en 1953¹⁵³. Dans

152. Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Edward VIII », *supra* note 55 à la p 45.

153. Il écrit : « Moreover, in the case of action by the Parliament of the United Kingdom, there was the further rule that if such legislation [sur la succession royale ou les titres royaux] was intended to apply to the Dominion of Canada as part of the law of that Dominion, it was necessary to obtain not only the assent of the Parliament of Canada and of the Parliament of all the other Dominions, but also the request and consent of the Dominion of Canada. The passing of the Statute affected these rules, in so far as their application to Canada was concerned, in two ways. In the first place, it affirmed the rules, reciting them in paragraphs 2 and 3 of the Preamble. In the second place it supplemented the conventional rules by a rule of construction, in terms of strict law. For section 4

la même optique, Ernest Lapointe, ministre fédéral de la Justice¹⁵⁴, résuma ainsi la position du gouvernement lors des débats de 1937 entourant l'adoption de la loi canadienne :

Lors de l'abdication d'Édouard VIII, le Parlement du Royaume-Uni dut, par suite des circonstances, adopter une loi pour deux fins principales [...]. Cette loi, en ce qui concerne l'abdication et l'accession, devait s'appliquer par le fait même au dominion *et devait faire partie de la loi de ce dominion*, et par conséquent elle *devait nécessiter au préalable la demande et le consentement* du dominion à son adoption, conformément à l'article 4 du *Statut de Westminster*. En ce qu'elle vise à modifier la loi concernant la succession au trône, l'assentiment du Parlement du dominion est requis conformément à la convention constitutionnelle énoncée dans le deuxième considérant du *Statut de Westminster*, mais cet assentiment pouvait être donné dans tout délai ultérieur raisonnable, attendu qu'il *ne s'agit pas d'une condition préalable à l'adoption de la loi, mais seulement d'une convention* limitant son application dans le dominion. Quant à la première, *le Gouvernement a procédé ainsi que le veut l'article 4, lequel n'exige certainement pas l'assentiment du Parlement*. Relativement à la deuxième, le Gouvernement demande maintenant au Parlement son assentiment à la modification de la loi concernant la succession au trône, de façon à donner effet à la convention [nos italiques]¹⁵⁵.

En défendant l'idée selon laquelle ces règles constitutionnelles devaient être modifiées suivant la procédure de l'article 4, ce discours d'Ernest Lapointe reconnaissait, du même coup, la réception et la « canadianisation » des règles de succession.

Au même titre que la modification des règles de succession opérées en 1936, les autres modifications apportées aux normes constitutionnelles rigides durant la période de 1931 à 1982 devaient impérativement se faire conformément aux exigences de l'article 4. En effet, la procédure prescrite par le *Statut de Westminster* a été

enacted that *no law thereafter passed by the United Kingdom Parliament—and this includes law altering the Succession to the Throne and the Royal Style and Titles—should extend to the Dominion of Canada as part of the law of the Dominion*, unless it was declared in that Act that the Dominion had requested and consented to it. The passing of the Statute thus *added an element of strict law to the conventional rules* governing the enactment by the United Kingdom Parliament of laws, extending to Canada, altering the Succession to the Throne or the Royal Styles and Titles » [nos italiques]. Wheare, *supra* note 51 à la p 198.

154. Ernest Lapointe était ministre de la Justice sous Mackenzie King. Il a joué un rôle significatif dans les développements constitutionnels de la décennie 1920-1930 ; il est notamment cité dans la Déclaration Balfour de 1926 à titre de président d'une sous-conférence impériale.

155. *Débats de la Chambre des Communes*, *supra* note 120 à la p 81 (Ernest Lapointe).

suivie lors de l'adoption de la *Loi de 1982 sur le Canada*¹⁵⁶ et pour l'ensemble des modifications constitutionnelles adoptées par le Parlement britannique pour le Canada entre 1931 et 1982. Que ce soit pour modifier les règles de succession (1936)¹⁵⁷, pour le partage des compétences en matière d'assurance-emploi (1940)¹⁵⁸, pour l'adhésion de Terre-Neuve à la fédération (1949)¹⁵⁹ ou encore pour opérer un rapatriement partiel (1949)¹⁶⁰ ou total (1982)¹⁶¹ de la Constitution, toujours une même constante : le recours systématique à la procédure des articles 4 et 7 du *Statut de Westminster*.

L'utilisation de cette procédure de modification du droit constitutionnel canadien confirma le statut supralégislatif du droit canadien de la succession royale, et ce, bien avant l'adoption de l'alinéa 41a) de la *LC de 1982*. En effet, toutes les lois impériales ayant été édictées « pour le Canada » en vertu de l'article 4 l'ont été en raison de l'incapacité des autorités canadiennes à modifier les normes constitutionnelles rigides, et il est difficile de voir comment les règles de succession, tant par leur objet que par leur rang dans la hiérarchie des normes, pourraient échapper à cette catégorisation¹⁶². Le respect de la procédure prescrite par l'article 4 du *Statut de Westminster*, qui figure expressément dans le préambule de la loi britannique de 1936 sur l'abdication de même que dans les autres modifications effectuées par le Parlement britannique entre 1931 et 1982, incluant la *Loi de 1982 sur le Canada*, confère à chacune de ces lois britanniques la nature de normes rigides et supralégislatives au Canada.

156. Par exemple, le préambule de la *Loi de 1982 sur le Canada* précise que cette loi constitutionnelle a été adoptée à la demande et avec le consentement du Canada : « Whereas Canada has requested and consented to the enactment of an Act of the Parliament of the United Kingdom to give effect to the provisions hereinafter set forth » [nos italiques]. *Loi de 1982 sur le Canada*, *supra* note 9, préambule. Voir aussi Garry Toffoli, « Is There a Canadian Law of Succession and Is There a Canadian Process of Amendment? » (9 février 2013), en ligne : The Canadian Royal Heritage Trust <<http://crht.ca/wp-content/uploads/2013/02/CRHT-Background-Paper-on-Canadas-Law-of-Succession.pdf>>.

157. *Declaration of Abdication Act*, *supra* note 20.

158. *Loi constitutionnelle de 1940* (R-U), 3 & 4 Geo VI, c 36.

159. *Loi constitutionnelle de 1949* (R-U), 12, 13 & 14 Geo VI, c 22, préambule : « And whereas Canada has requested, and consented to, the enactment of an Act of the Parliament of the United Kingdom [...] ».

160. *Ibid.*

161. *Loi de 1982 sur le Canada*, *supra* note 9. Voir aussi *Loi constitutionnelle de 1946* (R-U), 9 & 10 Geo VI, c 63 ; *Loi constitutionnelle de 1951* (R-U), 14 & 15 Geo VI, c 32 ; *Loi constitutionnelle de 1960* (R-U), 9 & 10 Eliz II, c 2 ; *Loi constitutionnelle de 1964* (R-U), 1964, c 73.

162. *O'Donohue*, *supra* note 33, confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario : 137 ACWS (3d) 1131, 2005 CarswellOnt 95, 2005 CanLII 6369 (ONCA).

Du reste, le fait que la convention constitutionnelle mentionnée au deuxième paragraphe du préambule du *Statut de Westminster* requiert un « assentiment » du Parlement du Canada a suscité une riche réflexion parmi les autorités fédérales quant au caractère de cette « compétence », dans un contexte où le Parlement du Canada n'avait pas, à cette époque, la capacité de modifier le droit constitutionnel du Canada. Sur ce point, les avis juridiques du gouvernement fédéral distinguent clairement la compétence formelle de modifier le droit constitutionnel canadien, qui relevait du Parlement britannique à la demande et avec le consentement du Canada, de l'exercice d'une compétence purement déclaratoire, et en aucun temps exécutoire, de fournir un « assentiment ». Cela ressort explicitement de l'extrait suivant :

It is true that this provision is set forth in the preamble to the Act. Consequently, it cannot be regarded as actually changing the law. It can merely be regarded as expressing a solemn constitutional convention, whereby any such alterations require the assent of all the Parliaments. *While this recital cannot be regarded as adding to the powers of the Parliament of Canada, in the strictly legal sense, it places beyond dispute the propriety of parliamentary action expressing Canadian assent. It has already been pointed out that, apart altogether from the Statute of Westminster, there could be no question raised, if the Parliament of Canada expressed its assent to action which was beyond its ordinary legislative powers. The fact that the Parliament of Canada could not deal with the matter by substantive enactment could not properly be raised as an objection. There is no rule known to the Constitutional Law of Canada or of Great Britain requiring a Parliament to limit its activity to substantive enactment. Indeed, the precedents run the other way [nos italiques]*¹⁶³.

Ainsi, l'adoption du préambule du *Statut de Westminster* n'eut pas pour effet d'attribuer le champ de compétence de la succession royale au Parlement fédéral, il ne lui confia que la capacité à exprimer un « assentiment », juridiquement non exécutoire, pour les besoins de la convention constitutionnelle, et laissa la compétence formelle de modifier les règles de désignation du chef de l'État canadien entre les mains des organes visés par la procédure de l'article 4.

L'assentiment des autorités canadiennes prévu au deuxième paragraphe du préambule du *Statut de Westminster* ne pouvait être donné indépendamment de l'article 4 du Statut avant l'abrogation de cet article en 1982. La convention constitutionnelle du préambule

163. Bibliothèque et Archives nationales Canada, « Edward VIII », *supra* note 55 aux pp 14-15.

n'habilitait pas les Parlements britannique et canadien à contourner l'article 4 du *Statut de Westminster*. De même, elle ne peut permettre, aujourd'hui, au Parlement canadien de contourner les exigences de la Partie V de la *LC de 1982*¹⁶⁴. Autrement dit, un amendement qui eut été effectué par le Parlement britannique, sans respecter les conditions de l'article 4, n'aurait pu changer l'ordre de succession au Canada. Prise isolément, la *Loi canadienne de 1937* – tout comme celle de 2013 par ailleurs – ne pouvait modifier utilement le droit canadien. En 1936, comme en 2013, le respect de la convention constitutionnelle dont il est fait mention au préambule du *Statut de Westminster de 1931* n'était ni une condition suffisante ni une condition juridiquement nécessaire à la modification du droit canadien de la succession royale.

Les exigences impératives de l'article 4, contrairement au préambule du *Statut de Westminster*, ont été abrogées, en 1982, à l'occasion du rapatriement de la Constitution¹⁶⁵. Depuis l'adoption de la *Loi de 1982 sur le Canada*, le Parlement britannique a perdu toute compétence sur le droit canadien de la succession royale, qui est dorénavant modifiable suivant les règles établies par la Partie V de la *LC de 1982*. Comme l'explique Peter Hogg, le rapatriement signifie, par définition, « the relinquishment by the United Kingdom Parliament of its residual power to legislate for Canada (this is the “patriation” of the constitution) »¹⁶⁶. Cette extinction marque la fin de la capacité législative du Parlement britannique. Ainsi, la procédure employée en 1936 n'est plus possible aujourd'hui. Constatant cela, Banks estime¹⁶⁷, à juste titre :

An abdication act passed by the United Kingdom Parliament to give effect to the monarch's instrument of abdication would not extend to Canada.

-
164. Pierre Thibault, Sophie Thériault, David Robitaille, et Marie-Ève Sylvestre, « Loi sur la succession au trône – Ottawa doit refaire ses devoirs », *Le Devoir* [de Montréal] (2 juillet 2013) en ligne : *Le Devoir* <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/381956/ottawa-doit-refaire-ses-devoirs>>.
165. L'annexe A de la *Loi de 1982 sur le Canada*, adoptée par le Parlement britannique, contient une version française de cette loi. L'article 4 de l'annexe A attribue à cette loi le titre abrégé en français de *Loi de 1982 sur le Canada*. L'annexe B forme la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 9. L'article 53 et l'annexe de la *LC de 1982*, *supra* note 5, ont abrogé l'article 4 du *Statut de Westminster*, *supra* note 11. La procédure de modification de la Constitution du Canada de l'article 4 a été remplacée par les procédures de modification qui se trouvent à la Partie V de la *LC de 1982* (*ibid.*).
166. Peter Hogg, « Constitutional Law – Amendment of the British North America Act – Role of the Provinces » (1982) 60 R du B can 307 [antérieur à la *Loi de 2013*] à la p 309.
167. Banks prétend toutefois, à tort selon nous, que la modification de la succession royale peut se fonder sur la compétence fédérale résiduaire. Banks, *supra* note 141 à la p 539.

Charles III (or whatever name the Prince of Wales took on ascending the Throne) would be King of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, but Elizabeth II would still be Queen of Canada¹⁶⁸.

En clair, la procédure rigide de l'article 4 du *Statut de Westminster*, qui avait été suivie en 1936, a été remplacée par la procédure rigide de la Partie V de la *LC de 1982*. Le pouvoir du Parlement britannique de légiférer pour le Canada à la demande et avec le consentement des autorités canadiennes, qui a rendu possible les modifications aux normes rigides de la Constitution durant la période de 1931 à 1982, est désormais remplacé par les procédures complexes des articles 38 à 43 de la *LC de 1982* qui requièrent des résolutions des chambres fédérales et de celles d'un certain nombre de provinces¹⁶⁹. La Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit dorénavant une procédure exhaustive de modification de la Constitution du Canada¹⁷⁰. Dès lors, l'assentiment des autorités canadiennes visé par le deuxième paragraphe du préambule du *Statut de Westminster* ne peut être donné indépendamment de la Partie V de la *LC de 1982*, tout comme il ne pouvait l'être indépendamment de l'article 4 du Statut avant l'abrogation de cet article en 1982.

CONCLUSION

La crise de l'abdication du roi Édouard VIII est instructive, et ce, pour au moins trois raisons. En premier lieu, l'incapacité conjoncturelle du gouvernement de Mackenzie King à réunir rapidement le Parlement canadien a permis de distinguer – dans le temps et

168. Banks, *ibid* à la p 537.

169. Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 30 aux pp 229-230; Duplé, *supra* note 51 aux pp 689-690.

170. À l'unanimité de ses membres, la Cour suprême affirmait en 1982: «La Loi constitutionnelle de 1982 [...] prévoit une nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel.» *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793 à la p 806. Dans la même optique, la Cour d'appel, à l'unanimité, s'exprimait ainsi: «Depuis le rapatriement de la Constitution, la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982 constitue un code complet qui décrit les différentes procédures applicables à toute modification à la Constitution»: *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 au para 25. Voir aussi: *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 2, par 28. Pour en savoir plus sur le caractère exhaustif de la Partie V: Catherine Mathieu et Patrick Taillon, «Aux frontières de la modification constitutionnelle: le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien», dans *La réforme du Sénat*, en ligne: (2013) 5 Revue québécoise de droit constitutionnel aux pp 39-43 <http://www.aqdc.org/pub/cms_volume_tablemat.php?id_volume=5>.

dans les formes – les exigences formelles des exigences conventionnelles, de même que le caractère impératif des premières par rapport aux secondes. Dans des circonstances différentes, nul doute que la demande et le consentement du Canada, d'un côté, et l'assentiment du Parlement, de l'autre, auraient pu se retrouver pêle mêle dans un même projet de loi voté *a priori*, ce qui aurait rendu moins limpides les enseignements à tirer de ce qui demeure, à ce jour, le seul précédent à la lumière duquel la réforme de 2013 peut être comparée.

En second lieu, le Parlement britannique, légiférant pour le Canada en vertu de l'article 4 du *Statut de Westminster*, a explicitement reconnu¹⁷¹ que le droit de la succession royale faisait partie du droit constitutionnel canadien, lors de la mise en œuvre formelle, en décembre 1936, de l'abdication du roi et des changements à la succession royale qu'elle entraînait.

En troisième lieu, l'étude des archives et de la correspondance durant cette crise montre bien le succès du gouvernement de Mackenzie King à imposer aux autorités britanniques le respect des exigences propres à la modification du droit constitutionnel canadien. Ainsi, la vigueur avec laquelle Mackenzie King et son gouvernement ont défendu la souveraineté canadienne dans cette affaire a permis au Canada d'affirmer de nouveau un peu plus son indépendance politique et d'utiliser, à son profit, le nouveau cadre juridique mis en place depuis l'entrée en vigueur du *Statut de Westminster*. À une époque où de nouveaux rapports entre le Canada et le Royaume-Uni restaient encore à établir, le gouvernement de Mackenzie King s'est montré soucieux d'assurer la primauté du droit constitutionnel canadien tout en demeurant solidaire à l'endroit des autres royaumes du Commonwealth.

Cette attitude, conforme au principe de *rule of law*, détonne grandement avec celle plus contemporaine du gouvernement Harper. Alors que la réforme de 1936 fut menée de main de maître par un gouvernement attentif à la promotion de l'indépendance canadienne, même s'il ne disposait pas de tous les leviers constitutionnels pour le faire, celle de 2013 est intervenue dans un contexte fort différent. Bien qu'il soit désormais émancipé de l'emprise du Parlement du Royaume-Uni, dont le pouvoir de légiférer pour le Canada s'est définitivement éteint lors du rapatriement de 1982¹⁷², le Canada a, en 2013, tenté

171. Voir *supra* notes 144 et 147.

172. *Loi de 1982 sur le Canada*, *supra* note 9, art 2.

de ne retenir du précédent de 1936 que les exigences conventionnelles, favorables aux intérêts réels ou supposés du gouvernement en place. Que ce soit par nostalgie impériale ou par souci d'éviter les négociations avec les provinces canadiennes, les autorités fédérales ont, comme dans le dossier de la réforme du Sénat et dans celui de la nomination du juge Nadon, tâché de se soustraire aux exigences formelles prévues par la Partie V de la *LC de 1982*.

En prétendant que l'ordre juridique canadien reconnaît et intègre automatiquement les changements apportés aux règles de succession par le Parlement britannique, et ce, même après l'adoption de la *LC de 1982*, les autorités fédérales se sont limitées, en 2013, à une simple loi d'assentiment qui, suivant l'argumentaire des autorités fédérales, ne modifie en rien le droit canadien de la succession royale, lequel n'existerait tout simplement pas¹⁷³. Cela ressort, entre autres, du titre officiel de la *Loi de 2013*¹⁷⁴ et du libellé de son article 2 de même que des propos du ministre responsable de la loi, Rob Nicholson, qui le reconnaissait explicitement dans un texte paru en 2013, peu après l'adoption de la loi¹⁷⁵. Or, en procédant de cette manière, les autorités fédérales ont fait fi de pans importants de l'histoire constitutionnelle canadienne, et tout particulièrement des changements juridiques formels opérés en 1936.

Cette réécriture de l'histoire préconisée par le gouvernement de Stephen Harper est, selon nous, d'autant plus regrettable qu'elle s'effectue non seulement au détriment de l'indépendance du Canada par rapport aux autorités britanniques, mais aussi – et surtout – au mépris de la primauté du droit.

173. Pelletier, «Morganatic Marriage», *supra* note 67; Sénat, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Témoignages*, 41^e lég, 1^{re} sess, no 32 (20 mars 2013) (Garry Toffoli); Garry Toffoli et Paul Benoit, «Changing the Rules of Royal Succession for Canada» (4 février 2013), en ligne : The Canadian Royal Heritage Trust <<http://crht.ca/wp-content/uploads/2013/02/CRHT-Background-Paper-On-Changing-The-Rules-Of-Succession-To-The-Throne-For-Canada.pdf>>.

174. *Loi d'assentiment aux modifications apportées à la loi concernant la succession au trône*, LC 2013, c 6, art 2.

175. Il écrit : «Le projet de loi C-53 vise à donner l'assentiment du Parlement du Canada aux modifications à la loi concernant la succession au trône qui sont proposées dans le projet de loi du Royaume-Uni. Ce sont les lois du Royaume-Uni qui régissent les lois sur la succession. Le Parlement du Royaume-Uni a le pouvoir législatif absolu de modifier les lois du Royaume-Uni concernant la succession au trône, y compris la Déclaration des droits britannique de 1688 et l'Acte d'établissement de 1700.» : Nicholson, *supra* note 10.