

**LA COUR SUPRÊME ET LES  
CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES:  
LES RENVOIS RELATIFS AU "RAPATRIEMENT"  
DE LA CONSTITUTION CANADIENNE\***

par José WOEHRLING\*\*

**SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b> .....	393
<b>I. LA NATURE ET LE MODE D'ÉLABORATION DES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES</b> .....	400
A. Le mode d'élaboration des conventions constitutionnelles .....	401
1. Les précédents (ou: l'élément matériel des conventions) .....	401
2. La "conviction" des acteurs dans les précédents (ou: l'élément intentionnel des conventions) .....	403
3. La "raison d'être" de la règle conventionnelle .....	408
B. La nature des conventions constitutionnelles .....	411
<b>II. LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ET LES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION</b> .....	414
A. Le droit écrit et la codification des conventions .....	414
1. La codification des conventions par la loi .....	415
2. La "constitutionnalisation" des conventions .....	416

---

\* La présente étude reproduit une communication présentée aux journées suisses de l'Association Henri Capitant (Genève, Lausanne et Neuchâtel, juillet 1983) sous le titre: "Le rôle de la pratique dans la formation du droit constitutionnel: validité et effectivité de l'ordre juridique".

\*\* Professeur, Faculté de Droit, Université de Montréal.

B. Les tribunaux et les conventions .....	417
1. La "constatation" des conventions .....	417
2. L'effet juridique des conventions .....	418
a. L'absence de sanction directe .....	418
b. La théorie de la "cristallisation" des conventions .....	420
c. L'interprétation du droit par les conventions .....	426
<b>CONCLUSION</b> .....	430
A. La Cour suprême et les normes fondamentales de l'ordre juridique canadien .....	430
B. Les conventions constitutionnelles, la rigidité de la constitution et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité .....	435

## INTRODUCTION

Chaque droit positif se présente sous la forme d'un "ordre juridique", d'un agencement hiérarchisé de normes dont les deux principes organisateurs sont les idées de *validité* d'une part, d'*effectivité* de l'autre. Aux degrés inférieur et intermédiaires de l'ordre juridique, la condition d'existence principale d'une norme est sa *validité*, qui se définit comme la conformité de la norme en question à toutes les normes hiérarchiquement supérieures (un règlement administratif, par exemple, est valide s'il est à la fois conforme aux lois et à la constitution). À ce niveau, l'*effectivité* de la norme présente moins d'importance que sa validité. Sans doute ne peut-elle faire complètement défaut: une norme radicalement dépourvue d'efficacité pourrait être rattachée au droit naturel ou à un droit idéal, certainement pas au droit "positif". Cependant, ce qui compte davantage pour les normes intermédiaires que leur propre efficacité, c'est le fait qu'elles appartiennent à un ordre juridique qui est, lui, globalement effectif. "C'est donc finalement l'efficacité de ce dernier qui conditionnera l'effectivité des normes qui en relèvent"<sup>1</sup>. Une disposition législative ou réglementaire non appliquée ne perd pas, pour autant, sa "juridicité" si elle s'insère par ailleurs dans un ensemble législatif et réglementaire globalement efficace.

Le tableau change lorsque l'on accède au plus haut niveau de l'ordre juridique, celui des règles constitutionnelles. En effet, les normes ultimes du système ne peuvent tirer leur existence du principe de validité puisqu'aussi bien la "chaîne de validité" s'arrête avec elles. Si les actes réglementaires sont valides parce que conformes aux lois, si les lois tirent leur validité de la constitution, la validité de la constitution elle-même ne peut être "accrochée" à aucune norme supérieure<sup>2</sup>. Au dernier degré de l'ordre juridique, l'*effectivité* prend nécessairement le relais de la *validité* comme source de l'existence des

---

1. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 138.

2. Hans Kelsen a essayé de démontrer que les ordres juridiques étatiques tirent leur validité du droit international, lequel est lui-même fondé, en dernière analyse, sur une "norme hypothétique fondamentale" qui serait le principe *pacta sunt servanda*. Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 430 et ss. Pour une démonstration des faiblesses de la théorie kelsenienne, voir G. HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, pp. 442 à 444. Voir également: W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5<sup>e</sup> éd., London, University of London Press, 1959, pp. 106-109; H.W.R. WADE, "The Legal Basis of Sovereignty", (1955) *Cambridge L.J.* 172, 187-197; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 103-107.

règles de droit. En dernière analyse, le droit est donc "suspendu" au fait. Constatation qui ne surprend guère les internationalistes, habitués à reconnaître l'importance du "principe d'effectivité", mais qui est susceptible de choquer les constitutionnalistes. Pourtant, l'histoire montre que le plus souvent les constitutions trouvent leur origine dans une "révolution", violente ou pacifique, c'est-à-dire dans une rupture avec l'ordre juridique ancien<sup>3</sup>. Dans un pareil cas, la "juridicité" de la constitution dépendra entièrement de sa capacité à s'appliquer dans les faits, c'est-à-dire que la *validité* du nouvel ordre juridique découlera de son *effectivité*.

L'on voit donc que le thème choisi cette année par l'Association Henri Capitant, "le rôle de la pratique dans la formation du droit", prend un relief tout particulier lorsqu'appliqué au droit constitutionnel. Si les "sources formelles" du droit sont le champ d'action par excellence du principe de *validité*, la "pratique" ne relève-t-elle pas, en effet, du principe *d'effectivité*? Étant donné que c'est au niveau des règles constitutionnelles que se situe le principal "passage" entre la validité et l'effectivité, le droit et le fait<sup>4</sup>, le rôle de la pratique dans la formation du droit constitutionnel présente sûrement une importance toute particulière et pose des problèmes spécifiques.

En droit canadien, comme dans celui de la Grande-Bretagne, la forme la plus importante et la plus caractéristique de "pratique constitutionnelle" est constituée par les conventions de la constitution. Une des particularités de la constitution britannique (et de celles qui ont été créées à sa ressemblance dans les pays relevant anciennement de la souveraineté du Royaume-Uni) consiste précisément à se composer pour partie de règles de droit, écrites ou non écrites ("law of the constitution"), et pour partie de pratiques non juridiques considérées comme s'imposant pour des raisons politiques ("conventions of the constitution"). En d'autres termes, ces constitutions sont en quelque sorte "mi-juridiques, mi-pratiques". Le droit et la pratique y coexistent selon un rapport de continuité.

---

3. C'est ce qui est arrivé aux États-Unis d'Amérique, en France (à plusieurs reprises) et, même, en Grande-Bretagne, où le principe fondamental de la souveraineté du Parlement trouve son fondement dans la "Glorieuse Révolution" de 1688. L'époque contemporaine est fertile en exemples de constitutions qui trouvent leur origine dans une rupture, violente ou pacifique, avec l'ordre juridique préexistant: qu'on pense au mouvement de décolonisation qui a commencé avec la fin de la seconde guerre mondiale et aux luttes, récentes ou actuelles, de libération nationale.

4. Ou encore, comme dirait Kelsen, le "sollen" et le "sein".

Au Canada, les conventions constitutionnelles ont même joué, jusqu'à récemment, un rôle plus grand encore qu'en Grande-Bretagne dans la mesure où, contrairement à ce qui se passe dans ce dernier pays, elles régissaient en grande partie la procédure de modification de la constitution. Or, l'on sait que la révision de la constitution canadienne a donné lieu, au cours des deux années écoulées, à une crise politique et constitutionnelle majeure, dans laquelle les tribunaux ont dû servir d'arbitre. Le conflit du "rapatriement" a donc donné l'occasion à ceux-ci de soulever un grand nombre de questions concernant la nature, le rôle, les caractéristiques de la pratique conventionnelle. La Cour suprême du Canada s'est prononcée deux fois en un an sur le sujet, ce qui est exceptionnel car les décisions de justice sur les conventions constitutionnelles sont traditionnellement fort rares. Notre communication sera consacrée à l'analyse de ces deux avis consultatifs, pour examiner comment ils font avancer la réflexion sur "le rôle de la pratique dans la formation du droit constitutionnel canadien". À cet effet, nous nous inspirerons du schéma d'analyse proposé en même temps que le thème des Journées suisses: dans un premier temps, il faudra examiner la *nature* et le mode d'*élaboration* des conventions constitutionnelles pour constater ensuite de quelle manière les sources formelles du droit réagissent à cette "pratique"; en particulier, il y aura lieu d'examiner le comportement de la jurisprudence à l'égard des conventions. Cependant, avant d'entamer cette analyse, il faut rappeler brièvement les circonstances qui ont conduit aux décisions de la Cour suprême qui nous intéressent et le contexte dans lequel s'insérait le débat relatif au "rapatriement" de la constitution canadienne.

Une partie importante de la constitution du Canada est contenue dans une loi britannique de 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*<sup>4a</sup>, qui opère en particulier le partage des compétences entre l'État central et les États membres de la fédération, les provinces. Si, dès l'origine, la loi de 1867 permettait la modification de certaines de ses dispositions les moins importantes par simple loi fédérale ou provinciale canadienne, elle ne contenait cependant aucune procédure générale de révision permettant sa modification complète au Canada. Les dispositions "rigides" de l'*A.A.N.B.* (en particulier le partage des compétences) ne pouvaient donc être amendées que par une autre loi britannique, votée par le Parlement de Westminster. Assez rapidement, le développement progressif de l'au-

---

4a. *British North America Act, 1867*, S.R.C. 1970, app. II, no 5. L'Acte a été rebaptisé par la *Loi constitutionnelle de 1982* et porte aujourd'hui le titre de *Loi constitutionnelle de 1867*, voir *infra*, note 10.

tonomie *de facto* du Canada (et des autres *dominions* "blancs" de l'empire) à l'égard de la métropole devait cependant entraîner l'apparition d'une convention constitutionnelle en vertu de laquelle le Parlement anglais n'interviendrait plus dans les affaires internes des colonies désormais émancipées qu'à la demande expresse de celles-ci, notamment pour opérer des modifications à leur loi constituante. En d'autres termes, les *dominions* avaient acquis par conséquent le pouvoir politique d'obtenir de Londres la modification de leurs constitutions, le Parlement britannique n'intervenant plus que pour donner à leurs vœux la forme juridique requise.

En 1931, on décidait en outre de mettre fin à ce rôle de "notaire" constitutionnel du Parlement de Westminster en faisant voter une loi britannique dont l'objet était de remettre aux *dominions*, cette fois-ci non seulement sur le plan de la pratique politique mais également sur le plan formel et juridique, le pouvoir de procéder eux-mêmes à la modification complète de leur constitution respective<sup>5</sup>. Dans le cas du Canada, étant donné la structure fédérale du pays, il était cependant indispensable de prévoir une formule spéciale de révision applicable aux dispositions de l'*A.A.N.B.* relatives au partage des compétences, de façon à ce que celles-ci ne puissent être modifiées autrement que par un accord entre l'État fédéral et les provinces. La situation politique de 1931 interdisant qu'une telle solution soit imposée par la Grande-Bretagne, le choix d'une procédure spéciale de modification constitutionnelle (ou "formule d'amendement" dans la terminologie canadienne) nécessitait donc une entente préalable entre ces mêmes partenaires. Aucun accord n'ayant cependant pu se faire à ce sujet, l'État central et les neuf provinces de l'époque<sup>6</sup> allaient s'entendre pour demander aux britanniques de maintenir le *statu quo ante* et de continuer à jouer dans le processus de modification de la constitution canadienne le rôle qu'ils remplitaient auparavant<sup>7</sup>.

5. *Statut de Westminster de 1931*, 22-23 Geo. 5, c. 4 (et S.R.C. 1970, app. II, no 26). Le *Statut* s'appliquait au Canada, à l'Australie, à l'Afrique du Sud, à la Nouvelle-Zélande, à l'État libre d'Irlande et au dominion de Terre-Neuve.

6. Terre-Neuve n'entrera dans la Confédération canadienne, pour former la dixième province, qu'en 1949.

7. En raison de l'exception prévue à son article 7(1), le *Statut de Westminster de 1931* ne s'applique pas à la modification ou à l'abrogation de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* et de ses amendements jusqu'en 1930. Cependant, la règle conventionnelle préexistante, à savoir que le Parlement britannique ne légifèrera pas pour le Canada sauf à la demande de celui-ci, continue bien sûr de s'appliquer après 1931. Si, *juridiquement*, le Parlement britannique conserve donc un pouvoir entier et discrétionnaire à l'égard de la constitution canadienne, la *convention constitutionnelle* l'empêche cependant d'en user autrement que d'une façon "notariale".

Ce compromis ne faisait cependant que déplacer le vrai problème. S'il était bien entendu que le Parlement britannique continuerait à ne pouvoir modifier l'*A.A.N.B.* qu'à la demande expresse des autorités canadiennes (demande formulée par une résolution conjointe des deux chambres fédérales) et que la convention l'obligeait à toujours y donner suite, il n'était pas clair, par contre, si les autorités fédérales avaient le loisir de formuler *unilatéralement* une telle demande auprès des autorités britanniques ou si elles devaient obtenir préalablement l'accord des provinces à cette fin (du moins lorsque les modifications proposées affecteraient la structure fédérale du pays). À première vue, l'examen de la pratique suivie pour la vingtaine d'"amendements" concrètement réalisés par Londres à la demande du Canada ne semble guère propre à renseigner, certains ayant été obtenus par une demande fédérale unilatérale, d'autres ayant au contraire fait l'objet d'une entente fédérale-provinciale. Cependant, en y regardant de plus près, on constate que *toutes* les modifications qui avaient un effet direct sur l'équilibre de la fédération ou qui modifiaient les pouvoirs provinciaux n'ont fait l'objet d'une demande par les autorités fédérales qu'après que celles-ci aient obtenu l'accord de toutes les provinces (ou, du moins, de toutes celles qui étaient concernées par la modification). C'est principalement sur cette constatation que s'appuient traditionnellement les provinces pour prétendre qu'est apparue une convention constitutionnelle en vertu de laquelle leur accord est désormais requis dans de tels cas.

Entre 1931 et 1980, de très nombreuses tentatives pour trouver une formule de révision constitutionnelle définitive, permettant de "rapatrier" au Canada la partie du "pouvoir constituant" encore formellement détenue par les britanniques, allaient avorter les unes après les autres faute d'accord entre Ottawa et les provinces. Prenant pour prétexte cette suite d'échecs ainsi que la promesse faite aux québécois, à l'occasion du référendum sur la souveraineté, de "renouveler le fédéralisme" s'ils décidaient de continuer d'appartenir au Canada, le gouvernement fédéral de M. Trudeau décidait en octobre 1980 de requérir *unilatéralement* du Parlement anglais une ultime modification de l'*A.A.N.B.* Le projet fédéral avait pour objet d'insérer dans la constitution canadienne de 1867 une procédure de révision permettant de la modifier de façon complète au Canada même (c'était donc opérer le "rapatriement")<sup>8</sup> ainsi qu'une "charte des

8. Le projet présenté en octobre 1980 par le gouvernement fédéral prévoyait un droit de veto pour toute province possédant au moins *un quart* de la population du Canada. En pratique, cette disposition aurait profité à l'Ontario et au Québec. On l'a vu, l'Ontario a d'emblée donné son accord au projet fédéral. Par contre, le Québec et sept autres provinces s'y sont opposés. Ces huit

droits et libertés” ayant pour effet de limiter les pouvoirs de l’État central et des dix provinces en garantissant les droits fondamentaux des citoyens. Deux provinces (l’Ontario et le Nouveau-Brunswick) allaient assez rapidement donner leur accord au projet fédéral, les huit autres s’y opposant par contre avec la dernière énergie en prétendant que, sans leur accord, le projet était inconstitutionnel, en particulier comme allant à l’encontre d’une convention de la constitution. Le 28 septembre 1981, la Cour suprême leur donnait partiellement raison en reconnaissant l’existence d’une telle convention, celle-ci n’exigeant cependant pas que le fédéral obtienne l’accord de *toutes* les provinces, mais simplement d’un nombre “appréciable” d’entre elles. En outre, la Cour décidait que le projet fédéral de “rapatriement unilatéral”, tout en étant contraire aux conventions constitutionnelles, n’était cependant aucunement incompatible avec le “droit de la constitution”<sup>9</sup>. Il s’agissait par conséquent d’un projet “légal”

---

provinces dissidentes devaient s’entendre, en avril 1981, sur une contre-proposition (dite “formule de Vancouver”) dans laquelle le droit de veto ci-dessus mentionné disparaît, pour être remplacé par un “droit de retrait” avec compensation financière, droit qui est ouvert à *toutes* les provinces. C’est ce système qui a été finalement retenu, lors de l’accord du 5 novembre 1981 entre le gouvernement fédéral et neuf provinces, avec cette différence que la compensation financière n’existe que dans les cas où un amendement transférerait au Parlement fédéral la compétence provinciale sur l’éducation et la culture. C’est cette restriction qui a poussé le Québec à refuser de donner son approbation, ce qui n’a pas empêché la nouvelle constitution d’entrer en vigueur le 17 avril 1982. Pour le fil des événements, voir E. McWHINNEY, *Canada and the Constitution, 1979-1982*, Toronto, University of Toronto Press, 1982.

9. Trois des huit provinces dissidentes avaient obtenu de leur Cour d’appel respective un *avis consultatif* portant sur la conformité du projet fédéral aux conventions constitutionnelles et au droit de la constitution. C’est en appel de ces trois décisions que la Cour suprême du Canada a été amenée à se prononcer, à son tour, sur deux questions: la résolution des chambres fédérales pour faire modifier la constitution, à laquelle s’opposent huit provinces, est-elle compatible a) avec les *conventions* de la constitution b) avec le *droit* constitutionnel? La décision de la Cour suprême a été rendue le 28 septembre 1981. Majoritairement, la Cour a répondu que le projet fédéral était inconstitutionnel au sens des conventions (6 juges contre 3), mais conforme au droit de la constitution, c’est-à-dire légal (7 juges contre 2): *Renvoi: Résolution pour modifier la constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753-929. Le Juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer forment la majorité en ce qui concerne la réponse sur la *légalité* de la démarche fédérale, alors que les juges Martland et Ritchie sont dissidents sur ce point. Quant à la réponse sur l’aspect *conventionnel*, le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre sont minoritaires, les autres membres du tribunal formant la majorité. Pour les articles de doctrine relatifs à la décision du 28 septembre 1981, voir *infra*, note 11.



bien qu'“inconstitutionnel”. En distinguant (et plus encore en *opposant*) aussi radicalement la partie conventionnelle et la partie juridique de la constitution canadienne, les deux étant pourtant inséparables dans la réalité pratique, la Cour suprême a davantage sacrifié à la nécessité politique qu'à la cohérence logique. Elle se trouvait en effet à donner à la fois tort et raison à chacune des deux parties, les obligeant ainsi à s'entendre. C'est bien ce qui devait arriver: en consentant certaines concessions de dernière minute, le gouvernement fédéral obtenait le 5 novembre 1981, de toutes les provinces sauf le Québec, l'accord nécessaire pour envoyer son projet de modification de l'*A.A.N.B.* à Londres où le Parlement britannique allait le voter sans rien y changer. La nouvelle constitution canadienne, dite *Loi constitutionnelle de 1982*, est entrée en vigueur le jour de sa proclamation par la Reine à Ottawa, le 17 avril 1982<sup>10</sup>.

Le gouvernement québécois ne s'avouait pourtant pas battu et retournait une deuxième fois devant la Cour suprême du Canada pour tenter de démontrer qu'à défaut d'un principe exigeant l'accord *unanime* des provinces et conférant par conséquent un droit de veto à chacune d'elles, il existait du moins une (autre) convention accordant un tel droit de veto au seul Québec, ce privilège étant justifié par les caractères particuliers de la seule province à majorité francophone du Canada. Le 6 décembre 1982, la Cour rejetait cette prétention en déclarant que le Québec ne disposait pas et n'avait jamais disposé, ni juridiquement ni par convention, du pouvoir de s'opposer à lui seul aux modifications de la constitution canadienne<sup>11</sup>.

---

10. *Loi constitutionnelle de 1982*, telle qu'éditée par la *Loi sur le Canada de 1982*, c. 11, (R.U.), Annexe B. La “nouvelle” constitution ne fait pas disparaître l’“ancienne”. L'*A.A.N.B.* de 1867 et ses amendements jusqu'en 1982 continuent de s'appliquer (avec quelques modifications mineures) en changeant de nom (leur nouveau titre: “Loi constitutionnelle”). Techniquement, la nature de la constitution canadienne n'a donc pas changé: comme la loi constitutionnelle de 1867, celle de 1982 est une loi britannique.

11. *Renvoi concernant la constitution du Canada (no 2)* du 6 décembre 1982, (1983) 45 R.N. 317. Il s'agit d'un jugement unanime (et anonyme), rendu en appel d'un jugement unanime de la Cour d'appel du Québec en date du 7 avril 1982, dans lequel celle-ci refusait de reconnaître l'existence d'un droit de veto au profit du Québec. Au moment où la présente étude a été rédigée, aucun commentaire de l'avis du 6 décembre 1982 n'était encore publié. Par contre, il existe un certain nombre d'analyses de l'avis du 28 septembre 1981: R. DÉCARY, “Le pouvoir judiciaire face au jeu politique” dans: *The Court and the Constitution: Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations (Queen's University), 1982, pp. 33 et ss; N. LYON, “Constitutional Theory and the Martland — Ritchie Dissent” dans: *The Court and the Constitution*:

Dans l'analyse qui suit, nous référerons aux deux avis consultatifs de la Cour suprême en parlant respectivement de l'avis (ou décision) no I (28 septembre 1981) et de l'avis (ou décision) no II (6 décembre 1982).

### I. LA NATURE ET LE MODE D'ÉLABORATION DES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES

La *nature* des conventions constitutionnelles constitue traditionnellement — et reste encore aujourd'hui — un sujet de controverse parmi la doctrine anglaise et canadienne. Par contre, leur mode d'élaboration fait l'objet d'un consensus sinon entier, du moins assez large.

---

*Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations (Queen's University), 1982, pp. 57 et ss; P. RUSSEL, "The Supreme Court Decision: Bold Statescraft based on Questionable Jurisprudence" dans: *The Court and the Constitution: Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations (Queen's University), 1982, pp. 1 et ss; D. SOBERMAN, "The Opinions of the Supreme Court: Some Unanswered Questions", dans: *The Court and the Constitution: Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations (Queen's University), 1982, pp. 67 et ss; W.R. LEDERMAN, "The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment: An Assessment of *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada (Nos 1, 2 and 3)*", (1982) 27 *Revue de droit de McGill* 527; E. COLVIN, "Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada", (1982) 4 *Supreme Court L.R.* 3; N. DUPLÉ, "La Cour suprême et le rapatriement de la constitution: la victoire du compromis sur la rigueur", (1981) 22 *C. de D.* 619; P. BLACHE, "La Cour suprême et le rapatriement de la constitution: l'impact des perceptions différentes de la question", (1981) 22 *C. de D.* 649; B. WILD SMITH, "Canadian Constitutional Law, the Patriation References, and the Constitutional Acts, 1867-1982: An Overview" dans: *The Canadian Charter of Rights: Law Practice Revolutionized*, Halifax (N.S.), Dalhousie University — Faculty of Law, 1982, pp. 5 et ss; R. SAMEK, "Law and Convention: A Peep Behind the Patriation Case", dans: *The Canadian Charter of Rights: Law Practice Revolutionized*, Halifax (N.S.), Dalhousie University — Faculty of Law, 1982, pp. 29 et ss; B.L. STRAYER, "The Patriation and Legitimacy of the Canadian Constitution" dans: *Conkrite Lectures 1982*, University of Saskatchewan — College of Law, 1982, pp. 3-1 et ss; G.J. BRANDT, "Judicial Mediation of Political Disputes: The Patriation Reference", (1982) 20 *U.W.O.L.R.* 101 et ss; R. KNOPFF, "Legal Theory and the 'Patriation' Debate", (1981) 7 *Queen's L.J.* 41 et ss; W.H. McCONNELL, dans: *Annual Survey of Canadian Law — Constitutional Law*, (1982) 14 *Ottawa L.R.* 502, 535 et ss; P. W. HOGG, "Constitutional Law — Amendment of the British North America Act — Role of the Provinces", (1982) 60 *R. du B. Can.* 307 ss.

### A. Le mode d'élaboration des conventions constitutionnelles

Dans ses deux décisions, la Cour suprême emprunte à Sir Ivor Jennings le "test" qui lui servira à vérifier si les conditions à remplir pour établir une convention sont réunies:

"Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées"<sup>12</sup>.

Autrement dit l'existence d'une convention constitutionnelle exige la réunion de trois éléments constitutifs: les précédents, la "conviction" des acteurs dans les précédents et la raison d'être. Il faut donc examiner la nature de chacun de ces éléments et la façon dont la Cour vérifie en pratique leur existence dans ses deux décisions.

#### 1. Les précédents (ou: l'élément matériel des conventions)

En ce qui concerne l'élément matériel, le passage de Jennings cité par la Cour ne rend pas compte de toute la réalité car s'il est traditionnellement admis que les conventions se dégagent le plus souvent d'une accumulation de précédents, elles peuvent cependant être établies également de façon "instantanée" par un accord formel entre les parties intéressées. Pour illustrer le premier procédé — le plus fréquent — citons par exemple la convention en vertu de laquelle le Monarque (personnellement en Grande-Bretagne et, au Canada, par l'intermédiaire de ses représentants) choisit comme premier Ministre le leader du parti majoritaire en chambre (convention issue d'une accumulation de précédents "positifs"), ou encore celle qui veut que la Reine ne puisse plus exercer en pratique son pouvoir juridique de refuser son assentiment aux projets de lois qu'on lui présente (convention née d'une suite de précédents "négatifs"). Comme exemples du deuxième procédé, on peut relever les conventions établies entre les gouvernements des *dominions* et celui du Royaume-Uni à l'occasion des conférences impériales de 1926 et de 1930; elles avaient pour raison d'être de parachever l'accession des *dominions* à l'autonomie constitutionnelle et à la souveraineté internationale dans le cadre du Commonwealth.

---

12. W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 136. La traduction est empruntée au jugement de la Cour suprême du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 888. Dans son avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), la Cour cite à nouveau le même passage à la p. 328.

Il n'existe donc pas qu'une seule façon d'établir une convention constitutionnelle. L'essentiel est qu'une *entente* se forme entre ceux qui ont le contrôle des divers organes de l'État sur la façon dont ces derniers doivent agir dans leurs rapports mutuels. Cet accord peut se dégager progressivement et empiriquement d'une suite de comportements, mais il est également susceptible de résulter d'une "convention" explicite.

Cependant, au moment où les tribunaux ont été appelés à se pencher sur le problème, il n'existait manifestement pas d'entente *formelle* entre l'État fédéral et les provinces relativement à la procédure de modification et de "rapatriement" de la constitution: on l'a vu, les tentatives faites durant plus de cinquante ans pour en arriver à un tel accord ont toutes échoué. Par conséquent, si convention(s) il y avait, celle(s)-ci ne pouva(en)t reposer que sur la pratique et il était donc nécessaire de faire la preuve de l'existence d'un nombre suffisant de précédents.

Dans l'avis no I, de façon majoritaire, après avoir examiné les conditions dans lesquelles ont été effectuées les 22 modifications constitutionnelles pour lesquelles le Parlement anglais a dû intervenir, la Cour suprême du Canada en arrive à la conclusion que les précédents établissent indubitablement l'existence de l'élément matériel de la convention plaidée par les huit provinces qui contestent l'initiative fédérale<sup>13</sup>. En effet, en termes *positifs*, chacune des cinq modifications qui ont affecté les pouvoirs législatifs des provinces a reçu l'approbation de toutes les provinces concernées. Qui plus est, en termes *negatifs* encore plus éloquents, quatre projets de modification qui auraient eu, s'ils avaient abouti, un effet direct sur les relations fédérales — provinciales, ont été abandonnés parce qu'une ou plusieurs provinces s'y opposaient<sup>14</sup>. La Cour suprême en conclut que

13. Si les juges minoritaires ne sont pas du même avis, c'est qu'ils choisissent un autre critère de pertinence que la majorité pour sélectionner, parmi tous les précédents, ceux qu'il convenait de retenir afin de vérifier l'élément matériel de la convention. Alors que la majorité ne considère comme significatives que les modifications constitutionnelles qui ont eu un effet direct sur les pouvoirs provinciaux, les juges dissidents estiment pertinentes toutes celles qui ont provoqué les protestations d'une ou de plusieurs provinces, même si elles n'avaient aucun effet sur les compétences de celles-ci. Tous les auteurs qui ont analysé la décision du 28 septembre 1981 considèrent que la minorité se trompe en empruntant cette démarche. Voir, par exemple, P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, 15 et ss; N. DUPLÉ, *loc. cit.*, note 11, 627 et ss.

14. Ces projets ayant été abandonnés par Ottawa à cause de l'opposition provinciale, le Parlement britannique n'en a pas, par conséquent, été saisi et n'a pas eu à prendre position à leur égard.

“si les précédents se trouvaient seuls, on pourrait alléguer que l’unanimité est requise”; “l’unanimité” signifiant ici que chacune des dix provinces aurait le pouvoir, à elle seule, d’empêcher la modification de la constitution canadienne. On le verra, c’est l’analyse de l’élément normatif qui fera conclure à la Cour que l’unanimité n’est pas requise et que l’accord d’un nombre “appréciable” de provinces est suffisant.

Dans l’avis no II, la Cour suprême devait décider s’il existe une convention en vertu de laquelle le Québec possède à lui seul un droit de veto sur les modifications constitutionnelles. Cette fois-ci, les précédents pertinents se réduisaient essentiellement aux situations où des projets de modification ont été abandonnés par le gouvernement fédéral: dans tous les cas où cela s’est produit (il y en a 4), le Québec était au nombre des provinces dissidentes et, *dans deux cas*, il était la *seule* Province à soulever une opposition, celle-ci suffisant à provoquer l’échec d’un projet de modification avancé par le fédéral et approuvé par toutes les autres provinces<sup>15</sup>. Étant donné que la Cour suprême a jugé que la “conviction des acteurs” (l’élément normatif) n’avait pas été établie de façon à prouver l’existence d’un droit de veto conventionnel au profit du Québec, il était inutile qu’elle se prononce formellement sur les deux autres éléments constitutifs de la convention, à savoir la “raison d’être” et les précédents. Elle omet par conséquent d’analyser ces derniers<sup>16</sup>. Quant à nous, ils nous semble que les précédents invoqués par le Québec présentaient les caractères nécessaires et suffisants pour faire conclure à l’existence de l’élément matériel de la convention invoquée par cette province.

## 2. La “conviction” des acteurs dans les précédents (ou: l’élément intentionnel des conventions)

Afin qu’un certain comportement puisse donner lieu à la formation d’une convention, il faut que tous ceux qui sont à son origine (les “acteurs”) soient convaincus que cette conduite constitue pour eux une *obligation*. Voilà qui n’est pas sans rappeler l’“*opinio juris*”, c’est-à-dire l’élément subjectif de la coutume en droit international public. Mais, contrairement à ce qui se passe avec cette dernière, le sentiment normatif qui est à la base d’une convention constitutionnelle ne réfère nullement à une obligation *juridique*, mais à un impératif *politique et moral*.

---

15. Avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), pp. 329 et 330.

16. *Id.*, 338 et ss.

En théorie, l'élément normatif des conventions permet de faire la différence entre celles-ci et les simples *usages*, lesquels constituent une pratique qui est régulièrement suivie parce qu'elle est jugée opportune mais n'est pas considérée comme obligatoire<sup>17</sup>. Concrètement cependant, il est souvent difficile de distinguer entre les deux: avec le passage du temps et la répétition des précédents, de simples usages finissent souvent par être considérés comme s'imposant de façon obligatoire et se transforment donc en conventions. On estime qu'il s'est créé en ce qui les concerne une *entente* entre ceux qui sont responsables du fonctionnement de l'Etat.

La preuve de l'élément intentionnel est évidemment inutile lorsque la convention constitutionnelle est le fruit d'un accord formel et explicite, lequel est d'ailleurs le plus souvent en forme écrite. S'il s'agit d'une convention naissant de la pratique, il faut au contraire démontrer l'existence d'une entente entre les acteurs dans les précédents. C'est cet accord, s'il est prouvé, qui fera naître l'obligation de respecter la convention, obligation qui n'est cependant pas directement sanctionnée par les tribunaux puisqu'elle n'est pas de nature juridique.

Dans l'avis no I, la recherche de l'élément normatif a conduit les juges de la Cour suprême à se diviser sur un point fondamental, à savoir le degré de précision ou de certitude que doit présenter une règle conventionnelle afin d'être reconnue par les tribunaux. En effet, pour prouver que le gouvernement fédéral s'était bel et bien senti obligé d'obtenir l'accord des provinces avant de pouvoir demander au Parlement anglais des modifications constitutionnelles affectant les pouvoirs de celles-ci (au point d'abandonner à quatre reprises des projets pour lesquels cet accord faisait défaut), les provinces requérantes mettaient en preuve un "Livre blanc" fédéral, c'est-à-dire une déclaration officielle de politique adoptée par le gouvernement central et approuvée par le Parlement canadien. On y trouvait l'énoncé suivant, qui constitue le dernier de quatre principes présentés comme contenant les règles reconnues et acceptées dans la pratique comme

---

17. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, pp. 9 et 10. Comme exemple d'un simple "usage" qui ne constitue pas une convention, le professeur Hogg cite la désignation du Juge en chef de la Cour suprême par le premier ministre (lequel, en vertu d'une *convention*, avise le Gouverneur-Général qui, légalement, procède à la nomination): habituellement, c'est le plus ancien des juges de la Cour, au moment où la vacance est déclarée, qui est nommé Juge en chef. Voir, également, l'avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), p. 343.

“éléments de la procédure de modification [constitutionnelle] au Canada”:

“Le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s’est pas concrétisé aussi tôt que les autres<sup>18</sup>, mais à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. *Il n’a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l’étendue de la participation provinciale à la procédure de modification*”. (Les italiques sont nôtres)<sup>19</sup>.

C’est la dernière phrase de ce “quatrième principe” qui a provoqué des dissensions au sein de la Cour. Pour les trois juges minoritaires, en effet: “s’il est difficile de définir l’étendue de la participation provinciale, (...) on ne peut dire qu’une convention à cet égard soit établie et reconnue en tant que condition constitutionnelle de l’adoption d’une modification”<sup>20</sup>. L’incertitude dans l’énoncé de la règle empêcherait la reconnaissance d’une “conviction des acteurs”: “Elle prive une supposée convention de ce degré de définition nécessaire à son fonctionnement, à son effet obligatoire sur ceux qu’elle est censée lier et elle rend difficile sinon impossible d’en discerner clairement la violation”<sup>21</sup>. Autrement dit, on ne saurait se sentir obligé d’obéir à un principe dont on ne peut exactement connaître l’étendue et la portée.

Un tel point de vue n’est cependant pas conforme au concept traditionnel des conventions constitutionnelles. En effet, parmi ces dernières il en est de nombreuses — souvent il s’agit des plus anciennes et des moins contestables — dont l’énoncé présente une marge d’incertitude plus ou moins considérable<sup>22</sup>. On peut même penser que l’imprécision est une des caractéristiques propres à la règle

18. Les trois autres principes mentionnés dans le *Livre blanc* sont trois conventions constitutionnelles dont l’existence n’a jamais été mise en doute par les autorités fédérales, à savoir: 1) le Parlement du Royaume-Uni n’adopte aucune modification de la constitution canadienne à moins qu’elle ne soit demandée et acceptée par le Canada; à l’inverse, toute modification demandée par le Canada est acceptée; 2) les deux chambres fédérales doivent autoriser toute demande de modification de l’A.A.N.B.; 3) le Parlement britannique ne peut procéder à une modification constitutionnelle à la seule demande d’une (ou de plusieurs) province(s) canadienne(s).

19. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 899.

20. *Id.*, p. 871.

21. *Ibid.*

22. Sur ce point, l’accord des auteurs est quasi unanime. Voir, par exemple, E. COLVIN, *loc. cit.*, note 11, 16 et 17 (l’auteur montre que l’exemple de convention “précise” que donne la minorité prouve le contraire de ce que celle-ci

conventionnelle. En tout cas, c'est de là en grande partie que proviennent la souplesse et l'adaptabilité des conventions, qualités qui sont précisément considérées comme le grand avantage que celles-ci présentent par rapport aux règles juridiques de la constitution.

Les six juges majoritaires adoptent ce point de vue traditionnel. Cependant, s'ils considèrent que l'incertitude relative à l'étendue de la participation provinciale n'a pas empêché la convention de se former, ils estiment également qu'elle démontre l'absence d'un accord sur le principe de l'*unanimité*<sup>23</sup>. Par conséquent, s'il était possible de conclure d'après les *précédents* que l'accord de toutes les provinces semble requis, il n'en va plus de même une fois analysé l'élément *intentionnel*: la reconnaissance des acteurs (l'entente) ne porte pas sur l'accord unanime des provinces, mais sur un "degré appréciable" d'accord, que la Cour se refuse d'ailleurs à préciser: "les conventions, de par leur nature, s'élaborent dans l'arène politique et il revient aux acteurs politiques, et non à cette Cour, de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire"<sup>24</sup>. En l'occurrence, au moment où la décision de la Cour suprême était prononcée (28 septembre 1981), deux provinces seulement étaient d'accord avec le projet fédéral de modification alors que huit autres provinces s'y opposaient. Pour la Cour, une telle situation "ne révèle nettement pas un degré d'accord provincial suffisant"<sup>25</sup>.

Dans l'avis no II, à l'unanimité, la Cour suprême a jugé que le Québec n'avait pas réussi à faire la preuve de l'élément normatif de la convention dont il invoquait l'existence. En effet, même si l'on peut démontrer que, par deux fois, un projet fédéral ayant obtenu l'accord des neuf autres provinces a été abandonné à cause de l'objection du Québec, il n'est pas possible par contre, aux dires de la Cour, de trouver de "déclaration d'un représentant des autorités fédérales reconnaissant au Québec, expressément ou par inférence, un droit de veto conventionnel sur certains types de modifications constitution-

---

cherche à démontrer); P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, pp. 17 et 18; G. MARSHALL "Beyond the B.N.A. Act: Amendment and Patriation", (1981) 19 *Alberta L.R.* 363, 365.

23. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 904 et 905.

24. *Id.*, 905.

25. *Ibid.* Dans l'avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), la Cour suprême explicite son premier jugement: "un 'degré appréciable de consentement provincial' veut dire moins que l'unanimité" (p. 334). Par conséquent, l'accord du 5 novembre 1981, lequel réunissait le fédéral et 9 provinces, satisfait à la norme conventionnelle dégagée par la Cour.



nelles”<sup>25a</sup>. De la même façon, il n’existe aucune “déclaration” dans laquelle les acteurs des autres provinces reconnaîtraient l’existence d’une telle convention<sup>26</sup>. En d’autres termes, si le gouvernement fédéral et les autres provinces ont cédé à l’opposition du Québec, on ne peut cependant pas démontrer qu’ils l’ont fait parce qu’ils s’y sentaient tenus plutôt que par simple opportunité politique.

L’insistance que met la Cour à réclamer une preuve explicite de l’acceptation des acteurs (une “déclaration”) étonne beaucoup: les conventions ne sont-elles donc pas susceptibles, tout comme les coutumes, de se former à partir d’un accord tacite ou, même, d’une abstention de réagir valant acquiescement? C’est du moins ce qui est admis pour la coutume internationale, laquelle fonde pourtant une obligation juridique. À fortiori, semble-t-il, la même chose devrait être vraie dans le cas des conventions qui ne sont obligatoires qu’au point de vue moral et politique. C’est en tout cas la conception que semblent partager la plupart des auteurs<sup>27</sup>. La Cour suprême insiste sur le fait qu’“une convention ne peut demeurer entièrement inexprimée, sauf peut-être à l’étape de sa gestation avant qu’elle ne soit acceptée comme une règle obligatoire”<sup>28</sup>. Cependant, lorsqu’une pratique politique (celle que constituent les précédents précités) est régulièrement et publiquement interprétée d’une certaine façon par l’une des parties (le Québec, qui a toujours prétendu posséder un droit de veto) et que les autres parties s’abstiennent de protester, est-il possible de dire que l’on est encore dans le domaine de l’“inexprimé” ou ne vaudrait-il pas mieux considérer qu’en l’occurrence il s’agissait d’un accord tacite<sup>29</sup>?

---

25a. Avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), p. 341.

26. *Ibid.*

27. Parmi beaucoup d’autres, voir W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 81: “Convention’ implies some form of agreement, *wether expressed or implied...*” (les *italiques* sont nôtres).

28. Avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), p. 344. C’est là l’argument que la Cour utilise pour écarter le passage précité de W.I. JENNINGS (*supra*, note 27), qui avait été cité par les avocats du Québec.

29. Une autre considération pertinente doit être soulignée: tous les projets de “rapatriement” de la constitution canadienne présentés dans le passé par le gouvernement fédéral contenaient une procédure de révision ayant pour effet d’accorder au Québec un droit de veto. Ne s’agit-il pas là de la preuve que ce gouvernement reconnaissait, tacitement au moins, l’existence, au profit du Québec, d’un droit de veto découlant d’une convention?

### 3. La “raison d’être” de la règle conventionnelle

Comme le dit la Cour suprême: “l’objet principal des conventions constitutionnelles est d’assurer que le cadre juridique de la constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l’époque”<sup>30</sup>. À cette fin, les conventions consistent souvent à ignorer, à contredire ou à mettre de côté dans la pratique toutes les règles *juridiques* de la constitution qui ne sont pas (ou ne sont plus) en accord avec les “valeurs” constitutionnelles. Celles-ci constituent par conséquent les “raisons d’être” des conventions. Traditionnellement, on considère que les conventions constitutionnelles peuvent être regroupées en trois grandes catégories, chacune articulée précisément autour d’une “raison d’être” différente.

Les conventions les plus anciennes et les mieux connues — apparues en Grande-Bretagne elles ont été transposées dans toutes les parties du Commonwealth — se rapportent à ce que les anglais appellent le “gouvernement responsable” et s’articulent autour du principe démocratique. Leur “raison d’être” est de faire en sorte que les pouvoirs de l’État soient exercés conformément aux vœux de l’électorat; elles ont trait à la responsabilité ministérielle, au choix du cabinet et du premier ministre, à la dissolution du Parlement, à la sanction royale des projets de lois et ainsi de suite. Elles ont permis le fonctionnement de la démocratie à l’intérieur d’une structure juridique monarchique pourtant tout à fait dépassée et désuète<sup>30a</sup>.

Une seconde catégorie regroupe les conventions nées lors de l’évolution qui a progressivement transformé l’empire colonial britannique en un “Commonwealth” au sein duquel les ex-colonies ont acquis un statut égal et indépendant. La “raison d’être” qui constitue le pivot de ces conventions est l’autonomie et l’égalité des *dominions*. Cette évolution a été consacrée par le *Statut de Westminster* de 1931, dans lequel certaines de ces conventions ont été codifiées<sup>31</sup>.

---

30. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 880.

30a. Dans cette première catégorie, l’on peut aussi ranger la règle en vertu de laquelle le Sénat canadien, qui doit *en droit* donner son approbation à toutes les lois fédérales, ne peut d’après les *conventions* utiliser ses pouvoirs autrement qu’à la manière d’un droit de veto suspensif. En effet, les membres du Sénat sont nommés (par le gouvernement fédéral) et non pas élus; il ne serait pas convenable, par conséquent, que la chambre haute empêche indûment l’entrée en vigueur d’un projet de loi adopté par les Communes.

31. Voir, *supra*, l’introduction à la présente étude ainsi que la note 7. Par convention, la Grande-Bretagne s’est engagée à ne pas légiférer pour le dominion

Enfin, le fonctionnement du système fédéral canadien a offert un terrain fertile à la croissance de conventions constitutionnelles dont la "raison d'être" consiste à assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs de l'État central et ceux des provinces. Certaines de ces conventions ont pour objet d'écarter l'application de dispositions de l'*A.A.N.B.* de 1867 qui sont incompatibles avec un fédéralisme authentique<sup>32</sup>; d'autres doivent permettre une meilleure harmonisation de l'exercice des compétences fédérales et provinciales<sup>33</sup>.

Il semble parfois que la "raison d'être" joue un rôle analogue à celui de l'élément normatif en permettant de distinguer les pratiques susceptibles de donner naissance à une convention des usages qui se justifient par la simple opportunité sans se rapporter à une valeur ou à un principe constitutionnel important. En quelque sorte, seule la pratique qui se fonde sur une "raison d'être" sérieuse est susceptible de donner lieu à une obligation conventionnelle; celle qui ne se justifie que par des considérations d'importance secondaire ne deviendra jamais normative et continuera de relever de la seule convenance.

Le rapprochement entre l'élément intentionnel et la "raison d'être" est également suggéré par le fait que l'on admet traditionnellement une certaine interchangeabilité entre l'un et l'autre: une bonne raison d'être permettrait d'être moins exigeant en ce qui concerne l'"acceptation" des acteurs et, à la limite, pourrait même faire pré-

---

du Canada autrement qu'à la demande de celui-ci, à ne pas faire usage des pouvoirs de "réserve" et de "désaveu" que les articles 55 et suivants de l'*A.A.N.B.* de 1867 prévoient en faveur du gouvernement britannique et à nommer le Gouverneur-Général du Canada sur l'avis du cabinet fédéral. C'est aussi par convention que le pouvoir de conclure les traités internationaux est passé des ministres britanniques aux ministres canadiens. Une autre convention prévoyait l'assentiment des parlements des dominions à la modification des règles relatives à la succession dynastique en Grande-Bretagne.

32. En effet, l'*A.A.N.B.* de 1867 contient des "traits unitaires" assez prononcés, lesquels ont cependant été atténués à la longue par l'effet de l'interprétation jurisprudentielle et par certaines conventions. Voir l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 879: la Cour fait référence à des conventions "relatives [...] à la nomination des lieutenants-gouverneurs, à la réserve ou au désaveu des lois provinciales".
33. *Ibid.*: la Cour réfère aux conventions relatives à la tenue de conférences fédérales-provinciales. De façon plus générale, certaines conventions ont pour objet d'assurer la représentation des diverses régions du pays au sein des organes de l'État central, le cabinet fédéral en particulier. Voir P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, 12.

sumer celle-ci<sup>34</sup>. C'est ce que les avocats du Québec avaient plaidé à l'occasion de l'avis no II. La Cour a cependant refusé de les suivre sur ce terrain et elle a maintenu son exigence d'une preuve de l'élément normatif au moyen d'une "déclaration" expresse des représentants fédéraux (voir *supra*).

Dans l'avis no I, les juges majoritaires ont considéré que la raison d'être de la convention qu'on leur demandait de reconnaître en l'espèce est le principe fédéral: "le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux"<sup>35</sup>. Voilà une conclusion qui, nous semble-t-il, était inévitable<sup>36</sup>.

Si le principe fédéral constitue une excellente base rationnelle pour justifier la nécessité d'un "degré appréciable" de consentement provincial (ou, même, d'un accord unanime), il n'est cependant pas susceptible de fonder la réclamation d'un droit de veto au profit du seul Québec. Aussi, la "raison d'être" invoquée par cette province à l'occasion de l'avis no II était-elle différente: il s'agit du principe de la "dualité canadienne", en vertu duquel "on devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble canadien une société distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte"<sup>37</sup>. C'est là, prétendait-on, la raison d'être de la convention interdisant que les compétences du Parlement du Québec puissent être diminuées sans son consentement. La Cour suprême n'a pas eu à approfondir ce point, étant donné qu'elle estimait par ailleurs que le Québec n'avait pas réussi à faire la preuve de l'acceptation des acteurs et que la carence de

34. C'est ce qui ressort du passage précité de W.I. JENNINGS (*supra*, note 12): "Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle". Voir, également, E. COLVIN, *loc. cit.*, note 11, 15 et 16; P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, 14 et 15.

35. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 905 et 906.

36. Pourtant, la minorité refuse de considérer que le principe du fédéralisme constitue une "raison d'être" adéquate pour la convention dont l'existence était alléguée par les provinces. Pour parvenir à cette conclusion surprenante, elle souligne, en faisant référence aux "traits unitaires" de l'A.A.N.B. (*supra*, note 32), que le fédéralisme canadien possède une "nature particulière": "L'A.A.N.B. n'a pas créé un État fédéral idéal ou parfait" (p. 872). Presque tous les auteurs mentionnés (*supra*, note 11) critiquent vigoureusement ce point de vue; voir, par exemple, P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, 19.

37. Avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), p. 340: le passage précité est emprunté à une résolution adoptée par l'Assemblée Nationale du Québec le 1<sup>er</sup> décembre 1981.

l'élément intentionnel suffisait à faire rejeter sa thèse. Gageons que les juges ont été soulagés de ne pas avoir à traiter de la question du "dualisme" dont les implications politiques sont évidentes et qui possède au Québec un caractère explosif.

### B. La nature des conventions constitutionnelles

La véritable nature des conventions fait l'objet de controverses fort anciennes et toujours actuelles, qui opposent deux camps<sup>38</sup>. Dans le premier, se rangent les auteurs qui restent fidèles à la conception de celui qui est en quelque sorte le "père" du concept: A.V. DICEY<sup>39</sup>. Avec lui, ils considèrent que les conventions sont fondamentalement *différentes* des règles de droit, la principale raison de cette différence de nature découlant de ce que celles-ci sont sanctionnées par les tribunaux alors que celles-là ne le sont pas<sup>40</sup>. En effet, prétendent-ils, les sanctions pour le non-respect d'une convention constitutionnelle, lorsqu'il en existe, sont purement *politiques*: le "délinquant" encourt la réprobation de ses pairs et, ultimement, celle de l'opinion publique et de l'électorat ainsi que les conséquences néfastes qui en découlent<sup>41</sup>. Par contre, les tribunaux auraient toujours refusé de donner un quelconque effet juridique aux conventions.

La deuxième "école" regroupe, autour de Sir Ivor JENNINGS, les auteurs pour lesquels le *droit* de la constitution (au sens strict) et les *conventions* constitutionnelles ont essentiellement la même nature<sup>42</sup>. Ils refusent donc la dichotomie opérée par Dicey au sein des règles de la constitution, notamment en niant que le critère de la distinction entre droit et conventions adopté par celui-ci — l'absence ou l'existence d'une sanction judiciaire — puisse être opératoire<sup>43</sup>.

38. C.R. MUNRO, "Laws and Conventions Distinguished", (1975) 91 *L.Q.R.* 218. L'auteur fait le décompte des forces en présence et résume la controverse.

39. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>e</sup> éd. (par E.C.S. WADE), London, MacMillan and Co., 1960, pp. 417 et ss.

40. Les auteurs en faveur de Dicey sont énumérés par C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 218 (note 1). Le professeur Munro se range lui-même sous la bannière de Dicey.

41. C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 221: "More than any other factor, a principle no higher than political self-interest accounts for the observance of conventions".

42. Les auteurs en faveur de Jennings sont énumérés par C.R. MUNRO (*supra*, note 40). Pour l'oeuvre principale de Jennings, en ce qui concerne sa critique de Dicey, voir *supra*, note 2, 80 et ss.

43. W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 117 et ss. Voir, également, P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, 23 et 24. De fait, le critère de la sanction par les tribunaux est

De fait, la controverse entre les deux camps provient précisément de la différence dans la façon dont chacun interprète l'attitude des tribunaux à l'égard des conventions. Comme on l'a souligné, les tenants de Dicey prétendent que ceux-ci refusent (et doivent refuser) de donner quelque effet juridique que ce soit aux règles conventionnelles. Par contre, l'école de Jennings, tout en admettant que les règles juridiques et les conventions ne sont pas sanctionnées entièrement de la même façon, considère cependant que ces dernières se voient fréquemment reconnaître par les juges un effet juridique réel encore qu'indirect. Lorsque l'on examine les décisions des tribunaux anglais et canadiens sur lesquelles les uns et les autres s'appuient pour tirer ces conclusions contraires, il semble qu'il faille plutôt donner raison au deuxième point de vue: s'il n'est pas d'exemple où le non-respect des conventions aurait été directement sanctionné, celles-ci ont cependant été utilisées à l'occasion pour interpréter les règles de droit et leur donner un sens et une portée que celles-ci n'auraient pas eus autrement<sup>44</sup>.

Cependant, cette constatation ne suffit certainement pas à faire conclure que les conventions ont la même nature que les règles juridiques et qu'il n'existe pas de différences entre les unes et les autres. Il semble plus juste d'analyser les conventions comme une *pratique* constitutionnelle, considérée comme obligatoire par ceux qu'elle concerne parce qu'elle a fait l'objet d'une entente entre eux, à laquelle les juges sont susceptibles de donner un effet normatif indirect en interprétant et en faisant évoluer les règles de droit de façon à ce que celles-ci restent le plus possible en accord avec la réalité politique. Cependant, un tel point de vue exige bien sûr que l'on ne refuse pas de reconnaître au juge tout pouvoir créateur dans ce domaine. Or, les deux positions adverses traditionnelles semblent précisément se caractériser l'une et l'autre par le respect de la vieille fiction "blackstonienne", en vertu de laquelle les tribunaux ne peuvent pas *créer* mais

---

tautologique et mène à une argumentation circulaire: les règles juridiques sont celles qui sont sanctionnées par les tribunaux; ceux-ci ne sanctionnent pas les conventions parce qu'elles ne sont pas juridiques. Pour dépasser cette impasse, il est nécessaire de définir le *droit* autrement que par la seule sanction judiciaire. On débouche alors rapidement sur une controverse de type philosophique qui porte sur la nature même des règles juridiques. Alors que Dicey favorise une définition par le recours à la *sanction/coercition*, Jennings opte davantage pour un concept fondé sur le *consentement* des sujets de droit. Voir C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 221.

44. Voir *infra*, p. 426, section c.

seulement *appliquer* le droit<sup>45</sup>. Dès lors, la première école, qui constate avec réalisme que les conventions ne sont pas du droit, en arrive forcément à la conclusion que les tribunaux doivent refuser de leur donner quelque effet que ce soit<sup>46</sup>. De la même façon, la deuxième école analyse avec justesse la jurisprudence en considérant que celle-ci donne indirectement une certaine application aux règles conventionnelles, mais elle fait ensuite fausse route en concluant que celles-ci ont, pour cette seule raison, la même nature que les règles juridiques.

Dans les deux décisions qu'elle a rendues, la Cour suprême semble aller d'une des deux conceptions traditionnelles à l'autre sans pouvoir se décider entre elles, ni réussir à définir un point de vue qui lui soit propre. En effet, après avoir commencé par emprunter à Dicey la séparation rigoureuse entre "droit constitutionnel" et "conventions de la constitution", ainsi que le critère de la distinction (à savoir que les conventions ne sont pas "administrées" par les tribunaux), elle adopte ensuite la définition suivante des règles conventionnelles:

"...il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume"<sup>47</sup>.

- 
45. "Whenever a Court [...], acting judicially, declares the law, it is presumed to lay down what the law is and was, although it may have been misunderstood in former days...". *Earldom of Norfolk Peerage Claim* (H.L. Committee for Privileges), A.C. 1907, 10, 16 (Lord Davey). Un auteur a défini la fiction blackstonienne de la façon suivante: "The position of the ['Blackstonians'] is that certain basic self-evident legal principles are given which are potentially complete in their substantive scope, so that from them detailed normative rules for every life-situation can be deduced by traditional Aristotelian logic... It embodies the idea that the judicial process is merely to discern and apply all-sufficient pre-existing rules". (Les italiques sont nôtres). Voir W.R. LEDERMAN, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 14 et 15.
46. Cependant, les auteurs de l'école "dicéenne" sont bien forcés de constater que les tribunaux se servent à l'occasion des conventions pour interpréter le droit. Mais, pour eux, cela ne revient pas à leur donner un effet juridique quelconque, même indirect. Voir, par exemple, C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 230 et 231.
47. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 883; la même définition est reprise dans l'avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), p. 328. Dans l'avis du 28 septembre 1981, l'hésitation de la Cour entre les deux conceptions opposées se traduit également par le fait qu'elle adopte le "test" de W.I.

Outre que le “consensus général” invoqué est loin d’exister dans les faits<sup>48</sup>, il est curieux de voir la Cour reconnaître aux conventions une nature qui les place “plus près de la loi que de l’usage” alors qu’elle avait commencé par se rallier au point de vue de l’école de Dicey pour laquelle, on le sait, la différence de nature entre conventions et règles juridiques est *radicale*<sup>49</sup>. Il est vrai que les juges respecteront à nouveau davantage l’orthodoxie de la conception dicéenne en refusant, par la suite, de reconnaître à la convention dont ils ont constaté l’existence dans l’avis no I quelque effet juridique que ce soit, même indirect.

## II. LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ET LES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION

Comment la pratique conventionnelle influence-t-elle les sources formelles du droit? On distingue habituellement trois principaux “modes de relation” entre le droit et les conventions: la *codification* des conventions, leur *crystallisation* et l’*interprétation* du droit par le biais des conventions. Pour plus de clarté, nous traiterons séparément des rapports entre les conventions et le *droit écrit* d’une part, de l’attitude des *tribunaux* à l’égard des conventions d’autre part. Étant donné que la Cour suprême, dans l’avis no II, a refusé de reconnaître l’existence d’un veto conventionnel au profit du Québec, elle n’a pas eu évidemment à considérer dans cette deuxième décision les problèmes reliés aux rapports entre le droit et les conventions. Nous ne référerons donc plus, désormais, qu’à l’avis no I.

### A. Le droit écrit et la codification des conventions

Les conventions sont parfois adoptées et codifiées par le législateur. Elles peuvent également être inscrites dans la constitution.

---

JENNINGS (*supra*, note 12), tout en déclarant par ailleurs que “l’opinion la meilleure et la plus répandue est celle qu’exprime un article de Munro” (celui qui est cité *supra*, note 38): *supra*, note 9, 783. Or, Munro est un représentant typique de l’école de Dicey.

48. C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 234, notes 81 et 82: l’auteur relève des différences considérables dans la définition même du concept adoptée par ceux qui ont écrit sur le sujet.

49. C’est ainsi que le professeur Munro, le représentant le plus articulé à l’heure actuelle de l’école dicéenne, estime qu’il est impossible de distinguer les conventions de la pratique pure et simple, que par conséquent le concept est inutile et qu’il devrait être abandonné. Il propose même de faire disparaître des manuels de droit constitutionnel le chapitre intitulé “conventions constitutionnelles”. Voir C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 234 et 235.



### 1. La codification des conventions par la loi

Il est arrivé que le Parlement reprenne à son compte, dans un texte de loi, une règle conventionnelle dont, par là même, il modifie évidemment la nature. L'opération de codification exige généralement que la portée de la règle conventionnelle soit précisée, le droit s'accommodant mal de l'incertitude qui caractérise un grand nombre de conventions constitutionnelles<sup>50</sup>. D'ailleurs, l'objectif de la codification peut consister précisément à clarifier une règle conventionnelle, comme il peut être d'augmenter son autorité en la transformant en règle de droit et d'améliorer ainsi la sécurité des rapports sociaux qu'elle régit<sup>51</sup>.

Parfois même, la codification d'une convention peut constituer la sanction dirigée contre une violation subie par celle-ci. Le *Parliament Act* de 1911 a été ainsi voté parce que la Chambre des Lords avait fait obstruction à un projet de loi financière déjà approuvé par les Communes, violant de cette façon une convention constitutionnelle préexistante<sup>52</sup>. Non seulement l'irrespect de celle-ci était-il par conséquent sanctionné: une répétition devenait beaucoup plus difficile à l'avenir puisque la règle était désormais contenue dans une loi du Parlement.

Dans la décision de la Cour suprême du 28 septembre 1981, tant la majorité que la minorité reconnaissent que les conventions sont susceptibles d'être transformées en règles juridiques par le législateur<sup>52a</sup>.

---

50. Ainsi, par exemple, en venant codifier la convention préexistante à l'effet que la Chambre des Lords ne saurait s'opposer à l'adoption d'un projet de loi financière voté par les Communes, le *Parliament Act* de 1911 a fixé à deux ans le droit de veto suspensif des Lords à l'égard des lois autres que financières. Ce délai a été ramené à un an par le *Parliament Act* de 1949. De la même façon, si l'on voulait codifier la convention qui interdit au Sénat canadien de s'opposer indûment à l'adoption des projets de lois votés par la chambre des Communes (*supra*, note 30a), il faudrait spécifier une durée précise au-delà de laquelle le Sénat ne peut plus exercer ce qui est devenu un simple droit de veto suspensif. Par comparaison, voir l'article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*infra*, note 105a).

51. Par exemple, c'est pour cette raison que la convention en vertu de laquelle le Parlement britannique ne légifère pas pour les dominions, sauf à la demande de ceux-ci (*supra*, note 31), a été codifiée à l'article 4 du *Statut de Westminster de 1931* (*supra*, note 5).

52. *Supra*, note 50. Voir également, C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 220.

52a. On a également souligné que la loi peut, sans codifier directement une convention, en tenir compte ou la présupposer et lui donner ainsi, en quelque sorte, une consécration indirecte. Voir W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 118 et

## 2. La "constitutionnalisation" des conventions

Lorsqu'il existe une constitution formelle et "rigide" (c'est-à-dire suprême parce que modifiable uniquement selon une procédure spéciale), il est sûrement possible que certaines conventions y soient insérées. Évidemment, il n'en va pas ainsi au Royaume-Uni, mais cela pourrait être le cas au Canada<sup>53</sup>. L'avantage d'une telle "constitutionnalisation" des règles conventionnelles est évident: elles s'imposeront au législateur et pourront être sanctionnées par le biais du contrôle judiciaire de la constitutionnalité ("judicial review"). D'ailleurs, d'aucuns se demandent si certaines conventions relatives à l'exercice du pouvoir royal et gouvernemental n'ont pas déjà été inscrites dans la constitution canadienne de façon *implicite*<sup>54</sup>. On verra plus loin que l'insertion dans la constitution des conventions les plus importantes sera peut-être, dans l'avenir, inévitable au Canada.

---

ss; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17. 9: "Modern statutes continue this strange practice of ignoring the Prime Minister (or provincial Premier) and his cabinet. They always grant powers to the Governor General in Council (or the Lieutenant Governor in Council) when they intend to grant powers to the cabinet. The numerous statutes which do this are of course enacted in the certain knowledge that the conventions of responsible government will shift the effective power into the hands of the elected ministry where it belongs". Au Québec cependant, depuis la refonte législative de 1977, on ne réfère plus au "Lieutenant-Gouverneur en Conseil", mais au "Gouvernement". S'agit-il d'une codification implicite de la convention constitutionnelle? Il est vrai que l'article 61 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-16) dispose que le mot "gouvernement" signifie "le Lieutenant-Gouverneur" et "le conseil exécutif du Québec".

53. Les constitutions d'un certain nombre d'anciennes colonies britanniques parvenues à l'indépendance codifient les conventions les plus importantes, qu'elles ont empruntées à la constitution du Royaume-Uni, en particulier celles relatives au "gouvernement responsable". C'est ainsi que l'article 4 de la Constitution de Ceylan (aujourd'hui *Sri-Lanka*) de 1946 dispose: "All powers, authorities and functions vested in His Majesty or the Governor General shall [...] be exercised as far as may be in accordance with the constitutional conventions applicable to the exercise of similar powers, authorities and functions in the United Kingdom by His Majesty"; cependant, on a ajouté dans la disposition: "no act or omission on the part of the Governor-General shall be called in question in any court of law or otherwise on the ground that the foregoing provisions of this section have not been complied with". Par conséquent, bien que codifiées par cette disposition de la constitution, les conventions en cause ne sont pas susceptibles de donner ouverture à un contrôle juridictionnel. Voir, également, K.J. KEITH, "The Courts and the Conventions of the Constitution", (1967) 16 *I.C.L.Q.* 542.
54. Voir R.I. CHEFFINS, "The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications", (1982) 4 *Supreme Court L.R.* 43, 51.

## B. Les tribunaux et les conventions

Concernant l'attitude des tribunaux à l'égard des conventions, il faut se demander d'abord si ceux-ci peuvent "constater" leur existence et ensuite s'il leur est possible de donner aux conventions un effet juridique, direct ou indirect.

### 1. La "constatation" des conventions

Traditionnellement, même les auteurs qui nient le plus radicalement que les conventions puissent se voir reconnaître un effet juridique quelconque par les tribunaux, admettent cependant que ces derniers sont en mesure d'en constater l'existence, d'en définir et même d'en préciser la portée<sup>55</sup>. De fait, il existe de très nombreux exemples de décisions dans lesquelles les juges ont ainsi accepté de "déclarer" une convention constitutionnelle<sup>56</sup>. Il ne s'agit d'ailleurs pas uniquement de décisions rendues en réponse à des demandes d'avis consultatifs par un gouvernement, mais parfois d'arrêts tranchant un litige entre le gouvernement et un particulier ou impliquant un particulier<sup>57</sup>.

Pourtant, malgré ces nombreux précédents, le gouvernement fédéral a plaidé tout au long de la procédure que la question relative aux conventions constitutionnelles n'était pas "justiciable" et que la Cour devait refuser d'y répondre à cause de son caractère "purement politique". Les juges majoritaires, en soulignant que la constitution du Canada se compose pour partie de règles juridiques mais également, pour partie, de règles conventionnelles, répondent que la question relative à l'existence d'une convention est donc, en partie du moins, de "nature constitutionnelle" et qu'il convient par conséquent d'y répondre<sup>58</sup>. Quant aux juges dissidents, s'il n'en tenait qu'à eux, ils ne répondraient pas à la question car elle ne soulève "aucun point

---

55. C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 231; S.A. SCOTT, "Law and Convention in the Patriation of the Canadian Constitution", (1981) 62 *The Parliamentarian* 183, 186 et 187.

56. Voir les exemples donnés par la Cour suprême dans l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 775 à 783 ainsi que ceux indiqués par W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 122 à 127.

57. Par exemple: *British Coal Corporation v. Rex*, (1935) A.C. 500; *Attorney General v. Jonathan Cape Ltd.*, (1976) 1 Q.B. 752; *Arseneau v. La Reine*, (1979) 2 R.C.S. 136.

58. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 884 et 885.

de droit"<sup>59</sup>, mais ils sont bien obligés de le faire pour exprimer leurs points de désaccord avec la majorité<sup>60</sup>.

## 2. L'effet juridique des conventions

S'il semble bien que les conventions ne peuvent être sanctionnées directement, les tribunaux ont cependant la possibilité de leur donner un effet juridique indirect en les utilisant pour interpréter le droit. En outre, on prétend parfois que les conventions peuvent se "cristalliser" et devenir de véritables règles juridiques.

### a. L'absence de sanction directe

Un assez large consensus semble se faire sur le fait qu'il n'existe pas de sanction directe des conventions, en ce sens qu'il n'est pas possible de sanctionner leur *violation*. Les raisons qu'on peut avancer pour expliquer et justifier ce point de vue sont au nombre de trois.

En premier lieu, on souligne qu'un grand nombre de conventions, voire la plupart, sont *contra legem*. De fait, beaucoup d'entre elles contredisent formellement une règle de droit (non écrite ou, le plus souvent, écrite), en interdisant par exemple au titulaire d'un pouvoir juridique discrétionnaire d'user de celui-ci<sup>61</sup>. Par conséquent, il est impossible pour le juge d'ignorer la règle juridique formelle et d'imposer le respect (ou de punir l'irrespect) de la convention qui

---

59. *Id.*, 849.

60. Sur les 13 juges des trois Cours d'appel provinciales qui avaient été saisies d'une demande d'avis, seul le Juge Hall du Manitoba avait refusé de répondre à la question portant sur l'existence d'une convention. Dans l'avis du 6 décembre 1982 (*supra*, note 11), la Cour estime que la question de l'existence d'un droit de veto conventionnel du Québec est devenue théorique (étant donné que la *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur et qu'elle contient une procédure de modification constitutionnelle qui remplace l'ancienne "tant au point de vue juridique que conventionnel"), mais qu'il appert souhaitable de répondre à la question constitutionnelle afin de dissiper tous les doutes qu'elle suscite" (pp. 331 et 332).

61. Voir l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9): "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. [...] 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" (pp. 880 et 881). La Cour donne deux exemples: la convention qui interdit à la Reine (ou à son représentant) de refuser de donner la sanction à un projet de loi et celle qui oblige un gouvernement battu aux élections à donner sa démission.

contredit le droit<sup>62</sup>. Cependant, cette explication ne vaut que pour les conventions qui sont effectivement *contraires* à une règle juridique; elle perd toute son utilité à l'égard de celles qui ne font que *compléter* ou *préciser* le droit. Or, précisément, la convention dont la Cour suprême a reconnu l'existence dans l'avis no I est de celles-ci (voir *infra*).

Le second motif pour refuser de sanctionner la violation des conventions repose sur l'imprécision qui les caractérise souvent. Comment serait-il possible de punir un éventuel délinquant ou d'intervenir pour faire cesser la violation d'une convention si l'absence de clarté de la règle interdit de savoir à l'avance avec certitude ce qui est permis et ce qui est interdit? Si cette explication est fréquemment valable, ce n'est cependant pas toujours le cas. En outre, les principes et "standards" juridiques sont également fort souvent vagues et ambigus, ce qui n'empêche pas les tribunaux de devoir les appliquer.

La troisième explication repose sur la "fluidité" des conventions qui, prétend-t-on, évoluent et se transforment constamment. Or, une telle transformation peut notamment provenir de ce que certains des acteurs impliqués ne respectent pas la règle conventionnelle, cet écart provoquant non pas la protestation, mais au contraire l'*acquiescement* des autres parties à l'entente<sup>63</sup>. Dès lors, il devient très difficile de distinguer, au moment même où les événements se produisent, une violation véritable de la convention d'un comportement qui ne fait que refléter une modification légitime de la règle conventionnelle. Il faudra souvent laisser passer le temps pour pouvoir juger la situation à la lumière de la conduite subséquente des "acteurs". Ce troisième argument n'est guère plus définitif que les deux précédents. Il existe des cas nombreux où la violation d'une convention ne fait pas de doutes. En outre, les coutumes du droit international public peuvent également se modifier et évoluer par le fait que certaines parties cessent de les respecter, les autres parties exprimant expressément ou tacitement leur accord avec cette conduite. Ceci n'empêche pas les

---

62. En principe, le juge ne peut pas davantage faire valoir les *coutumes* contre la loi formelle ou contre les principes de Common Law. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 45. En droit international public, par contre, l'on admet qu'une coutume puisse déroger à un traité, à condition qu'il y ait accord entre les parties. Dans ce cas, le juge international ou l'arbitre donnera effet à la coutume même si elle est *contra legem*.

63. Voir E. COLVIN, *loc. cit.*, note 11, 17 et ss.

tribunaux et les arbitres internationaux de sanctionner et d'appliquer les coutumes<sup>64</sup>.

Il reste que l'on pourrait fonder le refus traditionnel des tribunaux de donner des effets juridiques directs aux conventions sur l'origine et le mode d'élaboration de ces dernières: en effet, elles sont créées par la pratique gouvernementale et non pas par le juge ou le législateur. Cependant, les coutumes internes originent elles aussi du comportement des sujets de droit et pourtant, à certaines conditions, les tribunaux acceptent de les sanctionner<sup>65</sup>.

Une conclusion se dégage par conséquent: si les conventions ne sont pas directement appliquées par les tribunaux, ce n'est pas parce qu'elles sont toujours, par nature, insusceptibles de recevoir une sanction ou un effet juridique direct.

C'est plutôt que les tribunaux ne se reconnaissent pas le pouvoir de créer du droit, à partir de la pratique, de cette façon. Cette constatation semble avoir amené certains auteurs à proposer la théorie de la "cristallisation".

#### b. La théorie de la "cristallisation" des conventions

Cette théorie consiste à soutenir que certaines conventions sont susceptibles de changer de nature et de se transformer en règles juridiques, auxquelles les tribunaux devront évidemment donner effet dès lors<sup>66</sup>. Ce qui est quelque peu paradoxal, c'est que pour les

---

64. Cependant, en droit international, on admet qu'il est possible de faire échec à la formation d'une nouvelle coutume, qui a pour effet d'en modifier ou d'en abroger une ancienne, précisément en faisant sanctionner cette dernière par un organe juridictionnel (juge ou arbitre). Voilà qui souligne le caractère circulaire et tautologique de ce troisième argument: les conventions ne sont pas sanctionnables par le juge parce qu'il est difficile de distinguer entre leur violation et ce qui n'est qu'une modification légitime; si cette distinction est si difficile, c'est parce qu'il est impossible de faire sanctionner les règles conventionnelles.

65. Sur la distinction entre conventions et coutumes, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 62, 56, ainsi que la note 62, *supra*. Les auteurs, soulignent que la distinction entre les deux catégories de règles n'est souvent pas facile.

66. La théorie de la cristallisation ne s'applique évidemment qu'aux conventions qui ne sont pas, par nature, insusceptibles d'être changées en règles juridiques, c'est-à-dire celles à l'égard desquelles il n'est possible de soulever aucune des trois objections mentionnées à la page 418, section a. Il doit par conséquent s'agir de conventions: a) qui ne sont pas *contra legem* mais qui précisent ou complètent le droit; b) dont le contenu présente une précision

auteurs qui défendent ce point de vue, il revient aux juges eux-mêmes d'opérer la "cristallisation". Par conséquent, on a l'impression très nette que la théorie de la cristallisation revient à inviter les tribunaux à faire indirectement ce qu'ils refusent de faire directement; elle leur demande en quelque sorte de transformer les conventions, non applicables en tant que telles, en règles de droit coutumier (*Common Law*) afin de pouvoir leur donner effet.

À notre connaissance, l'on ne peut citer véritablement qu'une seule décision dans laquelle les juges ont appliqué expressément la théorie de la cristallisation<sup>67</sup>, laquelle est par ailleurs rejetée par la plus grande partie de la doctrine. Deux arguments principaux peuvent être soulevés à son encontre.

Le premier consiste à souligner une incohérence de la thèse du changement de nature. Si l'on accepte que la règle conventionnelle soit devenue juridique par le fait d'être reconnue et appliquée par les tribunaux (si la convention est devenue du *Common Law*), cela signifierait qu'elle n'est plus désormais susceptible d'être modifiée que par les tribunaux. Or, en réalité, il est évident qu'une convention peut être modifiée dans l'arène politique, indépendamment de toute décision judiciaire: si, par exemple, les politiciens l'abandonnent, les tribunaux ne pourront plus en reconnaître l'existence dans une décision subséquente<sup>68</sup>. La théorie de la cristallisation contredit par consé-

---

acceptable; c) dont la violation peut être constatée avec une certitude raisonnable. Certains auteurs défendent vigoureusement la théorie de la cristallisation, comme W.R. LEDERMAN, d'autres y font référence de façon plus elliptique, comme P.W. HOGG ou H. BRUN et G. TREMBLAY. Enfin, pour d'autres encore, comme W.I. JENNINGS, il est difficile de savoir leur opinion. Voir W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 127; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17, 8; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 62, 49; W.R. LEDERMAN, *op. cit.*, note 45, 96 à 100; *Id.*, note 11, 540. Du même auteur, voir également: "The Process of Constitutional Amendment for Canada", (1966-67) 12 *McGill Law Journal* 371; "Constitutional Amendment and Canadian Unity", (1978) *Law Soc. U.C. Lectures* 17.

67. *In re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act; In re Minimum Wages Act; In re Limitation of Hours of Work Act*, (1936) R.C.S. 461, 476-478 (par le Juge en chef Duff). Au sujet de cette décision, voir W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 126 et 127.

68. Cette objection contre la théorie de la cristallisation est soulevée par P. RUSSEL, *loc. cit.*, note 11, 23. Cependant, d'après le professeur Lederman, si les règles conventionnelles sont devenues du "droit coutumier" (customary law), ce dernier est susceptible lui-même de se modifier progressivement pour s'ajuster à une nouvelle réalité: "Underlying custom, precedent and practice are of course the established expectations of the people about the process, and these expectations are not unchanging. There is such a thing

quent la réalité des choses. Si elle était acceptée, elle aurait pour effet de conférer aux conventions une rigidité qui leur enlèverait une bonne partie de leur raison d'être. Nous pensons que la Cour suprême a raison lorsqu'elle affirme que la seule façon de conférer aux conventions une nature juridique consiste à les codifier dans une loi ou dans la constitution.

La deuxième objection repose sur le caractère déclaratoire du rôle des tribunaux en matière de Common Law. Sans doute s'agit-il d'une fiction, mais celle-ci joue un rôle central dans la conception que l'on se fait encore aujourd'hui de la fonction judiciaire dans les pays anglo-saxons<sup>69</sup>. En effet, les règles du *Common Law* existent, prétend-t-on, de façon immémoriale et les juges ne font que les déclarer<sup>70</sup>. Par conséquent, accepter d'incorporer une convention au *Common Law* reviendrait pour les tribunaux à reconnaître qu'elle en a toujours fait partie, ce qui serait manifestement erroné (par exemple, si le Souverain ne peut plus aujourd'hui, par convention, refuser l'assentiment royal à un projet de loi, il n'en a cependant pas toujours été historiquement ainsi). Si, au contraire, les tribunaux acceptaient de transformer les conventions en règles de droit pour l'avenir seulement, ils se reconnaîtraient par là même le pouvoir de légiférer (de créer le droit), ce qui est contraire à la conception que l'on se fait, en pays de *Common Law*, de la séparation des pouvoirs entre les juges et le Parlement<sup>71</sup>.

Il existe par conséquent des motifs sérieux pour ne pas accepter la théorie de la cristallisation. Dans l'avis no I, la Cour suprême la rejette effectivement de façon unanime, mais en s'appuyant sur des raisons qui ne sont pas, nous semble-t-il, les bonnes<sup>72</sup>. Ainsi, pour écarter l'argument avancé par les huit provinces requérantes à l'effet que la règle conventionnelle relative à la modification de la constitution s'est transformée en règle juridique, certains des juges rappellent le caractère *contra legem* de la plupart des conventions (*supra*): "ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de

---

as the development of new elements in customary laws. Such laws may change incrementally, step by step, in response to developing appreciation by the people of changes in the conditions obtaining in our society"; voir W.R. LEDERMAN, *op. cit.*, note 45, 99 et 100.

69. *Supra*, note 45. Pour une bonne critique de la fiction "blackstonienne", voir W.R. LEDERMAN, *op. cit.*, note 45, 15 et ss.

70. Voir la citation de Lord Davey, *supra*, note 45.

71. S.A. SCOTT, *loc. cit.*, note 55, 189 et 190. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 788.

72. *Id.*, 774 à 784, 856, 882.



faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi<sup>73</sup>. L'argument est cependant dénué de toute pertinence en l'espèce puisque la convention en cause ne *contredit* nullement le droit, mais le *complète* tout au contraire.

De même, la Cour déclare qu'"il est impossible d'imposer en droit une convention vu sa nature même: l'origine en est politique et elle est intimement liée à une reconnaissance politique continue de ceux pour le bénéfice et au détriment (le cas échéant) desquels elle s'est développée..."<sup>74</sup>. On ne comprend vraiment pas comment ce qui précède pourrait servir à écarter la thèse de la cristallisation, laquelle postule précisément un changement de nature de la règle conventionnelle et sa transformation en règle *juridique*.

La Cour s'emploie également, sans succès à notre avis, à distinguer de l'espèce le principal précédent qui lui était soumis par les provinces, à savoir le jugement du juge en chef Duff dans l'affaire dite des *Conventions de Travail*<sup>75</sup>. Cet arrêt constitue précisément, à notre connaissance, le seul exemple d'acceptation expresse de la théorie de la cristallisation par les tribunaux. Il porte sur la convention constitutionnelle en vertu de laquelle le pouvoir de conclure les accords internationaux pour le compte du Canada est passé du gouvernement britannique à l'exécutif canadien.

Pour écarter ce précédent gênant, la Cour suprême affirme, de façon tout à fait incompréhensible, qu'en reconnaissant que cet usage constitutionnel s'était cristallisé "en une règle de droit constitutionnel à laquelle les tribunaux donneront effet", le juge en chef Duff "traitait alors d'une évolution qui est caractéristique du droit international coutumier...". Si la Cour veut signifier par là que c'est en vertu d'une coutume du droit *international* public que le Canada a reçu de la Grande-Bretagne le pouvoir de conclure les traités, elle fait évidemment erreur de la façon la plus complète: il est incontestable que ce transfert de pouvoir a résulté d'un usage *constitutionnel*<sup>76</sup>.

---

73. *Id.*, 882.

74. *Id.*, 774 et 775.

75. *Supra*, note 67.

76. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 778. Dans le même passage, la Cour suprême tente de mettre le Juge en chef Duff en contradiction avec lui-même en soulignant son jugement dans le *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales* ((1938) R.C.S. 71, 78), où celui-ci avait refusé de considérer une éventuelle convention constitutionnelle dont on alléguait qu'elle aurait fait tomber en désuétude l'article 90 de l'A.A.N.B.

Enfin, un dernier passage du jugement mérite d'être souligné: il s'agit de celui dans lequel la Cour suprême analyse l'arrêt du Conseil privé dans la célèbre affaire *Madzimbamuto*<sup>77</sup>. Le litige qui avait été soumis au Comité judiciaire soulevait le problème suivant: le Parlement britannique est-il lié par la convention dont le Royaume-Uni a formellement reconnu l'existence, savoir qu'il ne légiférerait pas pour la Rhodésie du Sud sur des questions de la compétence de la législature de ce pays sans le consentement de son gouvernement, ou, au contraire, ladite convention peut-elle être annulée par des lois britanniques rendues applicables à la Rhodésie du Sud après la déclaration unilatérale d'indépendance du gouvernement de ce pays? Le Conseil privé a jugé a) que la convention n'avait pas pour effet juridique de limiter le pouvoir du Parlement et b) que si le Parlement décide de violer une convention, les tribunaux ne pourront conclure que la loi du Parlement est invalide. La Cour suprême du Canada semble considérer que ce jugement du Comité judiciaire constitue une position de principe d'où l'on pourrait déduire que les tribunaux doivent refuser de donner quelque effet juridique que ce soit aux conventions. Ce faisant, elle ignore cependant deux aspects importants du jugement dans l'affaire *Madzimbamuto*.

En premier lieu, la convention dont il s'agit dans cette affaire est *contra legem*. En effet, le principe de la compétence législative illimitée du Parlement britannique (ou "souveraineté du Parlement") découle du *Common Law*. Le jugement du Conseil privé ne peut par conséquent être d'aucun secours lorsqu'il s'agit de décider de l'effet à

---

de 1867, en vertu duquel le Gouverneur-Général a le pouvoir de *désavouer* (i.e. annuler) les lois provinciales dans un délai d'un an après leur entrée en vigueur. La comparaison entre l'affaire des "Conventions de Travail" et celle relative au pouvoir de réserve et de désaveu est cependant dénuée de pertinence: dans le premier cas, il s'agissait d'une règle conventionnelle complétant le droit (cf. W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 127), rien n'interdisant par conséquent — en théorie du moins — que la Cour lui reconnaisse un effet juridique; par contre, dans le deuxième cas, comme l'explique bien le Juge en chef Duff, la convention alléguée est *contra legem* et il n'est donc pas possible pour le tribunal d'en tenir compte, puisque ceci l'entraînerait à refuser de donner effet à une disposition formelle et sans ambiguïté de l'A.A.N.B. Dans l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9, 885), la Cour souligne d'ailleurs elle-même, dans un autre passage, cette particularité du *Renvoi sur la réserve et le désaveu*, le manque de cohérence avec le passage précité étant évidemment fort surprenant.

77. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 775 et 776. Il s'agit de l'affaire *Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*, (1969) 1 A.C. 645.

donner à une convention qui ne contredit pas le droit mais, tout au contraire, le *complète*<sup>78</sup>.

En second lieu, il faut se rappeler que le Parlement britannique, précisément parce qu'il est souverain et que la constitution anglaise est entièrement souple, peut par une loi ordinaire modifier ou abroger toute règle de droit, y compris les règles *juridiques* de la constitution. Par conséquent: a) la souveraineté du Parlement n'est pas plus limitée par le *droit* de la constitution que par les *conventions* constitutionnelles et b) si les tribunaux ne peuvent conclure qu'une loi est inconstitutionnelle parce qu'elle viole une *convention*, ils ne le peuvent pas davantage dans les cas où elle contredit une règle de *droit* constitutionnel.

Cependant, le Canada n'est pas la Grande-Bretagne et les parlements canadiens, tant le Parlement fédéral que les législatures des provinces, ne sont pas souverains au même titre que le Parlement britannique. Les tribunaux canadiens, contrairement aux tribunaux du Royaume-Uni, se sont de tout temps reconnus le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois fédérales et provinciales, c'est-à-dire leur conformité aux dispositions de l'*A.A.N.B.*

La Cour suprême considère apparemment que cette différence fondamentale de nature entre les deux systèmes constitutionnels n'empêche aucunement la transposition pure et simple des principes et des décisions britanniques dans le droit constitutionnel canadien. Nous verrons plus loin que le caractère "rigide" (ou suprême) de la constitution canadienne et l'existence d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité modifient cependant radicalement la problématique relative à l'application des conventions par rapport à ce qu'elle est en droit anglais.

Quoiqu'il en soit et même si l'on peut estimer que les raisons sur lesquelles la Cour suprême s'appuie pour rejeter la théorie de la cristallisation ne sont pas convaincantes, nous sommes d'accord avec sa conclusion: les tribunaux ne peuvent changer la nature des conventions et les transformer en règles juridiques car ils leur enlèveraient ainsi la fluidité qui fait leur avantage et rendraient impossibles leur modification et leur évolution sur le terrain de la pratique politique. Étant donné, comme on l'a vu, que les tribunaux n'acceptent pas davantage de donner un effet juridique direct aux conventions en tant que telles, il ne reste donc, comme seule possibilité de leur reconnaître un effet quelconque, que leur utilisation pour interpréter le droit.

---

78. L'affaire *Madzimbamuto* présente donc plus d'analogies avec le *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu* (*supra*, note 76) qu'avec le problème soumis à la Cour suprême dans l'avis du 28 septembre 1981.

### c. L'interprétation du droit par les conventions

Il est unanimement accepté que les tribunaux puissent faire usage des conventions dont ils constatent et reconnaissent l'existence pour interpréter le droit, surtout lorsque celui-ci n'est pas contredit mais complété par la règle conventionnelle. Cependant, le même accord ne se fait pas sur la *signification* qu'il convient de donner à cette opération. Pour les auteurs qui appartiennent à l'école de Dicey, l'utilisation des conventions comme moyen pour interpréter le droit ne signifie pas que les tribunaux leur donnent pour autant un quelconque effet juridique<sup>79</sup>. Par contre, l'école de Jennings estime que l'on peut démontrer à l'aide des décisions dans lesquelles les tribunaux ont interprété le droit à la lumière des conventions, que celles-ci reçoivent de cette façon un effet juridique réel, quoique indirect<sup>80</sup>. Étant donné le caractère très créatif, en droit anglo-saxon, de l'opération d'interprétation judiciaire, il semble bien que l'on doive accepter plutôt ce dernier point de vue: en interprétant le droit à l'aide des conventions, le juge se sert de celles-ci pour résoudre les ambiguïtés et les imprécisions des règles juridiques et même, à l'occasion, pour combler les lacunes laissées par celles-ci<sup>80a</sup>.

Pour ne prendre qu'un exemple parmi d'autres, dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*<sup>81</sup> la Cour suprême s'est fondée sur l'analyse de la *pratique* en matière de modification constitutionnelle pour interpréter la portée d'une disposition importante de l'*A.A.N.B.* En effet, l'article 91(1) de l'*Acte* donne compétence au Parlement fédéral pour modifier (par simple loi fédérale) "la constitution du Canada" sauf cinq catégories de sujets expressément énumérés. Il s'agissait de savoir si, en vertu de ce pouvoir de révision constitutionnelle qui lui a été attribué en 1949 par une loi britannique modifiant l'*A.A.N.B.* de 1867<sup>82</sup>, le Parlement fédéral peut modifier les dispositions de la

79. Pour un auteur particulièrement représentatif de ce point de vue, voir C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 229 et ss.

80. W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 2, 122 et ss; J.D.B. MITCHELL, *Constitutional Law*, Edinburgh, W. Green and Son Ltd., 1964, pp. 27 et ss. Pour les décisions dans lesquelles les tribunaux se sont servis de conventions pour interpréter le droit, voir *supra*, note 56 ainsi que les exemples donnés par C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 231.

80a. Pour une bonne analyse de l'interprétation judiciaire comme phénomène de création du droit, voir H. KELSEN, *op. cit.*, note 2, 453 et ss.

81. *Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, (1980) 1 R.C.S. 54.

82. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique (No 2) de 1949*, S.R.C. 1970, app. II, no 31 (abrogé par la *Loi constitutionnelle de 1982*).

constitution relatives aux pouvoirs, au statut et à la nomination des membres de la chambre haute (appelée le "Sénat"). Ces dispositions ne faisant partie d'aucune des cinq exceptions expressément énumérées à l'article 91(1), le gouvernement fédéral était persuadé qu'elles étaient par conséquent "souples".

La Cour suprême n'a pourtant pas retenu ce point de vue. Après avoir considéré que le Sénat était destiné, dans les plans des "pères de la Confédération", à représenter les provinces et à assurer par ce biais leur participation à l'exercice du pouvoir législatif fédéral, la Cour a entrepris d'examiner la pratique antérieure à 1949 en matière d'amendement constitutionnel. Elle a constaté alors l'existence de deux façons de procéder bien différentes: si les modifications opérées avant 1949 ont bien été faites par le Parlement anglais à la seule demande des deux chambres fédérales dans tous les cas où elles n'intéressaient que l'État central, par contre, à chaque fois qu'un amendement touchait les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs des provinces, le gouvernement fédéral n'a entrepris de saisir les autorités britanniques qu'après avoir obtenu l'accord de toutes les provinces intéressées.

Dans l'*avis sur le Sénat*, la Cour avait déjà par conséquent identifié l'élément matériel (les précédents) de la convention dont elle constatera l'existence plus tard, dans l'avis du 28 septembre 1981. Elle en tire les conclusions suivantes: la *pratique* constitutionnelle antérieure à 1949 démontre qu'à cette date l'on a simplement voulu, en conférant au Parlement fédéral son pouvoir limité de réviser la constitution, lui permettre de modifier directement celles parmi les dispositions de la constitution qu'il lui était déjà loisible de faire amender par Londres, avant 1949, *sans* avoir à obtenir l'assentiment préalable des provinces, c'est-à-dire les dispositions qui ne sont relatives ni aux relations fédérales-provinciales, ni aux pouvoirs des provinces. Par contre, pour modifier ces deux dernières catégories de dispositions, après 1949 comme avant, la seule façon de procéder consiste à saisir le Parlement de Westminster d'une demande d'amendement de l'*A.A.N.B.* après avoir obtenu l'*accord des provinces*. Étant donné que les articles de l'*A.A.N.B.* relatifs au Sénat affectent la structure fédérative, ils ne sont pas, par conséquent, susceptibles d'être modifiés par simple loi fédérale<sup>83</sup>.

On constate donc dans cette affaire que la Cour suprême interprète le *droit* de la constitution à la lumière de la *pratique* constitutionnelle (sans même que cette pratique soit encore formellement

83. *Avis relatif à la Chambre haute*, *supra*, note 81, 63 et ss.

reconnue comme constituant une convention), d'une façon telle qu'il n'est sûrement pas exagéré de dire que le tribunal a donné à la pratique en cause un effet juridique indirect mais réel<sup>83a</sup>.

Dans son avis du 28 septembre 1981, la Cour suprême a analysé un certain nombre de décisions qui avaient été citées par les provinces requérantes pour appuyer la théorie de la "cristallisation". Si la Cour, comme on l'a vue, rejette cette dernière, elle semble pourtant admettre que les décisions en cause illustrent au moins que les conventions sont susceptibles d'être utilisées pour *interpréter* le droit<sup>84</sup>. Cependant, en l'espèce, le tribunal ne met aucunement cette possibilité en pratique. En effet, à aucun moment la convention dont l'existence a été reconnue n'est-elle considérée pour éclairer les règles juridiques applicables en matière de modification de la constitution. Pourtant, comme nous allons voir, le contexte s'y prêtait parfaitement.

En effet, les provinces requérantes ayant demandé à la Cour de dire si, outre une convention, il n'existait pas également une règle de *droit* constitutionnel interdisant aux chambres fédérales de demander unilatéralement la modification de la constitution par Londres, les juges majoritaires commencent par constater l'existence, sur ce point, d'une *lacune juridique*:

"Bien que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique soit lui-même muet sur la question du pouvoir des Chambres fédérales de procéder par résolution pour modifier l'Acte par adresse à Sa Majesté, son mutisme est un argument favorable à l'existence de ce pouvoir tout autant qu'il pourrait indiquer le contraire" (les italiques sont nôtres)<sup>85</sup>.

83a. Un arrêt de la High Court d'Australie datant de 1958 constitue un autre bon exemple de décision dans laquelle une convention constitutionnelle reçoit un effet juridique indirect par le fait qu'elle sert à interpréter le droit: *Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Proprietary Ltd.*, (1958) 100 C.L.R. 597. Dans l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9, 781), les juges majoritaires de la Cour suprême rejettent ce précédent en déclarant que la convention "n'aurait servi à rien" si une loi était venue la contredire. Voilà qui est incontestable... mais tout à fait dépourvu de pertinence pour le problème à l'étude puisque, en l'occurrence, la convention relative à la modification de la constitution n'est pas *contra legem* mais que, au contraire, elle ne fait que *compléter* le droit. La Cour suprême omet par conséquent — une nouvelle fois — de distinguer, en ce qui concerne leur effet juridique éventuel, les conventions qui *contredisent* le droit et celles qui le *précisent* ou le *complètent*. Voir *supra*, notes 76 et 78 et les développements au texte.

84. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 775 à 783.

85. *Id.*, 786.

Pour commencer, il y a lieu de souligner le caractère fort surprenant de l'affirmation contenue dans le dernier membre de phrase précité: dans un ordre juridique comme celui du Canada, où la constitution possède une valeur hiérarchique suprême, un organe de l'État n'a de pouvoirs que ceux que la constitution lui accorde, expressément ou implicitement. Par conséquent, si celle-ci est, comme le dit la Cour, "muette" sur la question du pouvoir des Chambres fédérales, la logique juridique élémentaire voudrait que l'on en conclue que ledit pouvoir n'existe pas. Le contraire signifierait que les Chambres fédérales possèdent en quelque sorte un pouvoir intrinsèque, "originaire", antérieur et supérieur à la constitution elle-même. Sans doute ceci est-il vrai du Parlement britannique, puisqu'en Grande-Bretagne la constitution est entièrement souple et susceptible d'être à tout moment modifiée par une loi ordinaire du Parlement; mais les principes applicables au Canada sont tout à fait différents. Toute transposition au Canada des conclusions valables pour la Grande-Bretagne repose par conséquent sur une prémisse fondamentale qui est totalement fautive<sup>86</sup>.

Admettons cependant, par hypothèse, que les juges majoritaires aient raison et que la lacune qu'on trouve dans la constitution puisse être interprétée autant comme une *habilitation* en faveur des chambres fédérales que comme une *prohibition* à leur endroit. Comment choisir entre ces solutions contradictoires? Deux voies s'offraient tout naturellement à la Cour, qui conduisaient au même résultat. La première est celle qu'ont suivie les deux juges dissidents<sup>87</sup>. Elle consiste à faire appel aux principes *juridiques* fondamentaux sur lesquels repose la constitution pour en déduire une règle susceptible de combler la lacune de l'*A.A.N.B.* La constitution canadienne s'articule de toute évidence autour du principe fédéral; celui-ci est manifestement incompatible avec un état de choses où l'État central pourrait modifier unilatéralement les compétences des États membres: par consé-

---

86. Voir, sur ce point, N. LYON, *loc. cit.*, note 11, 59 et 60: "... the majority opinion is based on the fallacious assumption that the Parliament of Canada, like the mother Parliament, has unlimited powers in law.... In accepting this starting point, the majority find their analogy in biology rather than constitutional theory. They believe that once the Parliament of Canada was created and empowered by the constitutive act it could then free itself of that Act and simply assert unlimited powers on the basis, not of law, but of pedigree".

87. Il s'agit des juges Martland et Ritchie, pour lesquels le projet fédéral de modification de la constitution (sans l'accord d'un nombre "appréciable" de provinces) est *illégal*: voir l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 809 et ss. Les juges citent de nombreux cas où le silence de l'*A.A.N.B.* a été interprété par référence au principe fondamental du fédéralisme.

quent, le pouvoir des chambres fédérales de procéder par résolution pour modifier l'Acte sans l'accord des provinces n'existe pas<sup>88</sup>.

L'autre solution, alternative ou complémentaire de la précédente, consistait à interpréter la lacune juridique de l'A.A.N.B. à la lumière de la pratique, c'est-à-dire de la convention constitutionnelle dont la Cour — majoritairement — reconnaît l'existence: la démarche n'eût pas été plus audacieuse ou moins convaincante que celle qui a été utilisée dans l'*avis relatif à la Chambre haute (supra)*. Mais les juges majoritaires n'y ont pas consenti; ils ont interprété le silence de l'A.A.N.B. en matière de modification de la constitution en faisant totalement et rigoureusement abstraction de la pratique conventionnelle suivie dans ce domaine pendant plus de cinquante ans. Ce faisant, la Cour a refusé d'accorder aux conventions constitutionnelles le genre d'effet indirect que les tribunaux leur reconnaissent habituellement et régulièrement, du moins lorsqu'elles ne sont pas *contra legem* et qu'elles précisent ou complètent le droit, comme c'était le cas en l'espèce. On ne saurait imaginer un divorce plus radical, une séparation plus complète entre les *sources formelles* du droit de la constitution et la *pratique* constitutionnelle.

## CONCLUSION

Les conclusions que l'on peut tirer de cet examen des deux décisions de la Cour suprême relatives à la modification de la Constitution se situent sur deux plans: a) la façon dont la Cour suprême s'est acquittée de la tâche de définir les normes fondamentales de l'ordre juridique canadien; b) la compatibilité des conventions constitutionnelles avec l'existence d'une constitution "rigide" et d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité.

### A. La Cour suprême et les normes fondamentales de l'ordre juridique canadien

Après avoir longuement analysé les rapports entre le droit et la pratique conventionnelle, la Cour suprême en arrive à la conclusion que celle-ci est sans effet aucun sur celui-là<sup>89</sup>. Ce qui lui permet d'affirmer, après avoir reconnu que l'assentiment des provinces aux modifications constitutionnelles qui les concernent fait l'objet d'une

88. *Id.*, 844 et 845.

89. *Id.*, 808: "L'évolution qui a suivi [le Statut de Westminster, 1931] est sans effet sur la situation juridique". (les italiques sont nôtres).



pratique plus que cinquantenaire et qui a donné lieu à la formation d'une convention, que *légalement* les deux chambres fédérales sont libres de demander unilatéralement à Londres un amendement qui a pour effet d'amoindrir les pouvoirs des parlements provinciaux.

La logique utilisée par la Cour l'entraîne également vers une autre conclusion, plus paradoxale encore. En effet, c'est en vertu d'une simple convention constitutionnelle que le Parlement anglais s'est engagé, il y a fort longtemps, à toujours donner effet, sans s'interroger sur leur pertinence, aux demandes de modification de l'*A.A.N.B.* formulées par le Canada. De la même façon, c'est-à-dire toujours conventionnellement, le Parlement britannique s'interdit depuis plus d'une centaine d'années toute initiative dans ce domaine. Par contre, en *droit* strict, il a gardé une compétence législative absolue et discrétionnaire à l'égard du Canada. Comme la Cour suprême affirme que les conventions n'ont aucun effet sur la situation juridique, elle est par conséquent obligée d'admettre — ce sont les avocats des provinces qui l'acculent à cette nécessité — que *légalement* le Parlement anglais pourrait prendre l'initiative de modifier la constitution canadienne selon ses propres fantaisies et que, plus encore, rien ne l'empêche de faire à nouveau du Canada une colonie britannique<sup>90</sup>. Sans qu'elle le dise, on comprend également que la Cour suprême ne refuserait pas de faire appliquer une loi anglaise qui produirait de tels effets<sup>91</sup>. Pour arriver à de telles conclusions, la Cour suprême a dû accepter de donner le primat à la fiction juridique sur la réalité politique; étant donné que la question qu'elle devait résoudre porte sur les normes fondamentales de l'ordre juridique canadien, les conséquences d'une telle option sont évidemment considérables et il est encore difficile d'en saisir toute la portée.

En effet, on demandait à la Cour de définir et de préciser les règles applicables au *pouvoir constituant* canadien, c'est-à-dire d'explicitier la *norme fondamentale* (ou "Grundnorm") du système juridique national. En vertu des seules règles juridiques, considérées isolément, ce pouvoir constituant est le Parlement britannique, agissant seul et discrétionnairement. Par contre, selon les conventions et dans la réalité pratique, le pouvoir constituant canadien consiste en l'assemblage complexe de plusieurs organes juridiques qui doivent

---

90. En effet, à plusieurs reprises, les sept juges majoritaires (sur la *légalité* de la démarche fédérale) répètent que l'autorité *juridique* du Parlement britannique de modifier l'*A.A.N.B.* est restée absolue et discrétionnaire, voir l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), pp. 799, 801, 807.

91. Voir D. SOBERMAN, *loc. cit.*, note 11, 78.

coopérer, de façon différente selon le cas: le Parlement anglais agissant à la demande des seules chambres fédérales dans les cas où la modification n'intéresse pas les provinces, les autres cas étant ceux où la demande fédérale de modification doit avoir obtenu préalablement un "degré appréciable" d'accord provincial<sup>92</sup>.

La Cour devait donc choisir entre deux "normes fondamentales" possibles: l'une conforme au seul principe de la *validité* juridique, l'autre conforme à l'*effectivité*. On a vu (*supra*: introduction) qu'au niveau ultime de l'ordre juridique il est, de toute façon, vain de vouloir prouver la validité des normes dernières et que celles-ci ne peuvent, par principe, être fondées que sur l'effectivité. La Cour suprême, en refusant de tenir compte des conventions et de la pratique, opère donc une rupture radicale entre l'ordre juridique canadien et la réalité politique là où, précisément, le passage (la communication) entre la validité et l'effectivité est impératif<sup>92a</sup>.

De cette façon, la Cour suprême maintient également le caractère "colonial" de la constitution canadienne, puisque la validité de celle-ci repose non pas sur le fait qu'elle résulte désormais d'une entente entre le fédéral et les provinces, mais uniquement sur le fait qu'elle a été votée à Londres. Au contraire, en donnant un effet juridique, même indirect, aux conventions, la Cour aurait assuré le caractère "autochtone" (en partie du moins) de la constitution<sup>93</sup>.

92. Lorsqu'il modifie l'A.A.N.B., le Parlement britannique n'agit donc pas en tant qu'organe législatif du Royaume-Uni, mais bel et bien comme organe du "pouvoir constituant" canadien et, selon un constitutionnaliste anglais éminent, la conclusion qu'il faut en tirer, c'est qu'il est alors *lié* par les conventions relatives à la modification de la constitution canadienne, notamment celle en vertu de laquelle les amendements qui affectent les pouvoirs des provinces doivent recevoir l'approbation de celles-ci. Par conséquent, le Parlement britannique agirait *inconstitutionnellement* (mais non pas *illégalement*, bien sûr) s'il votait une résolution transmise par les Chambres fédérales agissant sans l'accord des provinces. Voir G. MARSHALL, *loc. cit.*, note 22, 367 et 368. Cette opinion est partagée par deux spécialistes canadiens de grand renom: voir W.R. LEDERMAN, "The Process of Constitutional Amendment for Canada", *supra*, note 66, 379; P. GÉRIN-LAJOIE, "Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada", (1951) 29 *R. du B. Can.* 1136, 1156. Par contre, le professeur Hogg est d'avis que les conventions canadiennes relatives à la modification de l'A.A.N.B. ne lient pas le Parlement du Royaume-Uni, voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17, 21.

92a. E. COLVIN, *loc. cit.*, note 11, 15 et 16.

93. Sur la difficulté de donner un caractère "autochtone" aux constitutions de certains pays membres du Commonwealth (sans créer de rupture dans la continuité juridique), voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 17, 24 et ss; O. HOOD

L'importance d'un tel résultat n'est pas d'ailleurs que symbolique. En reconnaissant que le Parlement anglais conserve un pouvoir juridique discrétionnaire sur la constitution canadienne, la Cour suprême laisse planer une menace pour le futur: non pas celle que constituerait une initiative britannique non désirée, mais l'éventualité d'une réédition de la tentative fédérale unilatérale qui a donné lieu à la décision du 28 septembre 1981. En effet, rien n'interdit d'imaginer que le gouvernement fédéral puisse, dans l'avenir, demander à Londres une autre modification de la constitution canadienne, ignorant ainsi la procédure de révision (ou "formule d'amendement" selon l'anglicisme consacré) qui est maintenant inscrite dans la constitution et en vertu de laquelle deux tiers des provinces doivent donner leur accord aux amendements relatifs au partage des compétences législatives<sup>94</sup>. D'aucuns rétorqueront que la situation serait alors bien différente, puisque précisément la nouvelle constitution canadienne contient maintenant des règles juridiques précises qui permettent la modification de la constitution sans aucune intervention britannique. C'est oublier que la constitution canadienne demeure, après le 17 avril 1982 comme avant, une loi anglaise à l'égard de laquelle le Parlement anglais possède, autant qu'à l'égard de l'*A.A.N.B.* de 1867 aux dires de la Cour suprême du Canada, un pouvoir juridique total et discrétionnaire<sup>95</sup>.

---

PHILLIPS and P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, 6<sup>e</sup> éd., London, Sweet and Maxwell, 1978, pp. 693 et ss.

94. La procédure spéciale de modification constitutionnelle inscrite dans la *Loi constitutionnelle de 1982* (*supra*, note 10) contient trois modalités. La première (art. 41) exige, pour l'amendement d'un nombre limité de dispositions, l'accord des onze parlements canadiens: elle confère par conséquent un droit de veto à chacun d'eux. La seconde (art. 43) vise les articles de la constitution qui n'intéressent que certaines provinces, lesquels sont modifiables par accord entre les chambres fédérales et la ou les province(s) concernée(s). Quant à la procédure de "droit commun" (art. 38), elle vaut pour le plus grand nombre de dispositions (notamment celles relatives au partage des compétences législatives) et elle exige l'accord des chambres fédérales d'une part, des parlements de deux tiers des provinces d'autre part, dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. Enfin, certaines dispositions de la constitution canadienne sont modifiables par loi fédérale ordinaire (art. 44) ou par loi provinciale ordinaire (art. 45).
95. Il est vrai qu'en vertu de l'article 2 de la *Loi sur le Canada de 1982* (*supra*, note 10), "les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne font pas partie du droit du Canada." Cependant, sur le plan juridique, rien n'empêche le Parlement britannique d'abroger cette disposition ou, plus simplement encore, de l'ignorer. Voir E. COLVIN, *loc. cit.*, note 11, 10; D. SOBERMAN, *loc. cit.*, note 11, 78.

Il vaut la peine de souligner la différence entre la décision étroitement formaliste du plus haut tribunal canadien et certains arrêts anglais.

Dans *British Coal Corporation v. Rex*<sup>96</sup>, le Comité judiciaire devait répondre à une question presque semblable à celle qui était posée à la Cour suprême dans l'avis no I: le Parlement du Royaume-Uni pourrait-il abroger le *Statut de Westminster* de 1931 (voir *supra*: introduction) et enlever aux *dominions* l'autonomie que cette loi leur a conférée? Il faut rappeler que l'article 4 du *Statut* codifie une convention en vertu de laquelle le Parlement anglais ne légifère plus pour les *dominions*, sauf à la demande expresse de ceux-ci. Après avoir admis que "d'un point de vue juridique abstrait", le Parlement avait la possibilité d'abroger le Statut, Lord Sankey devait cependant ajouter: "But that is theory and has no relations to realities"<sup>97</sup>.

Plus récemment, Lord Denning M.R. s'avanceit davantage encore, en déclarant dans *Blackburn v. Attorney General*:

"Notre formation nous porte tous à croire qu'en droit, un Parlement ne peut en lier un autre et qu'aucune loi n'est irrévocable. *Mais la théorie juridique ne va pas toujours de pair avec la réalité politique.* Prenons le Statut de Westminster de 1931, qui enlève au Parlement le pouvoir de légiférer pour les dominions. Peut-on imaginer que le Parlement pourrait ou voudrait révoquer cette loi? Prenons les lois qui ont accordé l'indépendance aux dominions et aux territoires d'outre-mer. Peut-on imaginer que le Parlement pourrait ou voudrait révoquer ces lois et leur enlever l'indépendance? Manifestement non. *Une fois la liberté accordée, on ne peut l'enlever. La théorie juridique doit céder le pas devant la pratique politique...*" (les italiques sont nôtres)<sup>98</sup>.

La Cour suprême déclare à propos de l'extrait précité que sa "pertinence(...) sur les points de droit qui étaient en litige n'est pas claire"<sup>99</sup>. Avec beaucoup de déférence, nous ne sommes pas de cet avis: ce que Lord Denning et, avant lui, Lord Sankey semblent avoir voulu dire, c'est que le rôle d'un tribunal de dernier ressort (dont dépend en dernière analyse le contenu des règles juridiques) ne consiste pas seulement à déclarer le droit, aussi absurde et grossièrement incompatible avec la réalité fût-il, mais également à faire en sorte que la théorie juridique concorde avec la pratique et la réalité politiques. À

96. *Supra*, note 57.

97. *British Coal Corporation v. Rex*, (1935) A.C. 500, 520.

98. (1971) 1 W.L.R. (C.A.) 1037, 1040. La traduction est empruntée à l'avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 782. Voir, également, *Ndlwana v. Hofmeyr*, (1937) A.D. 229, 237; *Ibralebbe v. R.*, (1964) A.C. 900, 923.

99. Avis du 28 septembre 1981 (*supra*, note 9), p. 782.

défaut de quoi, ce sont la cohérence et la crédibilité de tout le système juridique qui seront finalement remises en cause.

### B. Les conventions constitutionnelles, la rigidité de la constitution et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité.

Après la décision de la Cour suprême du Canada, il est possible de se demander si l'existence des conventions constitutionnelles — et de façon plus générale d'une pratique complétant, précisant ou modifiant les règles de droit — est compatible avec un système juridique caractérisé par la suprématie de la constitution et l'existence du contrôle judiciaire de la constitutionnalité, lorsque les tribunaux qui exercent celui-ci refusent de reconnaître à la pratique un quelconque effet juridique. La comparaison entre le Canada et la Grande-Bretagne permet de suggérer des éléments de réponse.

En Grande-Bretagne, la constitution est entièrement "souple" et les tribunaux ne se reconnaissent dans aucun cas le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois du Parlement. Que celles-ci soient contraires à une règle *juridique* de la constitution ou à une *convention*, le résultat est par conséquent le même: l'"inconstitutionnalité" n'est jamais sanctionnée<sup>100</sup>.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une convention qui s'impose au Parlement, le critère traditionnellement retenu pour distinguer le droit et les conventions cesse d'être pertinent. Lorsque la convention régit l'exercice des pouvoirs d'un organe autre que le Parlement lui-même, c'est ce dernier qui possède en dernière analyse les moyens de sanctionner le non-respect de la règle conventionnelle: en la codifiant et en lui conférant, de cette façon, une autorité juridique. Comme cela a déjà été mentionné, c'est de cette façon que le *Parliament Act* de 1911 a été voté pour codifier la convention s'imposant à la Chambre des Lords et que celle-ci avait omis de respecter en s'opposant à un projet de loi adopté par les Communes en matière financière<sup>101</sup>. Si, par exemple, le Souverain refusait de donner sa sanction à un projet de loi, il est probable que l'on chercherait une solution par le biais de ce même procédé<sup>102</sup>. Celui-ci est disponible dans tous les cas, puisque le

100. Le terme "inconstitutionnel" semble être réservé pour désigner, dans la terminologie juridique britannique, un acte ou une norme contraire à une *convention* de la constitution. Au Canada, pendant très longtemps, ce terme n'était pas utilisé pour caractériser une loi contraire à une règle *juridique* contenue dans l'A.A.N.B. On lui préférait l'expression *ultra vires*.

101. *Supra*, note 50.

102. C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 220 et 221.

Parlement peut faire ou défaire toute règle de droit par une loi ordinaire.

Au Canada, la constitution est, en partie du moins, "rigide". En effet, l'*A.A.N.B.* de 1867 et la *Loi constitutionnelle* de 1982 ne sont pas, pour leurs dispositions les plus importantes, modifiables par une loi ordinaire, mais uniquement par une procédure de révision compliquée et difficile à réaliser. Quant aux tribunaux canadiens, ils doivent déclarer inopérante toute loi provinciale ou fédérale qui irait à l'encontre d'un des articles rigides de la constitution. Or, beaucoup de ceux-ci contiennent des dispositions tout à fait dépassées, qui ne correspondent plus d'aucune façon à la réalité politique et qui, si elles s'appliquaient encore, empêcheraient le fonctionnement normal et cohérent des institutions.

On pense entre autres aux dispositions de l'*A.A.N.B.* qui confèrent le pouvoir exécutif canadien à la Reine où à ses représentants: le Gouverneur-Général pour ce qui est de l'État central et les Lieutenants-Gouverneurs au niveau des provinces<sup>103</sup>. En effet, ces personnages ne sont pas élus, ne jouissent donc d'aucune légitimité démocratique, n'encourent aucune responsabilité à l'égard des élus du peuple. C'est par conséquent dans les conventions constitutionnelles que l'on trouve les règles qui expliquent et permettent le fonctionnement sensé et réel du système, notamment celle qui veut que les représentants du monarque (et titulaires formels du pouvoir exécutif) n'agissent que sur les instructions du cabinet et, en particulier, du premier ministre (lequel est le leader du parti majoritaire en chambre et jouit donc habituellement de la confiance de celle-ci, devant laquelle il est responsable).

Mais les conventions ne sont pas sanctionnées par les tribunaux. Les règles juridiques de la constitution, par contre, le sont. Si par conséquent le Gouverneur-Général du Canada, sans raison aucune, refusait de donner l'assentiment royal à un projet de loi approuvé dans les règles par le Sénat et les Communes, les tribunaux ne disposeraient d'aucun moyen pour l'y obliger et, tout au contraire, devraient refuser d'appliquer le texte rejeté par le représentant de la Reine. En outre, la sanction disponible en Grande-Bretagne pour le viol d'une convention, à savoir la codification de celle-ci, est d'utilisation infiniment plus difficile au Canada à cause du caractère rigide de la constitution. Pour donner à la convention qui s'applique en l'espèce une force juridique, il faudrait modifier les dispositions de l'*A.A.N.B.* relatives au statut du Gouverneur-Général, ce qui exige en

---

103. *Supra*, note 4a, articles 10 à 16, 54 à 68 et 90.

l'occurrence l'accord unanime du Parlement fédéral et des dix législatures provinciales<sup>104</sup>.

Un autre exemple conduit aux mêmes constatations. En droit, c'est-à-dire en vertu de certaines dispositions de l'*A.A.N.B.*, le Sénat canadien doit participer à l'adoption de toute loi fédérale canadienne. Cependant, comme la Chambre des Lords, le Sénat est entièrement composé de membres non élus (les sénateurs sont nommés par le gouvernement central). Par conséquent, pour les mêmes raisons qu'en Grande-Bretagne, une convention est apparue qui a pour effet d'interdire au Sénat d'exercer son pouvoir autrement qu'à la façon d'un droit de veto suspensif. Cependant, alors qu'en Grande-Bretagne le non-respect de la convention par la Chambre des Lords a conduit au vote d'une loi codifiant la règle conventionnelle, il ne serait pas possible de sanctionner aussi facilement un semblable bris de convention par le Sénat canadien, puisque la diminution des pouvoirs de celui-ci exigerait une modification en règle de la constitution<sup>105</sup>. En outre, si les tribunaux n'ont, selon la théorie traditionnelle, aucun moyen de forcer le Sénat à respecter la convention, il leur faudrait par contre refuser de donner effet à un texte non approuvé par celui-ci<sup>105a</sup>.

Par conséquent, on constate que si les conventions peuvent contribuer de façon positive au fonctionnement d'un système constitutionnel qui est, comme celui de la Grande-Bretagne, caractérisé par l'inexistence du contrôle judiciaire et par l'absence de suprématie de la constitution, elles s'appliquent par contre de façon beaucoup

---

104. *Loi constitutionnelle de 1982* (*supra*, note 10), article 41. Voir, également, *supra*, note 94. Il en irait de même si l'on voulait modifier les dispositions relatives aux pouvoirs du Lieutenant-Gouverneur en matière de sanction des projets de lois provinciaux. À ce sujet, voir la décision du Comité judiciaire dans l'*Avis sur l'Initiative and Referendum Act*, (1919) A.C. 935. Le professeur Munro cite un cas où il a fallu modifier la constitution américaine pour codifier une "convention" afin de la rendre juridiquement obligatoire et de sanctionner la violation qu'elle avait subie: il s'agit de la règle limitant à deux le nombre maximum de mandats d'un même président; voir C.R. MUNRO, *loc. cit.*, note 38, 220.

105. *Loi constitutionnelle de 1982* (*supra*, note 10), article 42(1) (b). La procédure de modification qui s'applique pour les pouvoirs du Sénat est celle de "droit commun" prévue à l'article 38 (voir *supra*, note 94).

105a. Si le Sénat dispose, *juridiquement*, d'un droit de veto *absolu* à l'égard des lois fédérales, il ne possède cependant qu'un droit de veto *suspensif* de 180 jours en ce qui concerne les modifications à la constitution (article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

moins adéquate dans un contexte comme celui du Canada qui présente des caractéristiques contraires.

Comme le dit Michel VIRALLY: "dans les relations soumises à un contrôle juridictionnel, la pratique ne pourra donner naissance à des règles que si les tribunaux s'y prêtent et acceptent de les consacrer"<sup>106</sup>.

Dans l'avenir, deux voies s'offrent: ou bien la Cour suprême acceptera de modifier la position qu'elle a adoptée dans son avis du 28 septembre 1981 et de distinguer de façon moins radicale le droit constitutionnel et les conventions de la constitution, de façon à se permettre de donner à celles-ci des effets juridiques réels; ou bien les conventions les plus importantes devront être, comme cela a déjà été le cas dans d'autres pays du Commonwealth<sup>107</sup>, codifiées dans la constitution<sup>108</sup>. À défaut de quoi, les tribunaux seront obligés de ne connaître et de ne sanctionner que la partie de la constitution qui est désuète, inadéquate et sans rapport avec la réalité, et devront s'interdire de prendre en considération les conventions, "qui comprennent les règles les plus sensées du droit constitutionnel canadien"<sup>109</sup> et qui mettent en oeuvre les principes fondamentaux (le principe démocratique et celui du fédéralisme) sur lesquels repose la société politique canadienne. Un tel résultat aurait pour effet de remettre en cause le mécanisme de légitimation et de validation de tout le système juridique.

Pour se convaincre de la réalité de ces périls, il suffit d'imaginer ce qui aurait pu arriver si le "pari" de la Cour suprême, qui consistait à rendre une décision obligeant les parties à s'entendre, avait échoué,

---

106. M. VIRALLY, *op. cit.*, note 1, 168.

107. *Supra*, note 53.

108. Dans le cas des conventions *praeter legem*, il suffira assez souvent que les tribunaux leur donnent un effet indirect en les utilisant pour interpréter le droit. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une convention *contra legem*, il faut la codifier pour lui donner effet en droit.

109. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 62, 49: "Il est à craindre que les tribunaux ne pourront supporter indéfiniment ce *dictum* voulant que les conventions, qui comprennent les règles les plus sensées du droit constitutionnel canadien, ne puissent en aucun cas se muter par voie judiciaire en règle de droit strict". (Les auteurs semblent donc opter ici pour la théorie de la "cristallisation"). Presque tous les auteurs qui ont analysé la décision du 28 septembre 1981 (*supra*, note 11) reprochent à la Cour suprême de distinguer trop rigideusement et de façon trop radicale le droit et les conventions de la constitution et d'avoir refusé de donner à celles-ci un quelconque effet juridique.



le gouvernement fédéral prenant sur lui de poursuivre son entreprise sans avoir obtenu le "degré appréciable" d'accord provincial exigé par la convention constitutionnelle. La Cour suprême — cela ressort fort clairement de sa décision — était prête à appliquer la nouvelle constitution résultant de ce processus "inconstitutionnel" (au sens des conventions)<sup>110</sup>. Par contre, une large partie de la société eût refusé la légitimité du nouvel ordre juridique, avec les résultats qu'on peut imaginer. Sans doute, une prochaine élection aurait été l'occasion pour la population de se prononcer<sup>111</sup>. Cependant, une consultation électorale porte rarement, voire jamais, sur un seul thème: une défaite du gouvernement n'aurait donc pas pu être attribuée au viol de la convention relative à la modification de la constitution et, par conséquent, en arrivant au pouvoir, le nouveau gouvernement ne se serait pas nécessairement senti tenu de revenir sur les gestes de son prédécesseur.

En conclusion, dans un système où la constitution est suprême ("rigide") et dans lequel il existe un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, les tribunaux doivent trouver les moyens de donner à la *pratique* un certain effet juridique s'ils veulent permettre à celle-ci de faire évoluer le droit de façon à ce qu'il s'ajuste aux nécessités nouvelles et sans qu'il soit nécessaire de recourir au processus formel de révision de la constitution. Tant qu'il s'agit d'une pratique qui ne fait que compléter ou préciser le droit, ou même qui le modifie de façon pas trop brutale, il est possible de lui donner effet en interprétant les règles juridiques à la lumière de cette pratique.

---

110. Comment aurait-il pu en être autrement puisque la Cour en arrive à la conclusion que la démarche fédérale est conforme au *droit* et que, même si elle est contraire aux *conventions*, celles-ci ne peuvent cependant se voir reconnaître aucun effet juridique.

111. Les élections constituent l'occasion pour la population de sanctionner *politiquement* l'irrespect d'une convention. Dans une entrevue, le Gouverneur-Général du Canada (Mr. E. Schreyer) a laissé entendre, postérieurement à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* par le Parlement britannique, qu'il avait songé à dissoudre la Chambre des Communes de sa propre initiative (et provoquer ainsi des élections) au cas où le gouvernement fédéral persévérerait dans sa démarche unilatérale de "rapatriement" après que la Cour suprême eût déclaré l'inconstitutionnalité (au sens des conventions) de celle-ci. La situation créée par une telle initiative eût présenté des problèmes d'une complexité étonnante; en effet, la dissolution du Parlement par le Gouverneur-Général contre l'avis du Premier Ministre est elle-même contraire à certaines conventions de la constitution, dont la "raison d'être" est le principe démocratique. Par contre, en *droit*, le pouvoir de dissolution du Gouverneur-Général est discrétionnaire.

Lorsque la pratique en cause contredit purement et simplement le droit, le recours à cette première démarche est évidemment exclu.

Il reste alors au juge la possibilité — s'il en a l'audace — de se reconnaître le pouvoir de transformer la pratique en règles juridiques qui viendront remplacer celles qui sont devenues désuètes et inadéquates. Cependant, un tel "activisme" judiciaire irait à l'encontre de la conception traditionnelle qui règne toujours dans les systèmes politiques occidentaux relativement au principe de la séparation des pouvoirs<sup>112</sup>. En outre, en donnant une consécration juridique à la pratique, les tribunaux lui enlèveraient sa souplesse et son caractère évolutif.

---

112. Conception qui repose cependant, en très grande partie, sur une fiction, à savoir que le juge ne *crée* pas le droit, mais ne fait que *l'appliquer*; voir *supra*, note 45.