

XXXIX^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle
Institut Louis Favoreu
Aix-en-Provence
15-16 septembre 2023

Avis aux lecteurs

Le présent résumé n'a pas vocation à être cité ou publié. Il ne s'agit que d'une réponse préliminaire à la grille, laquelle vise à aider, en temps utile, les rapporteurs de la Table ronde. Ce rapport de recherche permet de recenser et de synthétiser les informations pertinentes. Certains passages sont en caractère gras afin d'être repérés plus rapidement par le lecteur. Les notes de bas de page ont, la plupart du temps, été omises pour l'instant. De plus, certains exemples sont manquants, d'où la mention « à venir [...] » qui termine parfois les développements.

Résumé préliminaire
Canada (Québec)
Guerre et Constitution

Patrick Taillon

Codirecteur du Centre d'études en droit administratif et constitutionnel (CEDAC) et
professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval

Très peu présente dans les lois constitutionnelles du Canada, la guerre a néanmoins été déterminante dans l'histoire des colonies britanniques du nord de l'Amérique. Le passage de la souveraineté française sous la Nouvelle-France au régime britannique a été le fruit d'une guerre de conquête. De même, les deux grands conflits mondiaux du XX^e siècle ont été décisifs dans la transformation des rapports entre le Royaume-Uni et ses dominions puis dans le processus d'acquisition de l'indépendance canadienne. Même la guerre d'indépendance américaine et la guerre de Sécession ont, chacune à leur manière, forcé une redéfinition des interactions entre les communautés politiques, notamment entre les francophones catholiques et les anglophones protestants, le tout, à l'intérieur des colonies britanniques du nord de l'Amérique.

Même si les guerres ont façonné l'évolution du statut constitutionnel du Canada, les sources écrites de la Constitution censées encadrer le pouvoir d'engager les forces armées sont, pour l'essentiel, demeurées inchangées depuis 1867. Textes minimalistes, rédigés à l'époque où le Canada n'était qu'une composante du vaste Empire britannique, les lois constitutionnelles n'offrent qu'un portrait très partiel et, à certains égards, trompeur, de l'état du droit, d'hier à aujourd'hui, en matière de guerre et de paix.

Comme c'est souvent le cas au Canada, le silence des textes n'est toutefois pas synonyme de « vide juridique ». Règles de common law et conventions constitutionnelles sont autant de sources non écrites délimitant le rôle respectif de l'exécutif, des chambres législatives et des tribunaux lorsqu'il est question de s'engager dans un conflit armé.

La relative désorganisation des sources écrites sur la guerre et de la paix [Titre 1] aurait pu créer les conditions favorables à une forte emprise des tribunaux dans l'interprétation des sources non écrites [Titre 2]. Toutefois, les juges canadiens ont généralement privilégié la prudence, la retenue ainsi qu'une grande déférence à l'endroit de la traditionnelle prérogative du pouvoir exécutif. Si les raisons qui expliquent ce choix sont multiples, il en résulte un droit, somme toute, très ancien, lequel survit à toutes les évolutions constitutionnelles et aux différents conflits militaires qui ont marqué l'histoire canadienne.

1. Guerre et Constitution : au-delà du texte et du contexte

La norme juridique ou, en d'autres mots, la règle de droit est le résultat d'un processus d'interprétation et de concrétisation des sources écrites et non écrites. Parfois, les *textes* changent, parfois c'est plutôt le *contexte* qui se transforme. Dans tous les cas, l'édiction d'un acte (constitution, texte de loi, règlement...) prend tout son sens lorsque ce dernier est appliqué et confronté à un contexte précis. Or, en matière de guerre et de paix, le Canada offre l'exemple d'un système où, bien que les normes constitutionnelles écrites sont demeurées très stables, les évolutions contextuelles ont tout de même forcé ces mêmes sources juridiques à révéler d'autres significations. À titre d'exemple, à mesure que le statut du Canada est passé de colonie à État indépendant, les textes sont demeurés à bien des égards identiques, mais leur interprétation et leur concrétisation ont considérablement évolué. Des sources très anciennes [Titre B] ont donc accompagné une évolution constitutionnelle au cours de laquelle les guerres ont exercé une influence majeure [Titre A].

A. L'influence de la guerre dans l'histoire constitutionnelle

La guerre comme élément de contexte a été une réalité factuelle ayant grandement influencé l'évolution constitutionnelle du Québec et du Canada. D'une part, la guerre a forcé le Canada à se définir et à se différencier de son voisin du sud. D'autre part, elle a contribué à favoriser des rapports d'égalité entre les autorités de l'Empire britannique et celles d'une colonie évoluant progressivement vers sa pleine indépendance¹.

D'abord sous le régime de la Nouvelle-France, les alliances d'égal à égal avec certaines nations autochtones sont au cœur de la stratégie politique des différents gouverneurs français.

¹ José Woehrling et Jacques-Yvan Morin, *Les constitutions du Canada et du Québec : du Régime français à nos jours*, t. 1, « Études », Montréal, Éditions Thémis, 1994 ; Dave Noel, Montcalm, général américain, Montréal, Édition du Boréal, 2018 ; Éric Bédard, *Les Réformistes – Une génération canadienne-française au milieu du XIX^e siècle*, Montréal, Éditions du Boréal, 2009 ; Julien Fournier, *L'indépendance de la Couronne canadienne : une question de droit et de conventions*, mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 2017 ; Peter C. Oliver, *The Constitution of Independence: The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

- Exemples à venir : notamment la Grande paix de Montréal signée en 1701 entre les Cinq Nations et les autorités coloniales françaises.

Ces jeux d'alliances emportent, par le fait même, la Nouvelle-France dans un certain nombre de conflits avec les nations ennemies de ses alliés.

Si bien qu'à mesure que les rivalités coloniales se développent entre les Britanniques des Treize Colonies américaines et la Nouvelle-France, laquelle s'étend, à l'époque, de l'Acadie à la Louisiane, chaque puissance impériale peut compter sur un réseau d'alliances qui épouse, à bien des égards, les rivalités entre les peuples autochtones qui occupaient le territoire avant l'arrivée des Européens.

Symbole de ces fortes alliances entre les peuples autochtones et les autorités de la Nouvelle-France, les guerres intercoloniales qui ponctueront les conflits franco-britanniques durant le XVIII^e siècle seront d'ailleurs désignées par l'expression *French and Indian War* dans la littérature anglo-américaine.

Au début de la guerre de Sept Ans (quatrième guerre intercoloniale), 12 000 des 18 000 habitants de l'Acadie sont déportés par les Britanniques. Terres confisquées, fermes incendiées, familles et communautés séparées, ce « Grand dérangement » est une vaste opération de nettoyage ethnique qui bouscule profondément la présence de populations francophones dans cette ancienne colonie française, devenue britannique à l'occasion du *Traité d'Utrecht* de 1713. L'essentiel de la déportation se produit en 1755, et elle se prolonge jusqu'à la fin de la guerre de Sept Ans, en 1763.

Les succès des Britanniques durant la guerre de Sept Ans conduisent à la Conquête de la Nouvelle-France, ce qui provoque, dans la vallée du fleuve Saint-Laurent, la plus importante transformation constitutionnelle depuis l'arrivée des Européens sur le continent : l'affirmation de la Couronne britannique. La *Proclamation royale de 1763*, première constitution de la *Province of Quebec*, confirme l'imposition du droit impérial britannique, de la common law et d'un serment du Test. Ce dernier consiste en un ensemble de serments de fidélité à la Couronne britannique, et comprend des déclarations contre le pape ainsi que contre la transsubstantiation. Son imposition sur le territoire nouvellement conquis vise nommément à exclure les catholiques de l'administration civile et militaire dans la colonie.

Par la suite, les tensions ayant précédé la guerre d'indépendance américaine amènent les autorités britanniques à s'assurer de la loyauté des francophones catholiques qui peuplent, à l'époque, l'essentiel de la *Province of Quebec*.

- Adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 : nouvelle constitution, véritable acte constitutif de ce qui deviendra la dualité canadienne, l'Acte de Québec organise la colonie d'une manière plus libérale (création d'un pouvoir législatif) et, surtout, plus respectueuse des droits de la majorité franco-catholique. Au nombre des changements apportés en 1774, on compte la reconnaissance du pluralisme religieux (liberté de culte pour les catholiques) ; la réintroduction de la tradition juridique civiliste française (la coutume de Paris, laquelle sera éventuellement inscrite dans le *Code civil du Bas-Canada*) ; la suppression du serment du Test, une expansion territoriale, etc.

À terme, la fin de la guerre d'indépendance américaine entraîne non seulement l'adoption d'une nouvelle Constitution pour la colonie, mais, aussi, une partition de la *Province of Quebec* en deux : le Haut-Canada et le Bas-Canada.

Un peu moins d'un siècle plus tard, la guerre de Sécession américaine plonge les colonies britanniques de l'Amérique du Nord dans une profonde remise en question qui laissera des marques durables dans l'esprit des Pères de la Confédération :

- Création d'une union fédérale.
- Influence de la guerre de Sécession sur le contenu de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
- Influence centralisatrice (armée, défense, économie... et, surtout, pouvoirs exorbitants au bénéfice de l'entité fédérale).
- Influence antirépublicaine (monarchie, loyalisme, Sénat non élu...).

L'effort de guerre investi par le dominion du Canada lors de la Première Guerre mondiale transforme aussi profondément les rapports entre la fédération canadienne et le Royaume-Uni². Plusieurs aiment prétendre que l'indépendance canadienne est née sur les champs de bataille de la Grande Guerre, plus particulièrement, le 9 avril 1917, à Vimy. Même si un tel récit n'a aucun sens sur le plan du droit positif, il n'empêche que les efforts de guerre déployés par le Canada ont irrévocablement marqué sa relation avec le Royaume-Uni.

Dès la négociation du Traité de Versailles, les Britanniques laissent les autorités canadiennes prendre leur place sur la scène internationale, notamment à la Société des Nations. Par une série de nouveaux usages politiques fondés sur des rapports d'égalité entre Londres et Ottawa, un processus d'acquisition progressive de l'indépendance canadienne se met en place.

- Convention constitutionnelle de l'après-Première Guerre mondiale.
- Signature du Traité du Flétan.
- Controverse sur les honneurs.
- Conférences impériales et déclaration de Balfour.
- Adoption du *Statut de Westminster, 1931*.

En ce sens, la déclaration de guerre du Canada lors de la Seconde Guerre mondiale marque un contraste important par rapport à celle prononcée par le Roi en 1914.

- Illustration à venir. Il faut dire que, dès la première déclaration de guerre de la « Couronne canadienne » (10 septembre 1939), la Chambre des communes a été impliquée³ dans le but de marquer symboliquement la récente indépendance du Canada. Il s'agissait alors de bien

² Julien Fournier, *L'indépendance de la Couronne canadienne : une question de droit et de conventions*, mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 2017.

³ Michel Rossignol, *Conflits internationaux : Le rôle du parlement, la loi sur la défense nationale et la décision d'envoyer des troupes*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires politiques et sociales, 1992, p. 2-3.

distinguer la déclaration de guerre de la « Couronne canadienne », suivant l'avis du Parlement et du Conseil privé canadiens, de celle de la Couronne impériale intervenue le 4 août 1914, conformément à la recommandation du gouvernement de Londres pour l'ensemble de l'Empire britannique.

Du reste, tant lors de la Première Guerre mondiale que lors de la Seconde, les controverses entourant la conscription sont, à bien des égards, révélatrices de l'immense fracture qui sépare les deux communautés politiques à l'origine du pacte de 1867, soit les francophones et anglophones.

- Exemples : émeutes de Québec en 1918, promesse et résultats du plébiscite.

B. Des sources marquées par de nombreuses ambiguïtés constitutives

i. Une Couronne en transformation

D'hier à aujourd'hui, le pouvoir de déclarer la guerre a toujours appartenu à la Couronne. Toutefois, à droit constant, l'identité de cette Couronne a profondément changé.

- De la Couronne agissant seule à la Couronne agissant sur recommandation du premier ministre, la prérogative royale est, dans les faits, devenue celle de l'exécutif.

[À venir : démocratisation sous l'effet des conventions constitutionnelles...]

- De la Couronne impériale à la Couronne canadienne, la personne qui déclare la guerre reste la même, mais l'État ou le Royaume au nom duquel cette Couronne agit, lui, se transforme profondément.

[À venir : l'indépendance de la Couronne canadienne illustrée à partir de l'exemple des deux déclarations de guerre de 1914 et de 1939.]

L'acquisition progressive de l'indépendance canadienne s'est donc opérée sans une réécriture des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si le *Statut de Westminster, 1931* et, cinquante plus tard, le *Canada Act 1982* ont consacré la capacité des institutions canadiennes de modifier elles-mêmes les règles de droit jadis imposées par les autorités britanniques, de telles modifications n'ont pas été jugées nécessaires aux yeux des responsables politiques canadiens.

La Reine de l'Empire britannique dont il est question aux articles 11 et 15 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est devenue, par un jeu d'interprétation, la Reine du Canada.

De même, les compétences réservées à l'Empire, notamment celles relatives à la négociation et à la mise en œuvre des traités, ont été dévolues aux entités fédérale et fédérées qui composent le Canada, et ce, en selon les mêmes règles du partage des compétences déjà prévues aux articles 91 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Comme l'a confirmé la jurisprudence⁴, la mise en œuvre des traités internationaux en droit interne revient au législateur compétent. Ainsi, le fédéral voit ses pouvoirs en matière de défense nationale consolidés par l'accession du Canada à la pleine indépendance. En effet, l'exercice de ses compétences n'est désormais plus concurrencé par les pouvoirs résiduels que l'Empire britannique se réservait en matière d'affaires étrangères et de relations internationales. De la même manière, les provinces ont pu consolider leur autonomie par la reconnaissance jurisprudentielle de leur compétence sur la mise en œuvre des traités internationaux dont le contenu est inclus dans leurs champs de compétences, notamment l'éducation, la santé, la culture, les affaires locales, etc.

Ainsi, avec le temps, certaines dispositions constitutionnelles sont devenues désuètes, d'autres ont vu leur signification et leur interprétation se transformer, et ce, à mesure que le Canada évoluait vers sa pleine indépendance.

- L'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* compte parmi ces dispositions entrées dans un état de désuétude depuis la signature du *Statut de Westminster* en 1931. Il prévoyait la compétence des institutions fédérales de mettre en œuvre les traités conclus entre l'*Empire* et les pays étrangers au nom du Canada. [...]

ii. Une prérogative au rang incertain

Héritier de la tradition juridique de Westminster, le Canada applique donc, encore aujourd'hui, des sources très anciennes. Au premier chef se trouve la prérogative royale de déclarer la guerre, laquelle subsiste à ce jour dans la common law. Cette prérogative de la Couronne tire son origine du profond Moyen-Âge. Elle attribue au chef de l'État la capacité d'engager le Royaume dans un conflit armé. Reconnue par les tribunaux, celle-ci a été incorporée aux sources non écrites de common law. Au Royaume-Uni, ces règles relatives à la guerre et à la paix peuvent être confirmées, modifiées ou abrogées par des lois du Parlement (*statutes*), et ce, conformément aux principes de suprématie législative et de souveraineté du Parlement.

Il en va généralement de même au Canada, mais, sous réserve du partage des compétences. Ainsi, les prérogatives royales sont des règles de common law modifiables par le « législateur » compétent, c'est-à-dire, soit le législateur fédéral, le législateur provincial (entité fédérée) ou, encore, le pouvoir constituant chargé des lois constitutionnelles. Or, plusieurs indices laissent croire que la prérogative royale de déclarer la guerre serait une règle de common law de rang supralégislative au Canada et, par le fait même, une norme constitutionnelle non écrite. En effet, cette portion de la prérogative royale aurait été vraisemblablement constitutionnalisée sous l'effet de l'article 15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce dernier attribue à la Reine « le commandement en chef des milices de terre et de mer et de toutes les forces militaires et navales⁵. » Autrement dit, en inscrivant une partie de la prérogative royale à l'article 15, le pouvoir constituant de 1867 (en l'occurrence, le Parlement de Westminster) aurait

⁴ *Attorney-General of Canada v. Attorney-General of Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326.

⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 15 ; Philippe Lagassé, *How Should Canada's Parliament Decide Military Deployments? Lessons from the United Kingdom*, Canadian Defence & Foreign Affairs Institute, Calgary, 2013, p. 6.

placé le pouvoir de l'exécutif d'engager les forces armées dans un conflit hors de la portée du législateur canadien « ordinaire ». Sur ce plan, le Canada se serait donc distancié du légicentrisme britannique. Par conséquent, seule une très improbable révision formelle de la Constitution, suivant les procédures complexes de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, permettrait de restreindre formellement le monopole de l'exécutif en cette matière.

Sans trancher la question de savoir si cette prérogative est de rang législatif ou constitutionnel, les tribunaux canadiens ont récemment eu l'occasion de reconfirmer les pouvoirs de l'exécutif en cette matière. À l'occasion des affaires *Blanco* et *Turp*⁶, alors que le gouvernement fédéral de Jean Chrétien devait choisir d'intervenir ou non en Irak à la demande du gouvernement de George W. Bush, les tribunaux ont rappelé l'existence de cette prérogative royale, devenue *de facto* celle de l'exécutif, de déclarer la guerre et de déployer les forces armées.

iii. Une prérogative neutralisée par des conventions constitutionnelles

[...]

Au Royaume-Uni et au Canada, la consultation du Parlement, plus précisément de la Chambre des communes, est une pratique relativement récente. Cette dernière repose non pas sur le droit formel, mais bien seulement sur des « conventions constitutionnelles⁷ », soit des règles politiques non écrites. Ces conventions jouent un rôle fondamental dans le parlementarisme de type britannique. Il s'agit d'usages dont la raison d'être et l'effet politiquement contraignant sont reconnus. Les conventions encadrent l'exercice des prérogatives de l'exécutif, de manière à arrimer le droit positif avec les valeurs dominantes de l'époque. Parce qu'elles viennent, en quelque sorte, « contredire », ou, à tout le moins, fortement nuancer les règles juridiques, les conventions constitutionnelles ne peuvent se cristalliser en règle de droit.

Non justiciables devant les tribunaux en raison de leur nature politique, les conventions constitutionnelles qui encadrent les relations entre le gouvernement et le Parlement n'ont officiellement pas pour effet de restreindre l'étendue des prérogatives de l'exécutif et de la Couronne. Il en résulte inévitablement un décalage entre, d'une part, un droit formel ne limitant en rien la prérogative royale et, d'autre part, des usages politiques qui, « en pratique », établissent d'autres règles du jeu.

Dans le cas particulier de la consultation du Parlement sur les opérations militaires, la nature non écrite de la convention ainsi que le caractère relativement récent de celle-ci ont par ailleurs pour conséquence

⁶ *Blanco c. Canada*, 2003 CF 263 ; *Turp c. Chrétien*, 2003 CF 301.

⁷ Patrick Taillon, « Une Constitution en désuétude. Les réformes paraconstitutionnelles et la “déhiérarchisation” de la Constitution au Canada », dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez (dir.), *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, actes du colloque du 9 et 10 octobre 2014 organisé par la Chaire de droit et gouvernance de la santé de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 2016, p. 297 ; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 48 et par. 1.161.

d'accroître son imprécision et les doutes sur le sens exact de son contenu. Par exemple, au Royaume-Uni, il existe une certaine controverse au sujet du domaine d'application de l'obligation conventionnelle de consulter le Parlement⁸. Si l'on peut trouver des traces d'une convention dans le *Cabinet Manual*⁹ selon laquelle les déclarations de guerre doivent être soumises à la Chambre des communes, des doutes persistent quant à savoir si cette convention vise toutes les opérations de sécurité, incluant celles ne nécessitant pas de déclaration de guerre. Néanmoins, depuis les déploiements britanniques de 2003 en Irak, un fort courant milite pour une interprétation la plus large possible de cette obligation conventionnelle de l'exécutif de consulter le Parlement.

Cette interprétation semble d'ailleurs avoir été confirmée par le précédent de 2013, lorsque le gouvernement Cameron a consulté la Chambre des communes sur un éventuel déploiement en Syrie. Une majorité de parlementaires ayant refusé de soutenir cette opération, le premier ministre David Cameron a respecté l'issue du vote de la Chambre et a, par le fait même, confirmé la convention ainsi que le caractère politiquement contraignant de ce veto des Communes¹⁰. Certes, le fait de composer avec un gouvernement de coalition et un Parlement, où le parti du premier ministre ne bénéficiait que d'une minorité de sièges, a très certainement influencé le choix de l'exécutif de se conformer au vote formellement « consultatif » du Parlement. Néanmoins, ce précédent risque de peser lourd à l'avenir en faveur d'une interprétation élargie de la convention à l'ensemble des interventions militaires.

Au Canada, la Chambre des communes est également de plus en plus impliquée. Toutefois, contrairement au Royaume-Uni, nous sommes davantage en présence de nouveaux usages qui n'ont pas encore été suffisamment reconnus par les responsables politiques pour produire l'effet politiquement contraignant associé aux conventions. Tout au plus, parle-t-on d'une pratique, laquelle se transformera peut-être un jour en convention.

Dans les faits, la consultation facultative ou *ad hoc* de la Chambre des communes s'est développée progressivement, et avec plus ou moins de constance. Il faut dire que, dès la première déclaration de guerre de la « Couronne canadienne » (10 septembre 1939), la Chambre des communes a été

⁸ Par exemple, Alexander Bolt et Philippe Lagassé ne s'entendent pas parfaitement sur la nature et sur la portée de cette convention : Alexander Bolt, « The "convention" to consult parliament on decisions to deploy the military: a political mirage », dans Michel Bédard et Philippe Lagassé (dir.), *La Couronne et le Parlement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015 p. 162 ; Philippe Lagassé, *How Should Canada's Parliament Decide Military Deployments? Lessons from the United Kingdom*, Canadian Defence & Foreign Affairs Institute, Calgary, 2013, p. 5-6.

⁹ Les plus récentes évolutions quant à l'exercice de la prérogative royale ont débuté en 2007, alors que le premier ministre Gordon Brown était en fonction. Elles sont ainsi résumées dans le *Cabinet Manual* : « In 2011, the Government acknowledged that a convention had developed in Parliament that before troops were committed the House of Commons should have an opportunity to debate the matter and said that it proposed to observe that convention except when there was an emergency and such action would not be appropriate. » Cabinet Office, *The Cabinet Manual*, London, Cabinet Office, October 2011, ref. 406 764/1011, art. 5.38 ; Andrew Blick, « Emergency powers and the withering of the Royal Prerogative », *The International Journal of Human Rights*, vol. 18, n° 2, 2014, p. 206.

¹⁰ Philippe Lagassé, *How Should Canada's Parliament Decide Military Deployments? Lessons from the United Kingdom*, Canadian Defence & Foreign Affairs Institute, Calgary, 2013, p. 5-6.

impliquée¹¹. Ce précédent est longtemps resté un cas isolé. La guerre de Corée (1950), les déploiements au Kosovo (1998) ou les déploiements initiaux en Afghanistan (2001) ont, par la suite, tous été entrepris sans que la Chambre des communes soit consultée¹². En définitive, il a fallu attendre les interventions conduites sous le gouvernement conservateur de Stephen Harper, notamment le prolongement de la mission en Afghanistan de même que la mission Kandahar de 2008¹³, l'intervention en Libye en 2011¹⁴, l'intervention en Irak en 2014¹⁵, puis les frappes aériennes en Syrie en 2015¹⁶ pour qu'un usage constant puisse enfin se former. Paradoxalement, c'est par l'action de l'un des gouvernements les plus bellicistes que la consultation du Parlement est devenue systématique, comme si l'intervention dans des conflits de plus en plus violents s'accompagnait du besoin croissant de légitimer l'action par les parlementaires¹⁷.

L'analyse de la politique étrangère du Canada sous les gouvernements Pearson, Trudeau, Mulroney ou Chrétien semble démontrer que c'est lorsque la politique canadienne a été la plus idéaliste ou pacifiste qu'elle s'est le moins appuyée sur le Parlement.

Les précédents établis sous le régime conservateur ont d'ailleurs été respectés par le gouvernement libéral de Justin Trudeau lors de l'annonce de la nouvelle mission du Canada en Syrie en 2016.

La Chambre des communes a en effet entériné cette mission le 8 mars 2016. En tout, 178 députés ont voté pour sa conduite alors que 147 s'y sont opposés. Les nouvelles orientations du gouvernement Trudeau avaient pour but de mettre fin aux frappes aériennes, tout en augmentant le nombre d'effectifs terrestres¹⁸.

¹¹ Michel Rossignol, *Conflits internationaux : Le rôle du parlement, la loi sur la défense nationale et la décision d'envoyer des troupes*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires politiques et sociales, 1992, p. 2-3.

¹² Philippe Lagassé, *How Should Canada's Parliament Decide Military Deployments? Lessons from the United Kingdom*, Canadian Defence & Foreign Affairs Institute, Calgary, 2013, p. 2 ; Michael Dewing et Corinne McDonald, *Déploiement à l'étranger des forces canadiennes : rôle du Parlement*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service d'information et de recherche parlementaire, 2006, appendice 1 (page consultée le 20 mai 2016).

¹³ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., 13 mars 2008, « Initiatives ministérielles. L'Afghanistan », p. 1200 (M. Peter MacKay).

¹⁴ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 41^e légis., 14 juin 2011, « Initiatives ministérielles. La Libye », p. 1015 (M. John Baird).

¹⁵ Le 7 octobre 2014, les Communes ont voté à 157 contre 134 en faveur d'un déploiement en Irak dans le but de contrer l'expansion de l'État islamique. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 41^e légis., « Initiative ministérielle. La contribution militaire à la lutte contre l'EIIL », p. 2055 (M. John Baird).

¹⁶ Le 30 mars 2015, les parlementaires canadiens ont voté en faveur de l'expansion de la mission en Irak vers la Syrie (142 pour et 129 contre), autorisant, du même souffle, les premières frappes aériennes en Syrie. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 41^e légis., « Initiative ministérielle. Contribution militaire contre l'EIIL », 30 mars 2016, p. 2045 (M. Rob Nicholson).

¹⁷ Voir, à ce sujet, l'article suivant, qui explique en détail l'évolution historique du rôle du Parlement du Canada en matière de politique étrangère : Gerald J. Schmitz, « Les livres blancs sur la politique étrangère et le rôle du Parlement du Canada Un paradoxe qui n'est cependant pas sans potentiel », (2006) 37 (1) *Études internationales* 91-120.

¹⁸ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 42^e légis., « Initiative ministérielle. La contribution canadienne aux efforts de combat contre l'EIIL », 8 mars 2016, p. 1525 (M. Justin Trudeau).

2. Juger la guerre : un contrôle de faible intensité

La coexistence au Canada de quelques fragments de textes constitutionnels anciens et de sources non-écrites, au premier chef la prérogative royale, laisse au juge un espace ou une marge de manœuvre interprétative considérable. Il revient en effet à ce dernier d'introduire une forme de rationalité entre l'ensemble de ces sources. Or, dans le domaine de la guerre et de la paix, la jurisprudence canadienne se cherche. Les décisions sont rares et le contrôle qui y est timidement exercé. Le juge reste à bien des égards hésitants à intervenir dans des dossiers hautement politiques et directement associés à des impératifs de sécurité.

Cette hésitation jurisprudentielle, elle se déploie autour de deux questions. Il y a premièrement celle de la justiciabilité [*Titre A.*] et celle de l'objet du contrôle [*Titre B.*] qui dicte en quelque sorte l'intensité ou la déférence avec laquelle le juge intervient en ces matières.

A. La justiciabilité

Définition de la justiciabilité et des critères d'intérêt pour agir au Canada [...]

Depuis les années 1970, les tribunaux ont progressivement élargi les critères entourant la qualité pour agir dans l'intérêt public. Ils l'ont fait dans différents dossiers, le plus souvent des dossiers liés à l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés. Certains de ces dossiers touchaient directement à des questions relatives à la sécurité et à l'engagement du Canada dans des conflits armés.

- Arrêt Opération Dismenle [...]
- Aleksic [...]
- Affaire Turp c. Chrétien [...]

De ces décisions, il est désormais possible de dresser un certain nombre de constats. Contrairement au droit américain, les tribunaux canadiens semblent avoir rejeté la théorie des questions politiques, du moins, à l'étape de l'analyse de la recevabilité et de la justiciabilité d'une requête. Certes, la Cour suprême reconnaît qu'il existe des questions politiques pour lesquelles il n'est pas approprié de répondre. Néanmoins, comme en témoigne le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, la Cour suprême préfère trancher les aspects juridiques de la question qui lui est soumise et s'abstenir de répondre aux aspects les plus politiques. Ainsi, la théorie des questions politiques conserve une certaine influence en droit canadien, mais non pas à l'étape de l'analyse de la justiciabilité d'une affaire, mais plutôt dans l'évaluation du degré de retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'endroit de certaines questions.

- Illustration affaire Turp [...]

A. L'objet du contrôle

L'intensité avec laquelle est exercée le contrôle judiciaire des actes de l'exécutif qui découle de la guerre est généralement marqué par la retenue et la plus grande déférence. Même si en principe un tel contrôle

est possible, il faut bien admettre qu'en pratique les tribunaux évite de s'ingérer dans ces décisions de « haute politique ».

- Faible contrôle de la prérogative royale, en général (au-delà de la prérogative de déclarer la guerre), par comparaison avec les pouvoirs « statutaires », c'est-à-dire ceux prévus et encadrés par une législation spécifique [...]
- Choix du Royaume-Uni d'encadrer la prérogative par convention grandement motivé par une volonté d'éviter l'adoption d'une loi (*statute*) qui pourrait servir d'encre par la suite à un interventionnisme judiciaire accru [...]
- Question de « haute politique » : analogie avec les immunités/responsabilités de l'État [...]

Dans ce contexte, la décision d'engager le Canada dans un conflit armé est une décision qui peut difficilement faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

En revanche, sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux canadiens ont admis qu'un contrôle judiciaire était exceptionnellement possible.

- L'arrêt *Operation Dismantle* [...]
- L'affaire *Khadr*

Le dénouement de ces affaires est par ailleurs fort révélateur d'un contraste entre une requête visant des décisions gouvernementales politiques et de portée générale (Opération Dismantle) et des fautes dans la conduite de la guerre ayant des conséquences individualisées et individualisables (*Khadr*). Cette jurisprudence encore embryonnaire est révélatrice d'un potentiel de développement du contentieux plus important en ce qui concerne le un contrôle concret de la manière dont est conduite la guerre par opposition au contrôle de la décision de l'entreprendre.