

Les pratiques anticonstitutionnelles

Rapport Canada (Québec)

Patrick Taillon

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Avis aux lecteurs

Le présent résumé n'a pas vocation à être cité ou publié. Il ne s'agit que d'une version préliminaire, 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 caractères 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 interrompt parfois les développements.

La Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Par ces mots, le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹ consacre l'une des principales conséquences du constitutionnalisme : la primauté des normes constitutionnelles sur les autres règles de droit. Cette primauté exprime plus largement l'exigence suivant laquelle l'exercice du pouvoir doit se conformer aux règles supralégislatives qui forment le « bloc de constitutionnalité² ».

Pour autant, l'affirmation de cette exigence ne garantit évidemment pas son respect effectif. Entre la primauté proclamée et les pratiques effectives, il peut se creuser un écart dont l'importance, les manifestations et les conséquences varient.

Au Canada, l'analyse de cet écart est compliquée par les caractéristiques particulières **d'un constitutionnalisme largement tempéré par le modèle institutionnel de Westminster**. Des changements constitutionnels majeurs ont été

1

²L'expression « bloc de constitutionnalité » est ici un emprunt à la doctrine française. Même si elle ne trouve guère d'écho dans la doctrine au Québec et au Canada, le droit constitutionnel canadien a toujours été composé d'un ensemble de sources dispersées qui dépassent largement la définition explicite de la Constitution formelle que l'on retrouve au paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que l'on retrouvait jadis au paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*.

le fruit d'évolutions lentes et informelles, et ce, en continuité avec la tradition britannique. Comme l'a montré Amélie Binette³, il en résulte un « constitutionnalisme hybride⁴ », dans lequel le droit constitutionnel formel ne suffit pas à rendre compte du fonctionnement réel des institutions.

Pour des raisons historiques que nous avons examinées dans une précédente édition de l'Annuaire⁵, cette situation a notamment favorisé une forte dépendance à l'égard de modes d'évolution « informels » de la Constitution. Souvent incapables de mener à terme des réformes du droit formel, les responsables politiques de la fédération canadienne sont passés maîtres dans l'art de miser sur des voies de contournement.

Plusieurs de ces transformations conduisent au développement, en marge du droit formel, de ce que nous qualifions, avec d'autres⁶, de changements paraconstitutionnels. Anciens, nombreux et parfois indispensables au fonctionnement de la démocratie parlementaire et du fédéralisme canadien, **ces mécanismes d'évolution informelle occupent une place névralgique**. Dans un célèbre avis de 1981, les juges Marland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer affirment que les conventions qui résultent de ces pratiques et évolutions informelles « peuvent être plus importantes que certaines lois⁷ ».

Ces pratiques qui mènent à des évolutions paraconstitutionnelles présentent une caractéristique qui les rapproche de la problématique des « pratiques anticonstitutionnelles » proposée dans le cadre de la présente Table ronde : elles comportent **une dimension *contra legem***. Cette contradiction entre le droit formel et les pratiques paraconstitutionnelles doit cependant être bien comprise et bien définie. Elle ne signifie pas nécessairement qu'une pratique rend obligatoire ce qu'une règle constitutionnelle interdit ni que les deux prescriptions sont logiquement impossibles à respecter simultanément. Elle peut prendre des formes plus subtiles : limiter politiquement l'exercice d'un pouvoir que le droit confère pourtant dans des termes beaucoup plus larges ; déplacer l'exercice effectif d'une compétence ;

3

⁴À la différence du Royaume-Uni ou de la Nouvelle-Zélande, qui présentent aussi des caractéristiques institutionnelles très similaires, le Canada est doté d'une Constitution rigide et formelle.

5

6

⁷ Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 883-884.

neutraliser les effets attendus d'une règle ; ou encore institutionnaliser, par des voies non prévues par le droit formel, un résultat qui s'écarte de sa fonction traditionnelle.

La particularité du Canada tient moins à l'existence de tels phénomènes qu'à leur importance cumulative. **Par leur ancienneté, leur fréquence et leur rôle dans le fonctionnement quotidien des institutions, certaines pratiques *contra legem* ont franchi un véritable effet de seuil.** L'accumulation quantitative a produit une transformation qualitative : des pratiques qui auraient pu demeurer des écarts ponctuels sont devenues des composantes durables du fonctionnement des institutions. Dans certains domaines, les normes paraconstitutionnelles occupent ainsi une place centrale, voire constituent la clé de voûte du fonctionnement réel d'institutions dont le droit formel ne donne qu'une image très imparfaite.

Cette institutionnalisation est d'autant plus remarquable qu'elle n'opère pas substitution ou abrogation des règles de droit positif. Le droit formel ne disparaît pas nécessairement sous l'effet de la pratique nouvelle. **Les deux normativités doivent au contraire coexister et se superposer.** Le droit continue d'attribuer une compétence ou de reconnaître une faculté à un organe (par exemple, au roi), tandis qu'une norme paraconstitutionnelle en prescrit un exercice différent, sous la dictée d'un tiers (le premier ministre), et lui interdit d'agir de sa propre initiative. Un ensemble de distinctions et de mécanismes, notamment en matière de justiciabilité et de sanction, permet alors à la pratique *contra legem* de subsister sans que la norme juridique formelle soit pour autant abrogée ou remplacée. S'est ainsi développé un certain savoir juridique permettant de circonscrire, avec une constance et une clarté variables, l'espace dans lequel de telles pratiques peuvent coexister avec le droit constitutionnel formel.

Ce paradoxe — des pratiques contraires au droit formel qui participent néanmoins au fonctionnement normal des institutions — invite à **se méfier d'une conception trop univoque de l'anticonstitutionnalité.** L'expression possède une force intuitive certaine, mais elle recouvre un éventail très vaste de situations. Aussi, risque-t-elle, si elle est employée sans autre distinction, de réunir sous une même qualification des phénomènes juridiquement fort différents : une violation manifeste d'une prescription constitutionnelle, l'exercice contesté d'un pouvoir discrétionnaire, le contournement de la finalité ou de l'esprit d'une règle, etc.

Le présent rapport part donc de la catégorie englobante des « pratiques anticonstitutionnelles », mais entend en éprouver les contours. Il s'agira dans un premier temps de déterminer dans quelles conditions une pratique peut juridiquement recevoir cette qualification. L'anticonstitutionnalité n'est pas toujours une propriété immédiatement observable : sa qualification suppose plusieurs

opérations préalables relatives à l'identification de la norme de référence, à son interprétation, à sa mise en œuvre, à sa justiciabilité et aux mécanismes susceptibles d'en sanctionner la méconnaissance. Ces éléments ne viennent d'ailleurs pas seulement après la constatation d'une irrégularité. Ils influencent les conditions dans lesquelles une pratique divergente peut apparaître, persister et éventuellement s'institutionnaliser.

C'est précisément cette possibilité d'institutionnalisation de la pratique anticonstitutionnelle qui, dans un deuxième temps, orientera l'analyse vers un sous-ensemble particulièrement important au Canada : les pratiques qui, malgré leur dimension *contra legem*, réussissent à acquérir une normativité propre et à fonctionner parallèlement au droit constitutionnel formel. Le passage de la pratique anticonstitutionnelle à la norme paraconstitutionnelle constitue ainsi l'un des phénomènes les plus singuliers — et les plus révélateurs — du constitutionnalisme canadien.

I. Les conditions de possibilité de la qualification d'anticonstitutionnalité

Dire d'une pratique qu'elle est « anticonstitutionnelle » semble, au premier regard, appeler une opération relativement simple : identifier une exigence constitutionnelle, observer le comportement d'un acteur et constater la contrariété de l'un avec l'autre. L'expression masque pourtant **une série d'opérations intellectuelles préalables** qu'il importe de distinguer, chacune soulevant des difficultés propres. Il faut d'abord déterminer la norme de référence, en préciser le sens et la portée, puis apprécier la manière dont elle s'applique au comportement en cause. Il faut encore tenir compte de son degré de justiciabilité, de l'existence d'une autorité susceptible d'en sanctionner la violation et, plus largement, de la marge de manœuvre que le droit laisse aux institutions chargées de l'interpréter et de la mettre en œuvre.

La catégorie des « pratiques anticonstitutionnelles » oblige ainsi à déplacer quelque peu le regard habituel du constitutionnaliste. Le principe de primauté conduit spontanément à raisonner à partir de l'obligation de conformité : le droit constitutionnel fixe des contraintes auxquelles les pouvoirs publics doivent se soumettre. L'étude des pratiques anticonstitutionnelles conduit à regarder l'autre face du problème, celle de l'effectivité. L'existence d'une prescription juridique ne garantit jamais, par elle-même, que les pratiques institutionnelles s'y conformeront. Il faut donc se demander ce qui advient lorsque la conduite réelle s'écarte de la prescription et, surtout, quels mécanismes permettent de constater, de corriger ou de tolérer cet écart.

A. Justiciabilité et sanction : les conditions de persistance des pratiques anticonstitutionnelles

L'existence et la nature de la sanction jouent à cet égard un rôle déterminant. Elles ne constituent pas seulement la conséquence éventuelle d'une qualification d'inconstitutionnalité déjà acquise. Elles influencent également l'espace dans lequel une pratique contraire au droit peut apparaître et, surtout, subsister. Une règle assortie d'un contrôle juridictionnel facilement accessible et d'une sanction effective n'est pas exposée de la même manière aux pratiques divergentes qu'une norme dont la violation demeure soustraite, totalement ou partiellement, au contrôle des tribunaux.

Trois configurations peuvent, à ce stade, être distinguées.

Premièrement, certaines normes constitutionnelles sont, en raison de leur nature ou de leur régime, non justiciables ou dépourvues de sanction juridictionnelle directe. Au Canada, les normes de cette nature se sont multipliées et institutionnalisées au fil du temps. Leur violation peut être constatée, critiquée ou politiquement sanctionnée, mais elle ne conduit pas à l'intervention d'un tribunal chargé d'en imposer le respect. Il se crée alors un espace dans lequel les pratiques anticonstitutionnelles peuvent subsister parallèlement à la règle juridique. Elles se logent ainsi **à l'angle mort de la justiciabilité et de la sanction juridique** et elles y trouvent un terrain propice à leur développement. La pratique survit parce que le juge ne peut pas la sanctionner.

Deuxièmement, une norme peut être pleinement justiciable et susceptible de sanction, tout en faisant l'objet d'une interprétation qui accommode ou autorise une pratique contestée ou contestable. La question devient alors plus délicate : le désaccord ne porte plus seulement sur le respect d'une règle dont le contenu serait évident, mais sur la détermination même de ce qu'elle exige. Une forme de **caution interprétative** peut ainsi permettre à une pratique contestée de se maintenir, soit parce qu'elle est considérée comme compatible avec le droit, soit parce que l'autorité chargée d'en assurer le respect retient, parmi plusieurs interprétations possibles, celle qui préserve la pratique. Un écart subsiste alors dans la marge que l'interprétation ménage à l'autorité chargée de contrôler la conformité au droit. Dans ces circonstances, la pratique peut survivre parce que le juge qui pouvait intervenir la laisse subsister. Au Canada, cette deuxième configuration existe, mais elle joue un rôle beaucoup moins structurant que la première, dans laquelle les pratiques anticonstitutionnelles se logent à l'angle mort de la justiciabilité.

Troisièmement, entre ces deux pôles existent de nombreuses situations mitoyennes dans lesquelles la justiciabilité ou la sanction n'est que partielle. Une question peut être justiciable sous certains aspects et laissée à la responsabilité politique sous d'autres ; le juge peut reconnaître l'existence d'une pratique sans accepter d'en sanctionner directement la violation ; certains remèdes peuvent enfin demeurer indisponibles, même lorsqu'une irrégularité est constatée. Ces configurations hybrides combinent, à des degrés variables, une sanction atténuée ou inexistante et des incertitudes interprétatives.

Au Canada, lorsqu'une évolution paraconstitutionnelle se consolide au fil du temps, il arrive que le juge reconnaisse son existence et son importance tout en rappelant qu'il revient aux responsables politiques et, ultimement, aux électeurs d'en assurer le respect ou d'en sanctionner la violation.

Ces trois configurations permettent de mieux situer les espaces dans lesquels des pratiques divergentes peuvent apparaître et subsister, sans suffire pour autant à expliquer leur éventuelle transformation en normes paraconstitutionnelles. L'absence de sanction juridictionnelle ne suffit évidemment pas à transformer une pratique divergente en norme paraconstitutionnelle durable. Et, inversement, l'existence d'un recours ne garantit ni une interprétation univoque ni un respect effectif du droit. La qualification d'anticonstitutionnalité demeure tributaire de plusieurs opérations qui précèdent ou accompagnent la sanction.

B. Les marges de qualification : interprétation, mise en œuvre et discrétion

La première de ces opérations intellectuelles préalables est l'interprétation. Le texte constitutionnel constitue le support d'une norme dont le contenu ne se révèle pleinement qu'au terme d'un travail interprétatif. Or, lorsque plusieurs significations demeurent juridiquement défendables, ce qui est présenté par certains comme une pratique anticonstitutionnelle peut apparaître, pour d'autres, comme l'exercice d'une option que le droit n'exclut pas.

Cette difficulté affecte directement le degré de certitude avec lequel le constitutionnaliste peut porter son jugement. La qualification est relativement aisée lorsqu'une règle impose clairement une conduite et que la pratique lui oppose son contraire. Elle devient plus délicate lorsque le débat porte sur le sens de la règle, sur l'étendue d'un pouvoir, sur la frontière entre la lettre et la finalité de la norme ou sur les conséquences qu'il convient de tirer de principes plus généraux. L'expression « pratiques anticonstitutionnelles » ne permet donc pas d'échapper aux controverses interprétatives ordinaires du droit constitutionnel ; elle en dépend.

Une difficulté voisine résulte de l'application et de la mise en œuvre des normes. Entre l'édiction d'une règle générale et ses effets concrets interviennent des institutions chargées de l'exécuter, lesquelles disposent souvent d'une marge d'appréciation. Sans modifier formellement la norme, les choix relatifs à son application peuvent en accentuer, en atténuer ou parfois en neutraliser certains effets. L'écart éventuel entre le droit prescrit et le droit effectivement mis en œuvre ne saurait donc toujours être attribué à une contradiction frontale entre deux normes; il peut également résulter de la manière dont les compétences d'exécution sont exercées. La qualification de l'écart peut alors elle-même prêter à débat.

[... à venir... ajout des exemples de résistance des provinces, Québec et Colombie-Britannique dans l'exercice de leur pouvoir d'introduire des poursuites criminelles et pénales et leur stratégie de légalisation de facto de l'IVG (Québec, 1976-77) ou de décriminalisation des drogues (Colombie-Britannique, années 2010)...]

Ces considérations ne commandent pas d'ouvrir ici un chantier sur une théorie générale de l'interprétation et de l'application du droit. Elles imposent toutefois une réserve méthodologique : **la distance entre le texte constitutionnel et la pratique institutionnelle est médiatisée à la fois par l'interprétation juridictionnelle et la mise en œuvre exécutive.** Une analyse qui prétend identifier des pratiques anticonstitutionnelles doit donc rester consciente de cette zone d'incertitude, particulièrement lorsque la norme de référence est elle-même contestée.

La difficulté est encore accentuée par les **conceptions différentes que l'on peut se faire du pouvoir discrétionnaire** dans un ordre fondé sur le constitutionnalisme et la primauté du droit. Deux représentations, volontairement schématiques, permettent d'en mesurer l'incidence⁸.

Selon une **première conception**, le droit délimite **un espace de contraintes** à l'intérieur duquel **subsiste une véritable marge d'opportunité**. Le pouvoir discrétionnaire n'est évidemment ni arbitraire ni affranchi du droit : il doit respecter les conditions de son habilitation, la finalité de la règle attributive de compétence et les autres exigences juridiques applicables. Mais, une fois ces limites respectées, le décideur conserve une liberté lui permettant de tenir compte de considérations économiques, sociales, scientifiques ou politiques qui ne sont pas entièrement déduites de l'ordre juridique lui-même. Le droit fixe les frontières de l'action; il ne dicte pas nécessairement chacun des choix qui peuvent légitimement être effectués à l'intérieur de celles-ci.

Selon une **seconde conception**, plus proche du nouveau constitutionnalisme fondé sur les principes ou de certaines conceptions de la common law comme « raison pratique⁹ », **l'ensemble de l'ordre juridique semble gouverné, orienté et guidé par la rationalité de l'ordre juridique**. Les principes, les valeurs et les fondements constitutionnels ne se contenteraient pas de fixer des limites externes à l'exercice du pouvoir ; ils contribueraient également à déterminer la manière dont les marges de manœuvre laissées aux acteurs institutionnels doivent être raisonnablement exercées. La discrétion devient alors, dans une certaine mesure, une opération de concrétisation des principes juridiques : le décideur ne choisit pas seulement entre plusieurs options politiquement opportunes ; il doit rechercher celle qui s'accorde le mieux avec les exigences générales de l'ordre constitutionnel¹⁰.

La différence entre les deux conceptions n'est pas sans effet sur l'extension même de la catégorie des pratiques anticonstitutionnelles. Plus l'espace discrétionnaire est juridiquement densifié par des principes, des valeurs ou une certaine conception de la cohérence et de la rationalité du droit, plus le nombre de conduites susceptibles d'être présentées comme contraires à la Constitution augmente. À l'inverse, une conception qui reconnaît, à l'intérieur de limites juridiques déterminées, un véritable espace de décision politique tend à circonscrire plus étroitement l'anticonstitutionnalité.

L'usage du concept de « pratiques anticonstitutionnelles » dépend donc en partie des présupposés de l'observateur quant à la frontière entre le droit et l'opportunité politique, et plus largement de la conception qu'il se fait de l'étendue et de l'intensité des contraintes juridiques.

C. De la contrariété à la condamnation : dissocier la qualification juridique de l'évaluation politique

Une difficulté supplémentaire tient à la charge ou à la connotation négative du terme lui-même. Qualifier une pratique d'« anticonstitutionnelle » comporte nécessairement une appréciation de sa conformité au droit. À cette évaluation juridique peut toutefois s'ajouter, chez certains observateurs, une charge politique ou morale. Une confusion risque alors de s'installer entre **le rapport d'une pratique aux normes constitutionnelles**, d'une part, et **l'appréciation politique ou morale que l'on porte sur ces pratiques**, d'autre part.

9

10

Parmi plusieurs pratiques possibles, certaines sont considérées comme préférables à d'autres. La littérature sur les *best practices* repose sur une forme d'évaluation comparative parmi différentes options possibles. Or, entre une conduite que l'on juge souhaitable, une pratique qui paraît peu respectueuse de l'esprit institutionnel, une décision politiquement contestable et une conduite véritablement contraire à une exigence constitutionnelle, la frontière n'est pas toujours facile à tracer. Plus la qualification repose sur une conception générale de l'« esprit » de la Constitution ou sur une éthique des comportements institutionnels, plus s'accroît le risque de faire entrer dans la catégorie juridique de l'anticonstitutionnalité ce qui relève plutôt d'un jugement sur les bonnes pratiques.

Les travaux consacrés au ***constitutional hardball*** illustrent cette difficulté. Dans sa formulation initiale (chez Tushnet), le concept vise notamment des conduites qui demeurent dans les limites de la doctrine constitutionnelle applicable, tout en poussant agressivement les pouvoirs et les arrangements institutionnels à leurs limites afin de modifier des rapports de force ou des compréhensions constitutionnelles établies. Des développements ultérieurs, notamment chez Fishkin et Pozen¹¹, ont davantage insisté sur le caractère stratégique de ces pratiques et sur leur capacité, dans certains cas, à consolider durablement l'avantage politique ou institutionnel de ceux qui y recourent.

Le *constitutional hardball* ne saurait donc être assimilé à l'anticonstitutionnalité. Sa singularité tient précisément à ce qu'il peut prendre appui sur des pouvoirs juridiquement disponibles et demeurer, dans un sens strict, conforme au droit positif. Il constitue davantage un bras de fer constitutionnel qu'une catégorie définie par la contrariété à une norme juridique. Une pratique peut ainsi être politiquement agressive, institutionnellement déloyale ou fortement contestable sans être juridiquement anticonstitutionnelle.

Inversement, une pratique véritablement *contra legem* n'est pas nécessairement, pour cette seule raison, institutionnellement néfaste. Cette proposition est particulièrement importante pour comprendre l'expérience canadienne. Certaines pratiques qui ont limité ou déplacé l'exercice de pouvoirs que le droit formel continuait de reconnaître ont contribué, avec le temps, à l'établissement d'acquis en ce qui concerne l'indépendance du Canada du Royaume-Uni, la consolidation du fédéralisme et de la démocratie parlementaire.

II. L'institutionnalisation du *contra legem* : la paraconstitutionnalité canadienne

La distinction entre contrariété juridique et condamnation politique ou morale prend une importance particulière au Canada. Plusieurs transformations qui ont contribué à moderniser le fonctionnement des institutions ne se sont pas réalisées par la modification du droit constitutionnel formel, mais par l'établissement progressif de pratiques qui en ont limité, déplacé ou neutralisé certains effets. Le développement du gouvernement responsable, l'encadrement de l'exercice des pouvoirs de la Couronne ou encore certaines formes de coopération fédérative offrent autant d'illustrations d'évolutions informelles dont il serait difficile de nier aujourd'hui l'importance dans le fonctionnement du régime. Leur caractère éventuellement *contra legem* n'implique donc pas, à lui seul, qu'elles doivent être considérées comme institutionnellement néfastes.

L'ancienneté, l'importance et l'effectivité de telles pratiques permettent ainsi d'observer avec une certaine distance la catégorie des « pratiques anticonstitutionnelles ». Au Canada, certaines pratiques contraires au droit formel ne constituent plus des écarts accidentels ou ponctuels : elles se sont stabilisées, ont structuré durablement les comportements des acteurs et sont devenues, dans certains domaines, indispensables au fonctionnement normal des institutions. C'est à cette **institutionnalisation d'une normativité développée en marge du droit constitutionnel formel** que renvoie le concept de paraconstitutionnalité. Cette coexistence est une forme de « pluralisme intra-muros¹² », dans lequel une Constitution officielle, rigide et supralégislative cohabite avec une normativité plus souple, plus effective et juridiquement plus précaire.

A. Une normativité parallèle : la dimension *contra legem* de la paraconstitutionnalité

La notion de paraconstitutionnalité n'est toutefois pas univoque. Johanne Poirier et Jesse Hartery¹³ en retracent la signification en explorant la double étymologie du préfixe *para*. **Dans son acception grecque, celui-ci renvoie à ce qui se situe « à côté », « en parallèle »** : la paraconstitutionnalité désigne alors une voie d'évitement ou de contournement permettant de transformer le paysage constitutionnel sans nécessairement contrevenir au droit formel.

¹²

¹³

Dans son acception latine, *para* renvoie plutôt à ce qui agit « contre » la Constitution : l'évolution informelle n'est plus seulement périphérique ou complémentaire; elle entre en contradiction avec la norme constitutionnelle. Poirier et Harterty considèrent ces deux formes comme « interreliées ».

Sur le plan politique, les évolutions paraconstitutionnelles au Canada sont rarement animées par l'intention de contrevenir à la Constitution. Dans la plupart des cas, elles résultent d'un désir consensuel d'expérimenter de nouvelles pratiques et, surtout, d'un besoin de **surmonter les difficultés procédurales associées à la modification formelle de la Constitution**. Ainsi, certains arrangements complètent, contournent ou restructurent le fonctionnement de la Constitution, mais ils s'efforcent en même temps de préserver — du moins en apparence — l'état du droit positif. Ce qui existe « à côté » ou en parallèle de la Constitution permet ainsi de faire advenir des changements tout en préservant les règles formelles de la Constitution, qui demeurent en vigueur et, en apparence, respectées.

La Cour suprême du Canada nous enseigne néanmoins qu'il y a toujours une dimension *contra legem* à ces pratiques paraconstitutionnelles. Elle en fait même un critère distinctif lorsqu'elle se prononce, en 1981¹⁴, sur la nature et la portée des conventions constitutionnelles. Les juges commencent par distinguer les conventions des règles de common law : les premières ne sont pas des règles judiciaires et leur violation n'appelle pas les sanctions que les tribunaux attachent normalement au non-respect du droit. Ils en donnent ensuite une explication qui rend très explicite cette dimension *contra legem* :

« Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. [...]

Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit d'un genre qui entraînerait la perpétration d'illégalités. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être. »

¹⁴Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 880-881, motifs des juges Marland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer.

Cette analyse met en évidence le mécanisme qui permet à une normativité *contra legem* de se stabiliser sans évincer le droit formel. La contrariété n'implique pas nécessairement deux prescriptions logiquement incompatibles. Le droit formel peut, par exemple, attribuer à un organe (le roi) un pouvoir discrétionnaire étendu, alors que les pratiques paraconstitutionnelles en prescrivent un usage strictement limité par l'avis d'un autre acteur (le premier ministre). **Le pouvoir juridique subsiste officiellement ; son exercice effectif se déplace.** C'est précisément parce que les deux normativités demeurent sur des registres distincts qu'elles peuvent se superposer.

La norme paraconstitutionnelle ne se contente alors plus de compléter le silence de la Constitution : elle impose, dans le fonctionnement effectif des institutions, une conduite qui limite, déplace ou neutralise l'exercice d'une faculté que le droit formel continue pourtant de reconnaître.

Et c'est là que réside une différence fondamentale entre les conventions constitutionnelles — pratiques paraconstitutionnelles par excellence — et les sources non écrites qui appartiennent pleinement au droit positif, telles que la coutume, la common law ou les principes constitutionnels non écrits. Dans le cas particulier de la coutume, les conditions de sa formation sont sensiblement les mêmes que celles d'une convention constitutionnelle : des usages (ou précédents) qui, parce qu'ils reposent sur une raison d'être, produisent un effet contraignant ou font naître chez les destinataires de la norme le sentiment d'être liés. Or, la coutume peut s'insérer dans le droit positif parce qu'elle complète — sans le contredire — le reste du droit positif. Les conventions constitutionnelles, au contraire, restent confinées dans une normativité parallèle ou paraconstitutionnelle en raison de la dimension *contra legem* qui résulte de leur fonction d'autolimitation.

Cette distinction permet également de comprendre pourquoi les normes paraconstitutionnelles ne se transforment pas naturellement, sous l'effet du temps et de la répétition, en règles coutumières ou en règles de common law pleinement intégrées au droit positif. Une pratique qui ne fait que compléter le droit peut, sous certaines conditions, être reçue dans l'ordre juridique. Une pratique *contra legem* pose une difficulté différente : son institutionnalisation suppose précisément que la règle formelle avec laquelle elle entre en tension continue de subsister.

Le caractère non justiciable ou faiblement juridicisé de la norme paraconstitutionnelle n'est donc pas une faiblesse accidentelle qu'une évolution ultérieure devrait nécessairement corriger. Il constitue, au contraire, **l'une des conditions essentielles de sa survie.** Lorsqu'elle possède une dimension *contra legem*, la norme paraconstitutionnelle s'incarne fréquemment dans des instruments

informels dont la faible portée juridique lui permet précisément d'échapper à une déclaration de non-conformité avec la Constitution formelle.

La paraconstitutionnalité ainsi comprise désigne donc moins l'ensemble des sources informelles de la Constitution qu'une configuration plus particulière : **une pratique ou une norme d'origine institutionnelle qui, malgré sa dimension *contra legem*, acquiert une effectivité et une force normative suffisantes pour se superposer durablement au droit constitutionnel formel, sans pouvoir s'y substituer juridiquement.**

B. Les véhicules de la paraconstitutionnalité : des conventions aux ententes intergouvernementales

Le régime de coexistence qui caractérise la relation entre les pratiques paraconstitutionnelles et la Constitution formelle s'incarne dans plusieurs instruments. Au Canada, plusieurs véhicules existent, mais, pour les fins du présent rapport, nous nous attarderons aux deux plus importants. **Les conventions constitutionnelles** accompagnent, depuis au moins le milieu du XIXe siècle, le fonctionnement du régime parlementaire et les rapports avec la Couronne¹⁵. **Les ententes intergouvernementales**, plus étroitement associées au développement contemporain du fédéralisme coopératif, permettent quant à elles aux exécutifs fédéral et provinciaux de coordonner, de déplacer ou de réaménager concrètement l'exercice de leurs compétences. Toutes les ententes ne sont évidemment pas paraconstitutionnelles au sens précis retenu ici. Elles le deviennent lorsqu'elles comportent cette inflexion *contra legem* qui conduit, par l'institutionnalisation d'une pratique ou par une coordination exécutive, à faire évoluer l'exercice des pouvoirs ou l'équilibre des compétences établis par le texte de la Constitution.

Les **conventions constitutionnelles** constituent le plus ancien et le plus emblématique de ces instruments. Héritées de la tradition britannique, elles résultent de pratiques institutionnelles auxquelles les acteurs en viennent à reconnaître un caractère politiquement obligatoire. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution* de 1981, la Cour suprême identifie trois éléments permettant d'en constater l'existence : des précédents, la reconnaissance par les acteurs concernés qu'ils sont liés par ces précédents et, enfin, une raison d'être permettant de distinguer la convention du simple usage. La répétition d'un comportement n'est donc pas suffisante à elle seule : encore faut-il qu'elle s'accompagne de la conviction que la pratique doit être suivie et qu'elle réponde à

une logique institutionnelle identifiable. Lorsqu'une telle reconnaissance se manifeste chez les acteurs concernés, les pratiques politiques deviennent des normes paraconstitutionnelles : leur non-respect n'est pas sanctionné par les tribunaux, mais elles sont néanmoins politiquement contraignantes pour leurs destinataires.

Le fonctionnement de la monarchie parlementaire canadienne offre un terreau fertile aux conventions. Le droit formel attribue encore à la Couronne et à ses représentants (gouverneur général et lieutenant-gouverneur) des pouvoirs considérables. Or, en pratique, les conventions déplacent l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires ou politiques vers le premier ministre ou le gouvernement. Ainsi, les conventions régissent la désignation du premier ministre, les rapports de confiance entre le gouvernement et la chambre élue, ainsi que l'exercice de plusieurs prérogatives liées à la dissolution ou au fonctionnement du Parlement. La fonction même de premier ministre, pourtant au cœur du régime politique, est complètement absente des textes de la Constitution formelle. L'ensemble de ses pouvoirs et de ses fonctions réels ne reposent que sur des conventions.

Hors du fonctionnement de la monarchie parlementaire, plusieurs conventions se rattachent aussi au fonctionnement du fédéralisme. En 1938¹⁶, 1981 et 1982¹⁷, la Cour suprême du Canada est saisie de litiges opposant les provinces et le gouvernement fédéral sur l'existence et l'interprétation de conventions associées au fonctionnement du fédéralisme. D'autres conventions se rattachent à la dualité canadienne (bilinguisme et bijuridisme), comme celle qui veut qu'un francophone succède à un anglophone au poste de gouverneur général du Canada¹⁸.

Enfin, l'indépendance du Canada et, plus largement, les relations entre le Royaume-Uni et le Canada ont été et sont encore régies par plusieurs conventions. En effet, là

¹⁶ Dans *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, [1938] R.C.S. 71, il est question de la limitation par convention du pouvoir de réserve et de désaveu du gouvernement fédéral.

¹⁷ Dans *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, et dans *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, il est davantage question du degré de participation des provinces au processus de rapatriement de la Constitution, c'est-à-dire à l'adoption du *Canada Act 1982*, par lequel le pouvoir de modifier la Constitution est passé des mains du Parlement de Westminster à celles du Parlement fédéral et des législatures provinciales du Canada.

¹⁸ Frédéric Levesque, « [L'alternance au poste de gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle ?](#) », (2007) 37 (2) *Revue générale de droit*, p. 301–343.

où les États-Unis d'Amérique ont réalisé leur indépendance par une révolution introduisant des modifications juridiques formelles, le Canada a progressivement obtenu la sienne par la mise en place de nouvelles « pratiques », dont témoigne la Déclaration de Balfour de 1926. Ces rapports d'égalité entre le Royaume-Uni et le Canada ont été progressivement transposés dans le droit formel par le *Statut de Westminster de 1931* et le *Canada Act 1982*¹⁹. Et même encore aujourd'hui, le maintien de l'union personnelle entre la Couronne du Royaume-Uni et celle des autres royaumes du Commonwealth repose sur des conventions d'assentiment mutuel dont le deuxième considérant du *Statut de Westminster de 1931* fait mention²⁰.

L'ampleur et l'importance des questions régies par des conventions amènent en quelque sorte le juge à les institutionnaliser comme source atypique du droit constitutionnel canadien. Le rôle des tribunaux est ici singulier. **La Cour suprême accepte de constater l'existence d'une convention.** Elle vérifie les précédents, examine la raison d'être et la preuve du sentiment d'être lié par ces précédents. Ce faisant, la Cour suprême contribue à en définir le contenu. Elle peut en valoriser l'importance, mais elle refuse toutefois d'en sanctionner directement la violation comme elle le ferait avec une règle de droit. Le juge reconnaît donc une normativité dont il contribue partiellement à l'institutionnalisation, tout en maintenant une frontière entre sa reconnaissance et son application juridictionnelle. Cette attitude du juge découle de la dimension *contra legem* de la convention, qui infléchit

¹⁹Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 46, la Cour suprême décrit ce processus d'acquisition progressive de l'indépendance du Canada en assumant pleinement l'idée qu'une indépendance politique (ou conventionnelle) a précédé sa reconnaissance juridique. Comme l'écrit la Cour suprême du Canada : « L'évolution du Canada du statut de colonie à celui d'État indépendant a été graduelle. L'adoption par le parlement impérial du *Statut de Westminster de 1931* (R.--U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4, a confirmé en droit ce qui avait été confirmé plus tôt dans les faits par la Déclaration Balfour de 1926, savoir que le Canada était un pays indépendant. » *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 790 et 803.

²⁰Néanmoins, dans l'arrêt *Motard*, la Cour d'appel fait l'erreur, selon nous, de convertir ces règles conventionnelles en principe juridique non écrit en énonçant qu'il existe une règle de symétrie automatique entre la personne qui occupe le poste de chef d'État au Royaume-Uni et au Canada. Cette conversion de la convention constitutionnelle en principe juridique non écrit place désormais le droit positif canadien dans une situation fort différente de celle de l'Australie et du Royaume-Uni. *Motard c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCA 1826, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, C.S.C., no 38986, 23 avril 2020.

l'exercice du pouvoir prévu par la Constitution formelle. Appelé à choisir entre le pouvoir que le droit formel continue d'attribuer et la restriction que lui impose la convention, le tribunal considère qu'il est de son devoir d'appliquer le premier.

Les **ententes intergouvernementales**, parfois qualifiées d'ententes administratives, sont des accords négociés entre les exécutifs fédéral et provinciaux afin de coordonner l'exercice de leurs compétences. Ces ententes ont pour but de répartir des responsabilités administratives ou financières, de mettre en commun certains mécanismes ou d'organiser la prestation de services. À première vue, elles sont une manière de rendre opérationnelle une Constitution dont les compétences sont réparties entre plusieurs ordres de gouvernement. Elles incarnent une forme de « fédéralisme coopératif »²¹.

Parfois, certaines ententes s'imposent comme l'instrument privilégié pour conduire une évolution informelle de la répartition des pouvoirs prévue par la Constitution. Par une voie de contournement qui évite la négociation d'un amendement formel, des ententes réaménagent le partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces. Selon les modalités et le contenu de ces ententes paraconstitutionnelles, elles peuvent conduire à une évolution qui accroît soit la centralisation en faveur du gouvernement fédéral, soit la décentralisation en faveur des gouvernements des provinces.

À titre d'exemple, les accords fédéraux-provinciaux liés au pouvoir fédéral de dépenser ont permis au gouvernement central de participer au financement et, par ce moyen, à l'orientation de politiques relevant en principe de compétences provinciales. En échange du financement de programmes sociaux, le fédéral impose des conditions et des exigences aux provinces dans un domaine dans lequel il n'est pourtant pas censé pouvoir légiférer. Dans le mouvement inverse, les ententes conclues entre Ottawa et Québec en matière d'immigration ont progressivement reconnu au Québec des responsabilités exécutives et administratives qui dépassent ce que la seule lecture du texte constitutionnel permettrait de saisir. Par le biais d'une entente, le gouvernement fédéral s'est engagé à prévoir dans sa législation une délégation oblique, c'est-à-dire un déplacement des pouvoirs d'exécution de la loi de l'administration fédérale vers l'administration québécoise.

Ces évolutions informelles de la répartition des pouvoirs reposent précisément sur la distinction entre le domaine de la loi et celui des actes infralégislatifs. En effet, les tribunaux ont clairement établi une distinction entre le pouvoir de légiférer, formellement régi par la Constitution, et les actes exécutifs d'application des lois

²¹[NBP : JP, CSC]

(réglementer, dépenser, etc.), qui peuvent, eux, faire l'objet d'aménagements négociés en marge des textes constitutionnels. L'interdiction de la délégation interparlementaire empêche donc les législateurs de s'échanger des compétences, mais rien n'empêche un législateur de déléguer à l'autre ordre de gouvernement l'application de sa loi. Cette souplesse permet aux acteurs de déplacer substantiellement l'exercice réel des pouvoirs sans transférer juridiquement la compétence législative elle-même.

Le fédéralisme coopératif et les évolutions paraconstitutionnelles qui résultent de certaines ententes produisent néanmoins des effets juridiques limités. Lorsqu'elles emportent une telle évolution, les ententes jouent précisément de l'ambiguïté entre leur effectivité politique et institutionnelle, d'une part, et leur portée juridique formelle, d'autre part. Pour assurer la coexistence entre le droit formel et les aménagements qu'elles prévoient, les tribunaux misent, encore une fois, sur cette dissociation et sur une justiciabilité relative : ils peuvent reconnaître l'existence et certains effets de l'entente sans lui permettre d'évincer les exigences du droit formel. L'attitude des tribunaux à l'égard des ententes révèle particulièrement bien la logique paraconstitutionnelle. Les exécutifs **ne peuvent légiférer par contrat. En l'absence d'incorporation législative, les ententes ne produisent pas de règles de droit d'application générale.** Elles ne peuvent empêcher une législature d'adopter ultérieurement une loi incompatible avec les engagements qu'avait pris son gouvernement. Le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*²² en fournit une illustration classique : l'engagement intergouvernemental n'empêchait pas le Parlement fédéral de modifier unilatéralement sa participation financière. Les ententes peuvent donc être politiquement très fortes tout en demeurant juridiquement vulnérables. Officiellement, le Parlement compétent dans une matière demeure souverain en cette matière, même si une entente intergouvernementale prévoit des aménagements qui laissent croire à une renonciation à cette souveraineté.

Cette vulnérabilité des ententes — la portée juridique limitée de leurs engagements et la justiciabilité relative qui les accompagne — constitue paradoxalement l'une des raisons pour lesquelles les tribunaux peuvent tolérer des arrangements très poussés. Le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*²³ de 2018 est particulièrement révélateur. L'entente en cause organisait un mécanisme coopératif susceptible, en pratique, de restreindre l'autonomie des

22

23

législatures participantes et de déplacer leur pouvoir vers une institution centrale commune. La Cour en a néanmoins préservé la validité en insistant précisément sur le fait que chaque législature demeurerait **juridiquement libre de ne pas respecter l'arrangement**. Autrement dit, l'engagement politique qui résulte des ententes ne peut s'institutionnaliser que dans la mesure où sa force et ses effets juridiques demeurent limités. La possibilité théorique de rompre l'accord établi dans le texte d'une entente intergouvernementale sauvegarde la souveraineté parlementaire et, du même coup, la constitutionnalité du dispositif coopératif.

Le rapprochement avec les conventions devient alors manifeste. Dans les deux cas, la stabilité de l'arrangement repose en partie sur **la dissociation entre l'effectivité et la sanction juridique**. La convention limite politiquement un pouvoir que le droit continue d'accorder. L'entente peut organiser durablement l'exercice de compétences ou limiter en pratique la liberté d'action des partenaires, alors même que cette limitation ne peut juridiquement empêcher un Parlement de reprendre sa liberté. L'une et l'autre permettent donc, selon des procédés différents, à deux normativités de se superposer sans que la norme paraconstitutionnelle puisse juridiquement évincer la règle formelle.

Il ne faut pas pour autant minimiser la portée de cette normativité parallèle au motif qu'elle échappe en tout ou en partie à la sanction juridictionnelle. C'est précisément ce que rappelle avec une force particulière la Cour suprême dans le *Renvoi* de 1981 :

« Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot « Constitution » dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 :

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ... avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

C'est pourquoi il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes «constitutionnel» et «inconstitutionnel» dans un sens juridique strict, comme par exemple dans le cas d'une loi déclarée *ultra vires* ou inconstitutionnelle. Une équation permet peut-être de résumer ce qui

précède: conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays²⁴. »

Dans cette affaire, comme dans d'autres, la Cour suprême accepte de dire si une convention constitutionnelle existe ou non ; elle en valorise aussi le respect, mais sa nature politique ou paraconstitutionnelle et, surtout, sa dimension *contra legem* l'empêchent de s'engager à la sanctionner.

Cette reconnaissance donne toute sa singularité à l'expérience canadienne. Une pratique peut donc être qualifiée d'« inconstitutionnelle » au sens conventionnel, être dépourvue de conséquence juridique directe et néanmoins occuper une place centrale dans le fonctionnement de la Constitution. La Cour participe à cette institutionnalisation en reconnaissant et en définissant la normativité conventionnelle, mais sans en effacer la différence avec le droit formel. La faiblesse de la sanction juridique n'empêche donc pas l'accumulation, la stabilisation et parfois la centralité de normes paraconstitutionnelles; elle contribue, dans certaines configurations, à rendre possible leur coexistence durable avec les règles qu'elles infléchissent.

Conclusion

L'expérience canadienne montre que des pratiques qui, à certains égards, contredisent le droit formel ont profondément transformé le fédéralisme canadien et le fonctionnement de sa démocratie parlementaire. Le développement du gouvernement responsable, la limitation des pouvoirs de la Couronne, l'acquisition progressive de l'indépendance politique ou encore certaines transformations du fédéralisme coopératif en offrent des illustrations particulièrement significatives. Plusieurs de ces pratiques ont contribué à rendre le fonctionnement des institutions plus démocratique, plus responsable ou mieux adapté aux réalités contemporaines.

Leur utilité ou leur légitimité politique n'efface pourtant pas la tension qu'elles entretiennent avec le droit formel.

Ces pratiques qui conduisent à des évolutions paraconstitutionnelles peuvent se révéler utiles et efficaces lorsque les acteurs partagent une compréhension commune des règles du jeu. Leur fragilité peut favoriser une certaine retenue : sachant qu'une règle essentielle ne sera pas imposée ou sanctionnée par un juge, les responsables politiques ont intérêt à préserver les usages auxquels ils sont attachés et dont le système a besoin pour fonctionner et évoluer en adéquation avec

²⁴ Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 883-884, les juges Marland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer.

les valeurs de l'époque. De la même manière, la souplesse des ententes intergouvernementales permet souvent des adaptations rapides que la rigidité du processus de modification constitutionnelle rendrait autrement difficiles.

Mais les qualités de ce système en constituent également les principales vulnérabilités. **Lorsque le consensus politique s'effrite, notamment en temps de crise, la souplesse et le flou entourant les pratiques paraconstitutionnelles nourrissent l'incertitude et laissent place aux rapports de force.** L'absence de sanction juridictionnelle, qui permettait jusque-là à deux normativités de coexister, révèle alors son autre visage. Un acteur peut décider d'exercer jusqu'à leurs limites les pouvoirs que le droit formel n'a jamais cessé de lui reconnaître.

La crise parlementaire de 2008 en offre une illustration. La demande de prorogation présentée afin d'éviter un vote de confiance a placé au premier plan des règles conventionnelles dont la portée faisait l'objet de profondes divergences. En l'absence d'un arbitre juridictionnel susceptible d'imposer une solution, l'épisode a révélé combien un régime reposant sur la retenue et sur des compréhensions partagées peut devenir incertain lorsque les acteurs ne s'entendent plus sur le contenu même de ces contraintes.

La précarité peut aussi résulter d'une transformation du droit formel. Dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution* de 1982²⁵, la Cour suprême rappelle brutalement qu'une règle conventionnelle ne possède pas la même capacité de résistance qu'une norme formellement enchâssée. Même en supposant l'existence antérieure d'une convention exigeant le consentement du Québec, l'entrée en vigueur d'une nouvelle procédure juridique de modification aurait suffi à la rendre désormais sans objet. La norme paraconstitutionnelle peut donc être profondément institutionnalisée sans jamais bénéficier de la pérennité que procure l'intégration au droit constitutionnel formel.

Cette constatation ne commande ni de célébrer ni de condamner la paraconstitutionnalité. Elle invite plutôt à en mesurer les avantages et les coûts. La souplesse, l'adaptation progressive et la capacité d'innover sans rouvrir constamment un processus de modification constitutionnel ont leur contrepartie : précarité, incertitude, dépendance à l'éthique des acteurs et vulnérabilité accrue lorsque les rapports de force se durcissent. **Le paradoxe canadien tient peut-être précisément à ceci : certaines pratiques peuvent être suffisamment contraires au droit pour ne pas pouvoir y être intégrées, mais suffisamment importantes et**

suffisamment respectées pour devenir néanmoins constitutives de la Constitution telle qu'elle est effectivement vécue.

NE PAS COPIER