

# CONSTITUTION ET NORMATIVITÉ CONSTITUTIONNELLE

Jacques FRÉMONT\*

*SOMMAIRE: I. Introduction. II. La normativité constitutionnelle à portée juridique. III. Les autres ordres normatifs constitutionnels: les conventions constitutionnelles. IV. Conclusion.*

## I. INTRODUCTION

Poser la question de la signification du concept de constitution en cette fin de siècle est sans doute plus audacieux que l'on serait tenté de le croire de prime abord. Le phénomène constitutionnel, à l'heure de la globalisation et de l'émergence du village global, sans doute paradoxalement, prend une nouvelle dimension. Les constitutions nationales sont souvent appelées à se redéfinir par rapport à l'extérieur, alors que pendant ce temps de nombreux pays en voie de transition démocratique découvrent l'importance ne serait-ce que symbolique de la constitution dans la vie de leur État. Dans plusieurs pays et, entre autres au Canada, la Constitution semble prendre une importance accrue dans la vie politique et les institutions de l'État, dont celles en charge du contrôle de la constitutionnalité, sont de plus en plus actives. En bref, comme on le dit souvent de façon péjorative au Canada, l'industrie constitutionnelle est en plein essor.

Mais à l'occasion de l'intensification de l'activité constitutionnelle, il est indéniable que se soulèvent des questions certes plus fondamentales sur les tenants et aboutissants du concept de constitution et au sujet des ramifications normatives de la notion de constitution. Le XXI<sup>ème</sup> siècle aura indéniablement été marqué par l'influence de Kelsen qui a eu l'enorme mérite de proposer une approche positiviste cohérente et méthodique

\* Professeur titulaire, Centre de recherche en droit public. Faculté de droit, Université de Montréal. Texte préparé à l'occasion du Séminaire international *El significado actual de la Constitución* tenu à l'occasion du 80<sup>ième</sup> anniversaire de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos organisé par la Comisión Plural del Senado de la República et l'Instituto de Investigaciones Jurídicas de l'UNAM, à México, du 17 au 19 novembre 1997.

de la notion de constitution. Or, qu'on le veuille ou non, la seconde guerre mondiale et l'émergence par la suite d'un droit international de plus en plus vigoureux combinées à l'apparition subséquente dans certains pays de systèmes normatifs supranationaux tels le droit européen en Europe et l'ALÉNA en Amérique du Nord font que la pureté de l'édifice kelsenien est, il faut en convenir, quelque peu affectée en cette fin de siècle. D'autres explications relatives au phénomène constitutionnel sans doute moins englobantes, mais peut être plus satisfaisantes et qui ne sacrifient pas à la complexité du phénomène, doivent être envisagées.

C'est sur cette toile de fond que ce texte vise à proposer, surtout à partir du cas canadien, une réflexion portant sur le phénomène de la normativité constitutionnelle. Il insistera donc davantage sur les formes variées de normes constitutionnelles que sur leurs effets tant en droit positif qu'aux plans social et économique. En effet, on ne se rend souvent pas compte que le texte des lois constitutionnelles d'un État ne représente que bien peu la richesse et la diversité de la réalité et de l'ordonnement normatif constitutionnel de l'État. Ce texte adopte donc une approche résolument positiviste qui demeure, on le verra, néanmoins influencée par certaines formes de pluralisme aujourd'hui incontournables. Il privilégie par ailleurs une approche englobante et essentiellement systémique du phénomène de la normativité constitutionnelle.

La réflexion que nous proposons se fera donc en deux temps. Tout d'abord, nous examinerons le modèle plus traditionnel des modes de normativité constitutionnelle à portée normative juridique pour ensuite aborder brièvement certains modèles alternatifs, c'est-à-dire des formes de normativité qui ne possèdent pas de caractère juridique.

## II. LA NORMATIVITÉ CONSTITUTIONNELLE À PORTÉE JURIDIQUE

Il est habituel que la normativité constitutionnelle soit explicite en ce sens qu'elle se retrouve généralement au sein de textes constitutionnels clairs qui énoncent des normes constitutionnelles qui s'imposent à tous. C'est ce que nous appellerons la normativité explicite et ce qui fait l'objet de la première sous-section de ce texte portant sur la normativité constitutionnelle de nature juridique (I.1). Nous examinerons ensuite comment certains systèmes juridiques, dont le système constitutionnel canadien, n'ont pu se contenter d'un tel mode de fabrication de la normativité constitutionnelle juridique et ont dû, entre autres à

cause des circonstances, repousser les limites de la normativité explicite de nature constitutionnelle. (I.2).

### 1. *La normativité constitutionnelle explicite*

Il n'y a aucun doute que les lois constitutionnelles forment l'essence de la normativité constitutionnelle explicite (I.1.A). Ces dispositions font d'autre part habituellement l'objet d'interprétations subséquentes par les acteurs constitutionnels et, en particulier, par les organes en charge de contrôler la conformité des normes inférieures avec la constitution (I.1.B). Enfin, dans certains pays dont le Canada, existent certaines normes qui sont de nature constitutionnelle, sans n'en posséder pour autant la portée (I.1.C). Ces différents types de normativité explicite seront successivement examinés.

#### A. *Les lois constitutionnelles explicites*

Dans une majorité des pays, les lois constitutionnelles explicites sont au cœur de la constitution. Il s'agit donc généralement de textes qui se situent au sommet de la hiérarchie kelsenienne des normes. Ces textes, on le sait, ont été adoptés soit à l'occasion d'une révolution comme c'est le cas pour les constitutions mexicaine en 1917, américaine en 1789 ou lors d'un processus de décolonisation comme c'est le cas du Canada en 1982, de l'Inde et du Pakistan en 1947 ou encore, plus récemment, de l'Afrique du Sud (1997) ou encore, tous simplement à l'occasion d'un changement de régime constitutionnel comme celui qui a mené, par exemple à l'adoption de la Constitution de la VIème République en France.<sup>1</sup>

Les textes constitutionnels explicites contiennent presque toujours en leur sein des mécanismes, eux aussi constitutionnalisés, qui permettent leur *amendement*. Les exigences des procédures de modification des tex-

1 Au Canada, il n'y pas qu'une loi constitutionnelle, mais bien des lois constitutionnelles. C'est donc dire que, depuis la loi à l'origine du régime constitutionnel actuel, la *Loi constitutionnelle de 1867*, toute une série de lois à caractère constitutionnel a été adoptée, certaines modifiant la loi originale, d'autres la complétant. L'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* spécifie que la Constitution du Canada "comprend" un certain nombre de lois constitutionnelles qui sont énumérées à son annexe. On y trouve évidemment la loi fondamentale originale, la *Loi constitutionnelle de 1867*, toute la série de modifications formelles apportées depuis, ainsi que certains décrets ou autres lois ordinaires qui furent constitutionnalisés par l'effet de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On aura par ailleurs compris que l'utilisation du mot "comprend" ("includes" en anglais) indique une énumération non exhaustive, ce qui laisse entendre que la "Constitution du Canada" pourrait être encore plus vaste.

tes constitutionnels sont habituellement plus exigeantes en termes de consentement que celles qui doivent permettre l'amendement ou l'adoption de lois ordinaires. Dans les constitutions de type fédéral, comme aux États-Unis, au Canada, au Mexique ou en Australie, les états membres de la fédération ont habituellement à consentir à un amendement qui les concerne. Certaines constitutions exigent en outre que des consultations populaires aient lieu afin d'avaliser tout changement constitutionnel (Suisse, Australie dans certains cas). Selon les cultures constitutionnelles en présence, les amendements constitutionnels sont soit très fréquents (Mexique) ou rarissimes (Canada et États-Unis par exemple).<sup>2</sup> Au Canada, l'histoire des amendements constitutionnels est complexe et particulière.<sup>3</sup>

2 Voir Frémont, Jacques, *The State and the Constitution: The Creative Evolutionary Process of Constitutions*, Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, pp. 35-61.

3 Au Canada, tout amendement au texte de la loi constitutionnelle ne pouvait donc être effectué par les autorités britanniques. Il aura fallu attendre jusqu'en 1930, avec l'adoption du *Statute of Westminster*, avant que ne cesse, à toutes fins pratiques, l'emprise coloniale britannique sur le Canada. Cette décolonisation fut effectuée entre autres en abrogeant l'application du *Colonial Laws Validity Act* de 1865 à l'égard de toutes les lois du Canada: voir a. 2(1) et 4. Cependant, son application fut maintenue à l'égard de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique: voir a. 7(1) et (2). Cependant l'impossibilité pour les canadiens de s'entendre entre eux sur les termes d'une procédure de modification de la constitution canadienne les amena à obtenir des autorités britanniques qu'elles continuent de conserver le pouvoir d'amender la constitution du Canada. Cette anomalie subsistera jusqu'en 1982. C'est donc dire que le Parlement britannique fut appelé à une quinzaine de reprises entre 1867 et 1982, et à chaque fois à la demande du Canada, à amender la constitution canadienne. Il faut préciser que la majorité de ces amendements fut de nature technique ou de portée mineure. Pour l'essentiel, les bases du régime fédéral établies en 1867 ont par conséquent subsisté jusqu'à ce jour et le texte établissant le partage des compétences législatives n'a été altéré substantiellement qu'à deux ou trois reprises et de façon très ponctuelle. La date de 1982 est à retenir puisque c'est alors que le Parlement britannique a pour la dernière fois agi comme Constituant pour le Canada avant de lui retourner de façon définitive sa constituton avec, cette fois, une procédure de modification en bonne et due forme. Le Parlement du Royaume-Uni a alors adopté le *Canada Act, 1982* qui contenait, en annexe, la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'importance de cette dernière ne saurait être sous-estimée à plusieurs égards. Tout d'abord, parce qu'elle dota le Canada d'un outil constitutionnel de protection des droits et libertés, la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ensuite, parce que la *Loi constitutionnelle de 1982* contient une procédure de modification de la constitution canadienne permettant —enfin!— d'effectuer des modifications sans avoir à recourir aux autorités impériales (a. 38 à 49). Elle contient aussi d'importantes dispositions relatives aux droits des peuples autochtones du Canada, leur reconnaissant explicitement leurs droits ancestraux et issus de traités (a. 25 et 35). Enfin, la même loi constitutionnelle contient des dispositions plus techniques mais néanmoins importantes dont celle relative à la préséance des dispositions de la Constitution du Canada (a. 52) ainsi que celle reconnaissant le principe de la péreuation (a. 36). L'importance de ce texte constitutionnel doit en outre se mesurer à l'impact considérable qu'il a eu lors de sa 'réception' par le système juridique, forçant les tribunaux à reconsidérer une bonne partie de leur approche en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois. Précisons que, depuis 1982, un nombre restreint de modifications constitutionnelles d'importance mineure ou technique ont été accomplies en vertu de la nouvelle procédure d'amendement de la

Au plan de leur *contenu*, les textes constitutionnels explicites varient considérablement d'un pays à l'autre quoique l'on puisse sans doute identifier en leur sein, du moins pour la majorité des États à caractère démocratique, certaines caractéristiques communes. C'est ainsi que les lois constitutionnelles consacrent habituellement le principe de la séparation des pouvoirs, décrivent les institutions de l'État ainsi que leurs modes de fonctionnement et les relations qui existent entre elles. Les lois constitutionnelles contiennent par ailleurs souvent une énumération des droits et libertés individuels et collectifs que la Constitution garantit aux citoyens ainsi que des dispositions relatives à la citoyenneté, au territoire de l'État et, pour les fédérations, des dispositions relatives au partage des compétences législatives au sein de l'État.<sup>4</sup>

C'est sans doute au plan de leur *effet juridique* que les textes de nature constitutionnelle se distinguent le plus des normes législatives ordinaires. En effet, se situant au sommet du système de hiérarchie des normes, les textes constitutionnels leur confèrent habituellement une préséance sur toutes les normes juridiques inférieures. La sanction du défaut de conformité est en général la nullité des dispositions inférieures offensantes

Constitution (*Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* (TR/84-102) et *Modification constitutionnelle de 1993* (TR/93-54). De façon négative, on doit surtout remarquer que les deux seuls projets importants de modification de la Constitution n'ont jamais été adoptés: il s'agit des 'Accords du Lac Meech' (1987-90) et de ceux de 'Charlottetown' (1992).

4 Au Canada, La *Loi constitutionnelle de 1867* (appelée *Acte de l'Amérique du Nord Britannique* ou AANB avant 1982) représente encore aujourd'hui la pierre d'assise du régime constitutionnel canadien. Par cette législation, le Parlement britannique dotait le Canada de son régime fédéral actuel. Pour l'essentiel, ce texte d'une rédaction assez peu élégante et très technique établit l'Union entre les quatre provinces fondatrices (Il s'agissait du Bas-Canada (le Québec), du Haut-Canada (l'Ontario), de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau Brunswick; graduellement, six provinces se joignirent aux membres initiaux de l'Union, la dernière province étant Terre-Neuve, en 1949), définit les institutions législatives et exécutives fédérales et provinciales ainsi que certains de leurs modes de fonctionnement. Il établit par ailleurs un partage des compétences législatives entre les ordres fédéral et provinciaux à ses articles 91 et 92; ces deux articles sont complétés par quelques autres à cet égard. Il faut par ailleurs préciser que le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* demeure relativement muet au sujet des institutions judiciaires, n'offrant que certaines précisions essentiellement techniques. Aucune Cour suprême n'est même établie par le texte constitutionnel, quoique l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit son établissement. Ce sont indiscutablement les parties de ce texte relatives au partage des compétences législatives qui ont le plus attiré l'attention de la communauté juridique, alors que plusieurs dispositions techniques et tatillonnes sont plus ou moins désuètes aujourd'hui. Au plan des omissions, il faut remarquer que le texte constitutionnel de 1867 ne comprenait pas de procédure de modification de la Constitution, les autorités coloniales demeurant en charge de cette responsabilité. Il ne contenait pas non plus de mention au sujet du caractère démocratique du régime constitutionnel établi ou du principe du gouvernement responsable, pas plus qu'il ne contenait de charte des droits.

quoique la question des effets des déclarations d'inconstitutionnalité soit souvent d'une extrême complexité dans certains systèmes juridiques.

Il faut donc conclure dce ce rapide examen des lois constitutionnelles explicites qu'elles se situent au sommet de l'édifice constitutionnel et ont une plein valeur constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elles possèdent une valeur contraignante à l'égard des normes inférieures. Chaque système constitutionnel prévoit donc qu'un *interprète*, souvent une cour constitutionnelle relevant de la branche judiciaire de l'État, soit en charge de voir à ce que celui-ci et ses institutions respectent et appliquent le système de normativité constitutionnelle explicite.

### B. *L'interprétation constitutionnelle*

Les simples dispositions constitutionnelles explicites ne représentent évidemment pas le fin mot au sujet de leur signification et de leur portée. Par définition de nature vague et ouverte, les dispositions constitutionnelles explicites demeurent évidemment sujettes à interprétation. Au surplus, par la nécessité de les appliquer à des faits concrets, elles doivent nécessairement être raffinées et leur portée doit être précisée. Comme le soulignait Kelsen, on se trouve donc dans une situation où la signification réelle d'une disposition constitutionnelle explicite résulte de l'amalgame de l'énoncé de la norme par le texte constitutionnel et de la somme des interprétations auxquelles la même norme a donné lieu au fil des ans et des circonstances par les acteurs interprétatifs, c'est-à-dire les instances constitutionnelles certes, mais aussi les acteurs politiques. Au sein de cette forme d'élaboration de la normativité constitutionnelle, les tribunaux qui exercent une responsabilité en matière de contrôle constitutionnel ont un rôle primordial à jouer.

*L'arbitre, l'interprète.* Une des fonctions du système judiciaire est donc en quelque sorte d'agir comme arbitre, mais aussi comme interprète en matière de normativité constitutionnelle explicite. La Cour suprême du Canada tout comme la Cour suprême américaine sont, dans ce contexte, les arbitres ultimes en la matière puisqu'elles agissent à titre de cour de dernière instance.<sup>5</sup> Le contrôle constitutionnel s'exerce le plus souvent a

5 Au fil des pourvois dont ils sont saisis, les tribunaux canadiens, et plus particulièrement la Cour suprême du Canada, sont tout d'abord appelés à interpréter le sens et la portée qu'il convient d'attribuer aux différentes dispositions des lois constitutionnelles ainsi qu'aux principes constitutionnels par ailleurs applicables. C'est ainsi qu'en matière de partage des compétences législatives, les tribunaux de dernière instance ont, depuis 1867, rendu plus d'une centaine de décisions qui représen-

*posteriori*, les cours constitutionnelles étant alors appelées à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition déjà en vigueur, à l'occasion d'un litige opposant des particuliers à l'État ou encore des individus entre eux.<sup>6</sup>

Se pose évidemment la question de la portée d'une décision d'une telle cour en matière constitutionnelle. Il est clair que si de telles décisions n'ont pas généralement en théorie une portée normative *erga omnes* (n'ayant d'effet, à strictement parler, qu'entre les parties en vertu du principe du *Res judicata*), il reste que le principe juridique qu'on peut en dégager possède une valeur normative certaine au sein du système. Le droit se trouve donc à se durcir, à se rigidifier, à l'extérieur du texte constitutionnel et de celui de la décision qui l'interprète.

Il peut cependant parfois arriver que le contrôle du caractère constitutionnel d'une loi s'effectue *a priori*, c'est-à-dire avant même que la loi ne soit adoptée ou mise en vigueur. Il s'agit des cas où l'État décide lui-même de soumettre sa législation à l'examen des tribunaux par le biais de la procédure de renvoi. Dans certains pays tels que la France, ce type de contrôle est systématiquement privilégié, au point que tout contrôle subséquent de la constitutionnalité d'une loi est impossible. Dans le pays où le contrôle *a posteriori* est favorisé, cette procédure peut être utilisée même lorsqu'une loi est déjà en vigueur, entre autres par la technique des renvois.<sup>7</sup> Cette façon inhabituelle de procéder permet donc de saisir les

tant autant de précédents venant en quelque sorte affiner la compréhension que le droit positif doit avoir du sens et de la portée de la Constitution. Il en va de même à l'égard de l'application de la *Loi constitutionnelle de 1982* et plus particulièrement de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

6 C'est lors de ces occasions que la Cour suprême du Canada, depuis une quinzaine d'années, s'est attachée le plus vigoureusement à remettre en question plusieurs des positions constitutionnelles développées auparavant par le Comité judiciaire au sujet du partage des compétences législatives. On peut sans doute affirmer que la lecture du texte constitutionnel a davantage évolué depuis deux décennies que depuis le début du siècle. Désormais, les pouvoirs généraux du Parlement fédéral sont interprétés avec une sympathie certaine (Voir, par exemple, les affaires *R. c. Crown Zellerbach* [1988] 1 R.C.S. 401 et *General Motors c. City National Leasing* [1989] 1 R.C.S. 641), alors que l'on tolère plus facilement les présences fédérales au sein des domaines de juridiction provinciale; dans certains cas, des jugements de la Cour suprême ont même eu pour effet de carrément évincer les provinces de secteurs qui sont traditionnellement considérés comme les leurs (Voir par exemple les affaires *Alberta Government Telephones c. Gouvernement du Canada* [1989] 2 R.C.S. 225 (téléphonie) et *Banque de Montréal c. Hall* [1990] 1 R.C.S. 121 (sûretés bancaires)).

7 Au Canada, le gouvernement fédéral ou ceux des provinces (sauf pour le Québec qui doit faire adopter une loi à cette fin par sa législature) n'ont alors qu'à demander par décret respectivement à la Cour suprême du Canada ou à leur cour d'appel provinciale des questions au sujet de la validité d'une loi. Alors qu'autrefois les tribunaux ont démontré une certaine réticence à se prononcer par ce moyen sur la validité de dispositions législatives en dehors de tout contexte factuel, la juris-

tribunaux en dehors de tout contexte factuel particulier; elle permet aussi d'obtenir une décision sur la constitutionnalité d'une disposition ou d'une série de dispositions en dehors de tout litige.

En vertu des règles inhérentes au système anglo-saxon que sont la doctrine des précédents et la règle du *stare decisis*, il est clair que la valeur normative des décisions des tribunaux en matière constitutionnelle ne doit pas être sous-estimée. Les jugements des tribunaux supérieurs lient en effet tous les tribunaux inférieurs. C'est par ce moyen que le système judiciaire garanti sa cohésion et s'assure que les décisions des hautes instances seront immédiatement intégrées par le système juridique et constitutionnel. On pourrait alors parler du maintien d'une forme de cohésion verticale. La doctrine des précédents garantit pour sa part le maintien d'une certaine cohérence au sein du système en exigeant que les cas semblables soient traités de façon semblable et ce, au fil des années. Précisons cependant que, *stricto sensu*, la doctrine des précédents ne s'applique pas à l'égard des avis des tribunaux rendus à l'occasion de renvois. Dans ce contexte, un système qui paraît résolument rigide offre néanmoins un mode légitime d'évolution lui permettant des écarts et des modifications, en autant qu'ils puissent être justifiés. Si'il fallait la visualiser, la cohérence assurée par les précédents serait alors horizontale, assurant au moins dans le temps une direction quelque peu rigide mais néanmoins sensible à une perspective évolutive.

*Les fonctionnalités du contrôle de la constitutionnalité.* Le pouvoir judiciaire exerce donc au sein du processus normatif constitutionnel un certain nombre de fonctions dont chacune a comme rôle de participer aux finalités du système démocratique.<sup>8</sup> Le rôle du pouvoir judiciaire devient, dans ce contexte, de participer à *l'évolution et à l'équilibrage* du système

prudence des dernières décennies laisse, entrevoir une attitude beaucoup plus libérale. La Cour suprême du Canada a, au début des années 1980, accepté de répondre à des questions de nature essentiellement politique qui lui étaient soumises. Voir *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada* [1981] 2 R.C.S. 753 et surtout, *Renvoi concernant le droit de veto du Québec* [1982] 2 R.C.S. 793. Il reste que de nos jours la technique des renvois comme mode de contrôle de la constitutionnalité des lois est employée moins souvent que par le passé. Il faut cependant noter que les tribunaux demeurent libres, en toute discrétion, de refuser de répondre aux questions soumises si pour une raison ou une autre ils estiment qu'elle est prématurée, académique ou sans objet ou encore si elle est de nature strictement politique.

<sup>8</sup> Cette partie du texte est inspirée de Frémont, Jacques, XIV Congrès international de droit comparé, Académie internationale de droit comparé, Athènes, Grèce, Août 1994; Thème IV.B.1: Rapport canadien, *La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation*, dans Droit contemporain 1994, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, pp. 644-700.



démocratique, tout en y assurant une cohérence, une cohésion au moins relative, une complétude ainsi qu'une adéquation aux valeurs que le système défend et met de l'avant. Il s'agit, on le constate, d'un rôle qui, quoique ne relevant pas exclusivement à plusieurs égards du pouvoir judiciaire au sein du système démocratique, demeure néanmoins primordial. Nous regrouperons les fonctionnalités du contrôle de la constitutionnalité des lois sous quatre rubriques, à savoir, successivement et sans ordre d'importance, les fonctions *opérationnalisatrice*, *normative*, *validatrice* qui ont chacune trait à l'effet du contrôle sur la norme elle-même ainsi que sur son impact et sa place au sein du système démocratique; enfin, le contrôle de la constitutionnalité aura inévitablement une fonction *dialectique* au sein du système démocratique.

*La fonction opérationnalisatrice.* Une des premières fonctions du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est d'en arriver à opérationnaliser un système de normes qui, presque par définition dans un contexte constitutionnel, sont énoncées de façon générale et vague. Le rôle des tribunaux est particulièrement important à l'égard de la mise en oeuvre des concepts flous afin d'en définir le contenu et d'en tracer les limites dans des contextes factuels particuliers. L'interprète constitutionnel effectue alors des choix parmi différents sens possibles, entre autres à partir de sa compréhension de la rationalité et de la finalité de la norme constitutionnelle. Il s'agit d'un exercice complexe de nature partiellement téléologique, mais aussi sémantique puisque le langage utilisé a alors une importance certaine. L'exercice est aussi contextuel, en ce sens que l'interprète situe la norme "dans l'ensemble des dispositions relevant du même ordre juridique",<sup>9</sup> et donc au sein de l'ordre constitutionnel.

En recourant à ces différentes approches interprétatives, le juge constitutionnel renforce alors la cohérence de l'ordre juridique en appliquant le système de normativité constitutionnelle à des cas concrets, et en rendant celui-ci opérant dans un contexte factuel particulier. Mais il le fait aussi à cette occasion avec un souci systémique (au plan juridique) de produire des décisions capables de généralisation à d'autres situations factuelles où les mêmes dispositions constitutionnelles pourraient jouer, renforçant ainsi la sécurité juridique et la cohérence du système normatif constitutionnel. Celui-ci devient alors plus prévisible, stable et cohérent.

9 M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, à la p. 139.

Mais en ce faisant, l'interprète constitutionnel ne fait pas qu'opérationnaliser la norme constitutionnelle.

*La fonction normativisatrice.* Le processus d'opérationnalisation de la norme constitutionnelle comporte donc, on vient de la constater, un aspect systématique puisque la décision du juge est importante non seulement pour les parties devant lui et à l'égard des principes en cause à l'égard des faits particuliers de l'instance, mais aussi par rapport à un élargissement de la solution choisie et des principes qui s'en dégagent à d'autres cas. En ce faisant, il n'y a aucun doute que le juge se trouve à jouer à son tour une fonction normativisatrice importante. La solution choisie par la Cour a alors un effet de paufinage ou d'affinage de la norme constitutionnelle, en diminuant sa dimension floue et, par conséquent, en "durcissant" son contenu.

D'abstraite, la norme constitutionnelle produit désormais des effets et devient donc opérante dans des contextes factuels particuliers, ce qui permet d'en prendre la dimension, d'en apprécier le fonctionnement et d'en comprendre les limites. L'interprète se trouve alors à renvoyer au système démocratique une norme constitutionnelle mieux définie qui est susceptible de contre-lecture éventuelle par les autres organes de la politique, entre autres par le biais de l'amendement constitutionnel. Une forme de systématisme qui pourrait être qualifiée de circulaire ou "entrechevêtrée"<sup>10</sup> est alors établie puisque le jugement découle de la norme constitutionnelle, tout en ayant pour effet de la préciser. Au Canada, une possibilité particulièrement importante de contrebalancer l'effet de ce type de normativisme judiciaire est l'existence du mécanisme de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui permet expressément au Parlement ou à une législature de soustraire une loi ou une de ses dispositions à l'application de la *Charte* et, par conséquent, à la lecture normative judiciaire de la disposition constitutionnelle. Celle-ci demeure alors toujours valable, mais doit céder le pas à un autre choix imposé par les organes politiques du système démocratique.

*La fonction validatrice.* Il va de soi que le juge constitutionnel se trouve aussi, en se livrant au contrôle de la constitutionnalité des lois à, ultimement, valider —ou invalider— une disposition législative - ou un comportement étatique, le cas échéant. Cette fonction validatrice s'inscrit au coeur de la dynamique systémique circulaire ou entrechevêtrée dont

10 M. Van de Kerchove et. F. Ost, *ibid.*, à la p. 104.

nous faisons état précédemment. Le cœur du mécanisme de validation de la norme est sans aucun doute sa justification ou, autrement dit, sa rationalisation. En effet, le juge constitutionnel en avalisant ou en dénonçant une disposition législative doit expliquer ses motifs, élaborer son raisonnement ainsi que les logiques le soutenant. La vaste latitude que l'interprète possède à l'occasion de cet exercice est, dans les faits, fortement interpellée par cette obligation de motivation et de rationalisation.<sup>11</sup>

Enfin, rappelons que ce processus de validation est particulièrement important au sein du système démocratique puisqu'il s'agit de la seule occasion, du seul lieu, où la rationalité des choix démocratiques doit être explicitée. Par le système de normativité constitutionnelle et, par conséquent, par la fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois, le système démocratique choisit, en bout de ligne que les lois soient jugées en fonction non seulement de critères stricts d'opportunité, mais ultimement aussi en fonction de considérations relatives à la rationalité, la cohésion ainsi que la cohérence de ces choix; c'est précisément là une des fonctions du contrôle de la constitutionnalité des lois et une des responsabilités du juge constitutionnel. L'importance de cette fonction de validation ne doit pas être sous-estimée entre autres parce qu'elle participe de la dialectique inhérente et nécessaire au système démocratique.

*La fonction dialectique.* La fonction pédagogique et dialectique des jugements de contrôle de la constitutionnalité est, par conséquent cruciale au sein du système démocratique. Autrement dit, le jugement, au delà de ses dimensions normatives d'opérationnalisation, d'élaboration et de validation, aura un impact au plan du système démocratique lui-même. C'est d'ailleurs probablement cette fonction qui est la plus importante à l'égard de l'établissement de la légitimité démocratique du processus de contrôle de la constitutionnalité des lois.

On a vu que du processus de validation découlera une systématité circulaire (ou entrechevêtrée) entre la norme constitutionnelle et la norme telle qu'opérationnalisée, raffinée et, le cas échéant, validée par le juge-

11 L'obligation de motiver constitue en fait probablement le facteur-clé légitimant la décision. À cet égard, le processus de légitimation s'articule entre autres en fonction des auditoires de la Cour effectuant le contrôle. Ceux-ci sont évidemment variés et il nous paraît inévitable que la Cour s'adresse à chacun pour assurer la légitimité de ses décisions. Le public jugera du caractère acceptable de la décision de valider ou d'invalider une mesure législative en fonction du caractère acceptable ou non du résultat de la décision elle-même. La communauté juridique, par contre, s'attachera en outre à examiner la technique utilisée pour en arriver à cette décision. En bref, à l'occasion de sa fonction de validation, le juge constitutionnel doit se montrer convaincant; sa légitimité en dépend.

ment de l'interprète constitutionnel. Une première forme de *dialogue* entre les instances de la politique s'établit donc ainsi au sujet de la norme. Une seconde forme de participation au dialogue de la Cité est celui de fournir un *lieu de discussion*, de *palabre*, au sein du processus démocratique, un lieu où les choix politiques seront débattus en d'autres termes et sous une optique parfois différente des autres lieux de discussion au sein du système démocratique. Enfin, on aura remarqué qu'en exerçant le contrôle de la constitutionnalité en fonction de paramètres autres que ceux du débat strictement politique (relatifs par exemple au poids des intérêts en présence, à la rationalité des choix politiques ou encore, à l'articulation des choix par rapport à une philosophie de l'égalité ou de la liberté), le contrôle de la constitutionnalité des lois impose un processus, une *qualité de discussion* ainsi qu'un *mode de discussion* qui font partie inhérente de l'essence du système démocratique.

La responsabilité du juge constitutionnel s'établira donc tant en fonction du système juridique qu'à l'égard de la société en général. À l'égard du système juridique, on a vu qu'une des principales fonctions du juge constitutionnel est d'assurer la cohérence, la cohésion ainsi que la complétude du système normatif. Au plan plus général de la société, le juge constitutionnel exerce aussi un rôle d'articulation et d'ajustement du système constitutionnel et juridique aux valeurs sociales dominantes. C'est alors qu'apparaît la fonction d'ajustement du droit et de ses institutions à l'évolution de la société et à ses nouvelles valeurs, tout en assurant le maintien et le développement d'un équilibre entre autres entre certaines valeurs fondamentales à l'existence du régime démocratique et l'expression de la volonté majoritaire telle que manifestée par ses institutions politiques. Il s'agit donc d'une fonction délicate et d'un exercice qui, par définition, ne sera jamais complété, puisque le système démocratique demeure en constante mouvance appelant par là des ajustements à la lecture des textes constitutionnels explicites.

### C. Lois ordinaires à effet constitutionnel

Rien n'empêche, en théorie du moins, que des lois ordinaires possèdent par ailleurs un caractère constitutionnel en dépit du fait que l'on ne puisse à proprement parler de dispositions de nature constitutionnelle au sens traditionnel. C'est ainsi qu'au Canada, plusieurs lois à caractère institutionnel (*Loi sur la Cour suprême*, *Loi sur la Cour fédérale*, *Loi sur le*

*Sénat et la Chambre des communes*, etc.), de lois visant à préciser les modalités de mise en oeuvre de droits par ailleurs constitutionnalisés (*Loi sur les langues officielles*, *Loi électorale*, *Loi sur la citoyenneté*, etc.) ou encore de lois ordinaires visant à la protection des droits et libertés de la personne (*Loi canadienne sur les droits de la personne*, *Déclaration canadienne des droits au fédéral*, *Charte des droits et libertés de la personne au Québec* et Codes provinciaux des droits dans les autres provinces) possèdent un tel caractère. Ces lois sont cependant adoptées selon la procédure législative ordinaire et son amendées de la même façon.

Il est intéressant de rappeler jusqu'à quel point le fait de reconnaître une nature constitutionnelle à des législations ordinaires est intimement inscrit dans la trame du système constitutionnel anglo-saxon. En effet, il es généralement reconnu que la constitution britannique, quoique n'existant pas comme telle sur papier, contient néanmoins toute une série de lois et de disposition législatives, qui ont été adoptées selon le mode législatif ordinaire et auxquelles on reconnaît une nature constitutionnelle. Il s'agit, par exemple, du *Habeas Corpus Act* (1679), du *Bill of Rights* (1689), de l'*Act of Settlement* (1701) et du *Quebec Act* (1774) et de toute une série de lois et d'instruments normatifs plus contemporains.<sup>12</sup> Cette constitution est essentiellement souple en ce sens qu'elle peut être modifiée par loi ordinaire. Il est par ailleurs parfaitement possible de envisager que ces législations ordinaires puissent produire des effets semblables à ceux généralement produits par les lois constitutionnelles. C'est ainsi qu'au Canada plusieurs lois provinciales et quelques lois fédérales protégeant les droits et libertés de la personne ont préséance sur les lois ordinaires; on les appelle quasi-constitutionnelles.<sup>13</sup>

Le phénomène de la normativité constitutionnelle explicite est varié. Loin d'être figé, il se retrouve en constante mutation, que ce soit entre les types de normativités constitutionnelles (constitutionnelles explicites, implicites, écrites, non-écrites, etc.), entre leurs sources (jugements, ententes, etc.) et leurs acteurs (tribunaux, politiciens, haut-fonctionnaires, etc.). Il n'est pas particulièrement surprenant que, dans ce contexte, notre compréhension des types de normativité constitutionnelle ait évolué tant horizontalement que verticalement ces dernières années.

12 S. A. De Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 2nd. ed., 1973, p. 41.

13 *Shing c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* [1985] 1 R.C.S. 177.

## 2. *La nécessité de repousser les limites de la normativité explicite*

Le système traditionnel de normativité constitutionnelle explicite s'il est relativement souple peut aussi, à l'usage, révéler certaines failles. Celles-ci se manifesteront souvent dans des circonstances extraordinaires alors que les dispositions constitutionnelles explicites et les interprétations auxquelles elles donnent lieu ne suffisent pas à maintenir adéquatement certains des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel ou encore dans les cas où des contradictions fondamentales apparaîtront entre des principes constitutionnels par ailleurs valides. Il nous paraît que trois types de situations peuvent alors survenir: soit que l'interprète constitutionnel génère de but en blanc une nouvelle norme qui aura pour effet d'étendre les normes constitutionnelles explicites (I.2.A), soit encore que la logique de certaines normes constitutionnelles exige leur prolongement vers les types inférieurs de normativité (que nous appellerons infraconstitutionnalité: (I.2.B) ou soit que l'on doive recourir à des principes constitutionnels qui doivent avoir un effet encore supérieur aux normes constitutionnelles ordinaires pourtant au sommet de la hiérarchie des normes (que nous appellerons supraconstitutionnalité: I.2.C)

### A. *À l'horizontale*

Les lois constitutionnelles, on le sait, en omettant de s'adresser spécifiquement à une question, peuvent se trouver à receler des lacunes qui nécessitent qu'on les comble. L'exercice qui consiste à combler les lacunes du texte ne va cependant pas nécessairement de soi et il n'est pas surprenant dans ce contexte que celles-ci soient comblées à la pièce, avec une relative circonspection.

Au Canada, il convient de souligner l'importance du Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* à titre de source supplétive des normes constitutionnelles explicites. Jusqu'à récemment, la portée des mots du Préambule conférant au Canada une Constitution "en principe semblable à celle du Royaume-Uni" paraissait davantage symbolique qu'effective. Les tribunaux canadiens avaient justifié l'introduction en droit positif de principes généraux tels celui de la primauté du droit ou du contrôle judiciaire par ces mots du Préambule.<sup>14</sup> En bref, si l'on avait à justifier l'introduction de certains grands principes de notre système constitutionnel que

14 *Renvoi aux droits linguistiques au Manitoba* [1985] 1 R.C.S. 721.

l'on ne retrouvait pas exprimés de façon explicite ou même implicite par les lois constitutionnelles, il était toujours loisible de recourir au Préambule pour les asseoir de façon générale, mais non contraignante. Le Préambule constituait en quelque sorte un mode de justification de principes constitutionnels sans doute trop généraux et “soft” pour avoir fait l'objet d'une disposition explicite au sein des lois constitutionnelles.

Un arrêt de la Cour suprême du Canada a récemment eu l'occasion de modifier cette lecture du Préambule en lui donnant aussi pour rôle d'introduire au sein du système normatif constitutionnel certains des principes généraux et non écrits du droit constitutionnel britannique. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de confirmer un jugement antérieur portant sur l'impact du Préambule à l'égard de la partie non-écrite de la Constitution du Canada. Elle avait antérieurement conclu que même si le Préambule n'avait pas pour effet d'incorporer directement et de façon précise dans notre droit les lois constitutionnelles britanniques, il avait néanmoins pour effet de réviser, pour reprendre les mots de madame le juge Maclaughlin, l'intention manifeste “que le Canada conserve les préceptes constitutionnels fondamentaux qui sous-tendaient la démocratie parlementaire britannique”. Dans les récentes affaires des *Renvois relatifs à l'indépendance des juges de nomination provinciale*, la Cour confirmait cette façon de concevoir l'effet du Préambule en soulignant que l'effet de celui-ci était de confirmer les principes originaux à la source des lois constitutionnelles explicites, tout en permettant que transitent au sein de notre système juridique des “principes structurels” servant à combler les lacunes des textes constitutionnels.<sup>15</sup> Sur la foi de cette approche, la Cour a déterminé que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire constituait un tel principe structurel qui s'applique à tous les membres du pouvoir judiciaire, que leur statut soit reconnu et protégé ou non par les textes constitutionnels explicites.<sup>16</sup>

Il est donc désormais reconnu que le Préambule se trouve en quelque sorte à “positiviser” certains principes constitutionnels britanniques. Par ces décisions, la Cour a donc reconnu l'existence d'un corpus de normativité constitutionnelle virtuel dont les éléments aux yeux du droit positif restent à définir au fil des circonstances. On soulignera qu'il n'est pas nouveau que les tribunaux et en particulier la Cour suprême du Canada se

<sup>15</sup> *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, C.S.C., # de greffe 24508 et 24778, 18 septembre 1997, paragraphes 95 et 104.

<sup>16</sup> *Id.*, par 107, et 108.

trouve ainsi à fabriquer des normes à portée constitutionnelle. Ce qui est nouveau, au plan conceptuel, est que la Cour, dans ce cas, ne s'est pas autorisée d'une disposition constitutionnelle explicite en prolongeant ainsi la logique par le biais d'un processus interprétatif lié à l'application à des faits particuliers, mais qu'elle a plutôt choisi de "constater" —ou de déclarer— l'existence d'une norme constitutionnelle parallèle et non écrite qui sera elle-même sujette à l'application d'une démarche interprétative semblable à celle à laquelle se livre la Cour dans le cas de normes explicites. En reconnaissant l'existence de telles normes, la Cour se trouve par conséquent à carrément étendre la palette des normes constitutionnelles explicites, procédant par là à une extension horizontale du système de normativité constitutionnelle.

Au-delà de la lettre des lois constitutionnelles, des principes constitutionnels ni écrits et ni arrêtés pourront donc pénétrer l'ordre juridique interne, en autant qu'ils soient reconnus par les tribunaux. On peut soupçonner que cette façon de fabriquer la normativité constitutionnelle ne sera utilisée qu'en dernier recours, lorsque les traditionnelles règles d'interprétation ne suffiront pas à permettre aux tribunaux d'atteindre les conclusions qu'ils recherchent. Quoiqu'il semble exister un certain consensus à l'effet de ne pas utiliser ce pouvoir de fabriquer les principes constitutionnels à la légère, il reste que cette simple possibilité a pour effet de conférer aux tribunaux, et à la Cour suprême en particulier, un rôle inédit d'auteur de normes constitutionnelles qui va bien au-delà de celui traditionnellement associé à la simple interprétation des normes constitutionnelles. La situation à cet égard n'est pas unique et se retrouve entre autres en droit français et italien.<sup>17</sup>

### B. *Vers le bas: la théorie de l'infraconstitutionnalité*

Se pose par ailleurs toute la question de déterminer si, au sein de lois ordinaires, des dispositions mettant en oeuvre des garanties constitutionnelles ne doivent pas —du moins dans certains cas— acquérir un statut constitutionnel. Cette question soulève avec une acuité particulière dans tous les cas où la norme constitutionnelle au lieu d'être déclaratoire, comme pour les droits et libertés classiques, est plutôt d'une nature program-

<sup>17</sup> Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994.



matoire. On fait ici référence entre autres à tous les droits dits de la troisième génération qui exigent pour leur mise en oeuvre une intervention active de l'État. C'est ainsi que la disposition constitutionnelle qui garantit le droit à l'éducation ou à la santé devient tributaire de l'élaboration par le législateur de normes visant à mettre en oeuvre ces droits. Or, ces normes législatives ordinaires de mise en oeuvre d'un droit constitutionnalisés peuvent se trouver à leur tour à violer une ou d'autres dispositions des lois constitutionnelles. Autrement dit, il faut régler la question du poids normatif et constitutionnel qui doit être accordé à certaines dispositions adoptées par une législature dans *afin de mettre en oeuvre* une disposition constitutionnelle.

Cette problématique a été examinée à quelques reprises par la Cour suprême du Canada ces récentes années, dans le contexte de la détermination des limites d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, on le sait, fait partie intégrante de la constitution canadienne. C'est ainsi que dans l'affaire des *Écoles séparées de l'Ontario*,<sup>18</sup> la Cour suprême a conclu que la Charte ne pouvait être utilisée afin d'abroger une loi adoptée par la législature ontarienne dans l'exercice du droit qui lui est conféré par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de fournir un réseau d'écoles séparées et d'établir ainsi des distinctions fondées sur la confessionnalité entre des groupes. Selon la cour, toute conclusion contraire aurait équivalu, au nom des droits garantis par la Charte, à nier le pouvoir accordé par la Constitution d'établir des écoles séparées et aurait nié le principe d'égalité entre les normes constitutionnelles.<sup>19</sup>

La principale difficulté conceptuelle est alors d'en arriver à distinguer les cas où la disposition législative ordinaire représente le prolongement de la norme constitutionnelle habilitante (auquel cas elle doit acquiescer, nous semble-t-il, un certain statut constitutionnelle) des cas où elle constitue plutôt un simple exercice législatif alors soumis à toutes les normes constitutionnelles applicables. En bref et pour reprendre l'expression de la Cour suprême du Canada, la disposition législative représente-t-elle l'arbre ou le fruit de l'arbre?<sup>20</sup> Au-delà de la difficile conceptualisation que cette distinction impose, on voit que des dispositions législatives or-

18 Renvoi relatif au projet de loi 30, *An Act to amend the Education Act (Ont.)* [1987] 1 R.C.S. 1148.

19 *Adler c. Ontario* [1996] 3 R.C.S. par 35 et 47; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York* [1996] 2 R.C.S. 929, par. 77.

20 Renvoi relatif au projet de loi 30, précité, note 19, p. 392.

dinaires peuvent, à toutes fins pratiques, ainsi se voir reconnaître un statut et un effet constitutionnel.

### C. *Vers le haut: la théorie de la supraconstitutionnalité.*<sup>21</sup>

Afin de combler ce que nous avons appelé les “lacunes” de la normativité constitutionnelle explicite, il arrive que le prolongement à l’horizontale des normes constitutionnelles ne suffise pas et que le recours à des normes infraconstitutionnelles ne soit d’aucune utilité. Il s’agit, avouons-le, en général de cas extrêmes. Les enseignements des modèles étrangers démontrent qu’il convient dans ces cas de recourir à ce que nous conviendrons d’appeler la notion de supraconstitutionnalité. En effet, cette notion nous semble être inhérente à celle de constitution, procédant de sa logique interne la plus intime. La discussion qui suit s’attache donc à discuter des tenants et aboutissants de la supraconstitutionnalité tant en théorie que dans une perspective plus strictement canadienne. Nous expliquerons donc successivement comment cette notion s’intègre au cœur du système de la normativité constitutionnelle (I.2.A.a), pour démontrer ensuite comment cette notion est indispensable tant au respect de la logique de l’ordre constitutionnel (I.2.A.b), qu’à une compréhension téléologique de la notion de constitution (I.2.A.c).

#### a) La supraconstitutionnalité au cœur d’un système intégré de normativité constitutionnelle

Si le prolongement horizontal et vertical le bas des normes constitutionnelles a été reconnu par le droit positif canadien, on est en droit de se demander en vertu de quel principe il ne serait pas possible de prolonger verticalement, mais *vers le haut* cette fois, la même normativité constitutionnelle. On aura compris que c’est précisément ce que l’on entend par supraconstitutionnalité dans ce texte. Il s’agit dans les faits de conférer à des normes qui sont si fondamentales qu’elles soutiennent l’édifice normatif constitutionnel au complet un statut juridique hiérarchiquement supérieur à toutes les normes juridiques inférieures, y compris aux normes constitutionnelles “ordinaires”. Pour reprendre la métaphore de la Cour

21 Cette section du texte s’inspire directement d’un texte récemment publié par l’auteur qui traite de la question dans le cadre de la discussion actuelle, au Canada, au sujet de la légalité d’une éventuelle sécession du Québec. Voir Frémont, Jacques et François Boudreault, “Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec”, 1997, *National Journal of Constitutional Law*, novembre 1997.

suprême, il ne s'agit plus cette fois ni de l'arbre constitutionnel, et encore moins de ses fruits, mais plutôt du sol au sein duquel l'arbre est enraciné; le fait de priver l'arbre d'un sol adéquat ou de modifier la nature de ce dernier de telle façon que l'arbre subisse des sérieuses difficultés ou puisse ne pas survivre à de telles modifications. Toujours en conservant la métaphore de l'arbre, nous dirions que deux types de situations sont susceptibles de survenir: on modifie le sol de telle façon que l'arbre ne peut tout simplement pas survivre ou encore, on modifie le sol et l'arbre survit, mais sans que l'une de ses fonctions essentielles ne puisse désormais être exercée. Dans le premier cas, il s'agirait d'une modification attaquant la logique même d'une Constitution ou de l'ordre constitutionnel, alors que dans l'autre, les finalités substantives de la Constitution s'en trouvent affectées dans leur essence. Dans l'un et l'autre cas, le résultat est inacceptable et il nous semble que l'essence même de la systématité constitutionnelle soit niée.

En droit constitutionnel étranger, les principes supraconstitutionnels, lorsqu'ils existent, peuvent évidemment être introduits en droit positif par leur inscription explicite dans la Constitution elle-même. Dans ces cas, les lois constitutionnelles prévoient expressément que la révision constitutionnelle ne peut porter sur certaines matières.<sup>22</sup> On comprend que le principal effet concret de la reconnaissance de principes supraconstitutionnels est de créer une relation hiérarchique entre ceux-ci et les normes constitutionnelles ordinaires, celles-ci pouvant se trouver à violer celles-là. C'est habituellement au moment de la modification constitutionnelle que se soulève la question de déterminer si un amendement est possible ou si, au contraire, il couvre une partie de la Constitution qui est hors d'atteinte du Constituant. C'est le cas de la Grèce, de l'Italie, de la France, de la Norvège, du Portugal et surtout de la République fédérale.

Les mêmes principes supraconstitutionnels peuvent aussi être "positivisés" par une interprétation des tribunaux ou de la doctrine. Dans ce cas, les autorités judiciaires qui sont chargées d'interpréter la Constitution "déduisent" de la lecture de la Constitution que certains principes supé-

22 Dans ce premier cas, on pourrait plutôt parler de hiérarchie au sein de principes constitutionnels plutôt que de supraconstitutionnalité puisque la Constitution mentionne expressément quelles dispositions ne peuvent être révisées et, par conséquent, quelles disposition la Constitution elle-même présente comme supérieures par rapport aux autres. Cependant, la jurisprudence et la doctrine considéreront souvent ces dispositions comme des sources de droit supérieur aux normes constitutionnelles ordinaires, puisque lles s'imposent au pouvoir de révision de la Constitution. C'est pourquoi il est fait état de ces dispositions.

rieurs s'imposent tant au Constituant qu'aux acteurs constitutionnels, y compris aux tribunaux. Dans certains pays tels l'Inde, de l'Afrique du Sud et les États-Unis, les tribunaux constitutionnels ont en effet déduit ou discuté de l'existence de limites au pouvoir de révision de la Constitution, consacrant ainsi l'existence de principes supraconstitutionnels que le Constituant ne peut abroger et ce, même si la Constitution ne contenait pas expressément de dispositions intangibles.

Avant d'examiner le pourquoi de telles normes supraconstitutionnelles, il convient par ailleurs de s'adresser à la question de déterminer qui possède la responsabilité de mettre en oeuvre les principes de supraconstitutionnalité, en autant qu'ils existent. En droit américain ainsi que pour certains autres systèmes étrangers, la réponse à cette question est loin d'être claire. Contrairement à plusieurs systèmes continentaux, il est clair qu'au Canada les principes constitutionnels et, en toute logique, les principes supraconstitutionnels, s'imposent à tous et chacun des acteurs au sein de l'État. Il paraît tout aussi clair, et pour les mêmes raisons procédant d'une logique élémentaire, que les tribunaux canadiens constituant un des principaux mécanismes de contrôle du respect des principes constitutionnels, ont le devoir de veiller au respect et à l'application des principes supraconstitutionnels. En ce faisant, ils ne feront que prolonger le rôle normatif constitutionnel qu'ils ont déjà assumé en acceptant de prolonger horizontalement et verticalement (vers le bas) les normes constitutionnelles. Loin de s'ingérer dans des questions politiques qui relèvent avant tout des chambres constituantes, les tribunaux canadiens se situent plutôt dans le rôle d'un rouage essentiel du système constitutionnel de "checks and balances". Au nom précisément de la démocratie et de son respect, il est essentiel que les tribunaux jouent ce rôle malgré toutes les contraintes, les difficultés et les pièges qu'il comporte.

#### b) Le maintien de la logique de l'ordre constitutionnel

Est-il utile de rappeler qu'une des fonctions primordiales d'une constitution est de maintenir, au sein de l'État, un ordre constitutionnel? Il ne s'agit certes pas là de la seule fonction d'une Constitution, mais elle est indispensable. La logique associée au maintien de l'ordre constitutionnel exige par conséquent qu'il existe quelque part en droit positif des principes qui empêchent un ordre constitutionnel de s'auto-détruire ou de s'atrophier de façon telle que la modification ait pour effet d'effective-

ment remplacer un ordre constitutionnel par un autre. Si c'était le cas, la constitution qui en résulterait serait alors tout simplement étrangère à la précédente, une révolution au sens juridique du terme étant survenue entre-temps. Il existe, nous semble-t-il, deux types de modifications pouvant menacer la *logique* même de l'ordre constitutionnel.

Il y a tout d'abord les modifications qui violeraient les exigences fondamentales de la logique. Elles sont certes relativement rares, mais cette possibilité n'a pas empêché les théoriciens du droit de discourir à leur endroit. Dans un article célèbre, le théoricien scandinave Alf Ross a exemplifié le paradoxe à l'effet qu'il soit impossible de réviser une règle suivant une procédure de révision qu'elle définit elle-même. Une telle impossibilité liée au caractère auto-référentiel d'une proposition est bien connue en logique classique: le Roi, monarque absolu, peut-il lier ses pouvoirs de façon irrévocable? ou encore. Dieu est-il capable de créer une pierre si lourde qu'il ne pourrait pas lui-même la soulever? Quoique toute auto-référentialité ne soit pas en elle-même invalide ("cette phrase est bien construite"), certaines peuvent néanmoins poser de sérieuses difficultés ("ceci est vrai" est une affirmation incomplète, alors que "ceci est faux" est une affirmation contradictoire). Parfois rejeté par certains auteurs en théorie du droit, le paradoxe de Ross a au moins pour utilité de répondre à la difficulté logique de l'amendement de la procédure de révision dans le contexte du débat sur la supraconstitutionnalité. On répliquera qu'au Canada cette difficulté de base est au surplus contournée par l'existence des articles 52(3) et 41(e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce dernier définissant explicitement la procédure de révision applicable. On peut néanmoins estimer que la difficulté demeurerait entière si d'aventure, on décidait par exemple d'abroger cet article. La seule discussion qui précède démontre par conséquent, si besoin était, qu'il se pourrait bien qu'il existe des limites internes au pouvoir du Constituant de modifier la constitution canadienne, limites imposées par la logique intrinsèque de l'ordre constitutionnel.

Si l'exemple qui précède demeure, il faut l'avouer, essentiellement théorique, celui de l'exigence du maintien de l'ordre constitutionnel est lui très réel et pratique, au point qu'il a été reconnu dans un passé récent par des tribunaux, dont la Cour suprême du Canada.<sup>23</sup> Nous estimons par

23 En effet, dans l'affaire des *Droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 14, la Cour suprême du Canada a confirmé de manière directe que le maintien de l'ordre constitutionnel requière par le fait-même celui de l'existence d'un ordre juridique. Qualifié de corollaire du principe de la primauté

ailleurs que ce type d'approche ne peut ni ne doit être restreint aux seuls cas où le maintien de l'ordre juridique est en cause, mais qu'il doit au contraire, être étendu aux cas où l'ordre politique et social pourrait se retrouver mis en cause. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada dans la célèbre affaire *Shachter* a confirmé que dans certains cas on doit éviter d'appliquer automatiquement les impératifs de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lorsqu'il pourrait en découler des conséquences dommageables. Ces circonstances sont pour l'essentiel définies en fonction des effets de la déclaration d'inopérabilité sur le public: ainsi lorsque l'annulation d'une disposition présente un danger pour le public ou porte atteinte à la primauté du droit ou encore dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large, la suspension de la déclaration d'inopérabilité sera justifiée.<sup>24</sup> Il s'agit par conséquent d'un autre cas où la logique de principes supraconstitutionnels, relatifs, cette fois, à l'ordre public ou aux inconvénients de la déclaration d'inopérabilité, s'est imposée à la Cour suprême et, par conséquent, au droit canadien.

- c) Le maintien de la finalité et de la nature fondamentale d'un régime constitutionnel

La notion contemporaine de constitution et d'ordre constitutionnel qui se traduit par l'émergence et la reconnaissance de principes de supra-

droit, ce principe pourrait aussi être qualifié de supraconstitutionnel. En effet, dans cette affaire, la Cour a refusé d'appliquer un des articles les plus fondamentaux de la Constitution, celui de la sanction de l'incompatibilité, c'est-à-dire de l'inopérabilité des lois et des actes contrevenant aux exigences de la Constitution; en ce faisant, elle a donc mis de côté les prescriptions —constitutionnelles, rappelons-le, de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au profit du principe supérieur de la nécessité du maintien d'un ordre juridique établi. Voilà, nous semble-t-il, un exemple patent de la reconnaissance en droit positif d'un principe élémentaire et indispensable de supraconstitutionnalité et du prolongement vertical et vers le haut, cette fois, du système constitutionnel. On pourrait penser à d'autres situations où la logique même de l'ordre constitutionnel serait menacée et où un principe d'ordre supraconstitutionnel interviendrait pour défendre cet ordre constitutionnel. Par exemple, que dire d'un amendement à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui transformerait l'article de la façon suivante: "La Constitution du Canada n'est pas la loi suprême du Canada; elle ne rend pas inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit." Cet exemple démontre que l'ordre constitutionnel entier repose sur une logique et qu'un amendement qui toucherait à cette logique ne pourrait pas être valide. Il pourrait donc exister une norme supraconstitutionnelle portant que la Constitution est suprême sur les règles de droit de niveau inférieur. Cette règle était d'ailleurs observée bien avant la *Loi constitutionnelle de 1982*.

<sup>24</sup> *Schachter c. Canada* [1992] 2 R.C.S. 679.

constitutionnalité doit aller, nous semble-t-il, bien au-delà de la stricte logique constitutionnelle en s'articulant aussi en fonction de ce qui nous paraît être *l'esprit* du régime constitutionnel en place et ses valeurs les plus fondamentales. Autrement dit, il se pourrait bien que des impératifs supraconstitutionnels existent qui pourraient avoir pour effet d'empêcher des modifications aux lois constitutionnelles qui remettraient en cause les paramètres les plus fondamentaux sur lesquels repose un régime constitutionnel. C'est ainsi que l'on voit difficilement comment, en vertu de ce principe, on pourrait par voie d'amendement constitutionnel supprimer par exemple le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, ou encore le principe de la liberté d'expression, ou le système de démocratie électorale. De telles modifications constitutionnelles seraient alors si fondamentales, radicales et antinomiques par rapport à la tradition constitutionnelle démocratique qu'elles ne pourraient être autorisées par son esprit; les principes constitutionnels de nature téléologiques relatifs au maintien du principe de la primauté du droit et de la nature fondamentale du système constitutionnel s'imposeraient alors probablement à l'ordre juridique positif, tout comme ils l'ont fait en Inde ces dernières années.<sup>25</sup>

Malgré le fait que ce type de principes supraconstitutionnels s'attache à la substance de la Constitution et nos pas seulement à sa stricte logique systémique, nous ne croyons pas pour autant que cette ligne de raisonnement s'inspire autant du droit naturel et du système de valeurs qu'il véhicule. Au contraire, il faut situer le respect des fondements d'une constitution tant dans le contexte qui est le sien que par rapport à celui qu'imposent les instruments internationaux auxquels un État a par ailleurs librement consenti. Autrement dit, l'existence de principes supraconstitutionnels dans ces cas se justifie essentiellement par rapport à la logique substantive qui se dégage des normes existantes et explicites du régime constitutionnel ainsi que de leurs finalités. Refuser de prolonger cette logique par rapport à des éléments absolument cruciaux du contrat social et autoriser un amendement qui violerait de plein fouet ces prémisses fondamentales reviendrait alors à plus ou moins nécessairement créer une révolution au sens constitutionnel du terme et donc à remplacer l'ordre constitutionnel existant par un nouveau.

25 *Indira Gandhi v. Raj Narain*, A.I.R. 1975 S.C. 2299. Voir H. M. Seervai, *Constitutional Law of India*, Third Edition, vol. 2, Bombay, N.M. Tripathi Private Ltd., 1984, p. 2653.

Il devient alors évidemment crucial d'identifier par rapport à un cas donné quelles sont ces prémisses fondamentales. Quoique nous n'estimions pas que les tribunaux doivent définir à l'avance et en dehors de réalités factuelles précises quels sont les principes fondamentaux qui limitent la souveraineté du Constituant, il nous est néanmoins facile d'en dégager la nature. À cet égard, nous ne voyons par ailleurs pas en quoi la situation serait différente au Canada ou au Mexique des pays étranger où les principes de supraconstitutionnalité sont acceptés. C'est ainsi que l'on peut penser que le maintien des principes de la démocratie électorale, des droits fondamentaux, du fédéralisme, du contrôle de la constitutionnalité des lois et de l'intégrité du territoire constituent tous des prémisses inattaquables du système constitutionnel.

Il devient évidemment crucial de bien distinguer les amendements constitutionnels où un réaménagement fondamental d'une des dimensions essentielles d'une constitution est en cause de ceux où on ne cherche qu'à accomplir une modification qui se situe dans le prolongement des principes existants; de prime abord, on l'aura compris, celui-ci est tout à fait conforme aux principes constitutionnels applicables alors que celui-là ne l'est rigoureusement pas.

De ce qui précède, il nous faut conclure que la normativité constitutionnelle explicite peut cacher des dimensions juridiques essentielles qui demeurent pourtant, pour l'essentiel, virtuelles, malgré leur caractère indubitablement juridique. Il convient maintenant d'examiner d'autres règles de nature constitutionnelle et à effet normatif, sans qu'elles puissent, officiellement du moins, être qualifiées de juridiques.

### III. LES AUTRES ORDRES NORMATIFS CONSTITUTIONNELS: LES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES

Les règles de comportement politiques, ont le sait, s'inscrivent intimement dans la trame de nos systèmes démocratiques. Si elles peuvent être violées sans peur de sanction juridique, on s'attend néanmoins à ce qu'elles soient suivies. L'impunité n'est donc pas totale, au contraire. Ces règles ont donc un effet normatif qui ne peut ni ne doit être ignoré, dans certains systèmes du moins.

Les conventions constitutionnelles constituent une des sources les plus originales et les plus importantes du système constitutionnel canadien. Il s'agit aussi d'un sujet complexe. Cette complexité découle tout



d'abord de la nature des conventions constitutionnelles; elle découle aussi de leur sanction, mais peut-être surtout des relations qui existent entre les conventions constitutionnelles et le système juridique. Précisons en outre que les conventions font partie du régime constitutionnel canadien depuis la conquête et que leur présence découle, officiellement du moins, du Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

### 1. *Les conventions constitutionnelles: la version officielle*

*Ce que l'on entend généralement par l'expression "convention constitutionnelle".* L'expression ne connaît pas de définition généralement acceptée. Brun et Tremblay parlent de règle "élaborée empiriquement", sous la forme d'"entente entre gouvernants ou politiciens" et "qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux, mais appliquée et respectée par les parties en raison d'un sentiment de nécessité politique".<sup>26</sup> Hogg parle plutôt de "rules of the constitution that are not enforced by the law courts".<sup>27</sup> Ces tentatives de définitions plutôt disparates ont cependant le mérite de souligner certaines des caractéristiques des conventions constitutionnelles.

Selon le canon officiel, les conventions constitutionnelles constituent des règles de nature constitutionnelle, mais ne possèdent pas un caractère juridique, du moins au sens positiviste traditionnel du mot; il s'agit plutôt de règles *politiques* à caractère *obligatoire*. Cette différenciation entre des règles conventionnelles et des règles juridiques remonte à Dicey qui a distingué les règles juridiques des coutumes, pratiques, maximes et préceptes qui ne sont ni reconnus, ni mis en oeuvre par les tribunaux.<sup>28</sup> C'est donc dire —et il s'agit là d'un trait d'une grande importance— que ces règles politiques ne peuvent avoir (en théorie, du moins) pour effet de se transformer en règles constitutionnelles de nature juridique. De nos jours du moins, le principal critère distinguant les règles juridiques des règles conventionnelles est probablement celui de l'incapacité des tribunaux de mettre en oeuvre les premières. On en infère une absence de caractère juridique. Par contre, on le verra, les tribunaux, organes juridiques s'il en est, acceptent relativement facilement de se prononcer sur *l'existence* de

26 Brun, Henri, et Gu Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 45.

27 Hogg, Peter, *Constitutional Law of Canada*, 4th Student ed., Carswell, 1996, p. 17.

28 Dicey, A.-V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10 ed., 1967, p. 417.

conventions constitutionnelles, ce qui a pour effet de brouiller considérablement les choses à l'égard des relations qui peuvent exister entre des règles constitutionnelles "juridiques" et les autres.

Récemment, la Cour suprême du Canada a formellement exclu en droit positif la possibilité que des règles conventionnelles puissent se transformer en règles juridiques par le moyen d'un quelconque processus de "cristallisation".<sup>29</sup> Ça n'est que dans les cas où une règle conventionnelle est adoptée formellement (soit législativement, soit par le droit constitutionnel, soit encore par la *common law*) qu'elle peut perdre son caractère conventionnel et acquérir une portée 'juridique', au sens traditionnel du terme. Sous réserve de commentaires ultérieurs, il faut donc conclure que la distinction entre le droit constitutionnel et les conventions constitutionnelles tient donc toujours au Canada, du moins en droit positif. On pourrait résumer l'état du droit positif applicable aux conventions constitutionnelles, du moins selon la Cour suprême du Canada, comme suit:

- La raison d' être des conventions constitutionnelles est de faciliter la mise en oeuvre et l'évolution des autres règles constitutionnelles, dont les règles juridiques. Dans l'affaire du Rapatriement, la Cour suprême du Canada a rappelé que 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>
- Les conventions constitutionnelles naissent et disparaissent de diverses manières. Selon la Cour suprême, les conventions constitutionnelles possèdent une existence qui "doit être établie en fonction de critères objectifs".<sup>31</sup> Elles découlent donc de toutes les formes par lesquelles les politiciens et leurs institutions s'expriment, que ce soit par voies d'accords entre politiciens, d'ententes formelles ou non entre les gouvernements ou les institutions, de comptes-rendus de conférences, ou encore tout simplement de pratiques politiques considérées comme obligatoires par les politiciens eux-mêmes.

29 Renvoi relatif à la modification du Canada [1981] 1 R.C.S. 793, 882, ci-après appelé affaire du "Rapatriement".

30 Renvoi concernant le droit de veto du Québec [1982] 2. R.C.S. 793, p. 803, ci-après appelé l'affaire du "droit de veto du Québec". Voir aussi *Rapatriement*, précité, note 29, p. 878.

31 *Droit de veto du Québec*, précité, note 30, p. 803.

— Trois conditions doivent cumulativement exister, selon la Cour suprême, pour établir une convention constitutionnelle.<sup>32</sup>

i) Il doit tout d'abord y avoir des *précédents*. La Cour suprême enseigne que les conventions constitutionnelles sont le plus souvent fondées sur la coutume et les précédents.<sup>33</sup> Il ne s'agit alors pas de précédents judiciaires, mais plutôt de précédents "établis par les institutions mêmes du gouvernement". En d'autres mots, il s'agit des règles que les politiciens et leurs institutions se sont eux-mêmes librement consenties et qui relèvent essentiellement de l'ordre politique. Si, selon la Cour suprême, les précédents et l'usage sont nécessaires, ils ne suffisent cependant pas pour autant pour établir l'existence d'une convention. Il doit y avoir davantage: les précédents doivent être normatifs. C'est ainsi que dans l'affaire du *Rapatriement*, la Cour a estimé qu'une longue série de précédents par ailleurs tous concordants ne suffisait pas pour autant à établir l'existence d'une convention, quoique cette série de précédents "oriente dans sa direction".<sup>34</sup>

ii) Ensuite, les acteurs doivent considérer la règle comme *obligatoire*. Dans l'affaire du *droit de veto du Québec*, la Cour suprême a estimé qu'il s'agissait là de la plus importante condition à l'égard de l'établissement de l'existence d'une convention constitutionnelle.<sup>35</sup> Afin de déterminer si une règle est considérée comme obligatoire par les acteurs, un tribunal examinera les différentes déclarations des personnages politiques, ainsi que les documents pertinents qui, de temps à autre, ont pu émaner d'institutions politiques. L'application de ce test peut parfois être délicate, ainsi que l'affaire du *Rapatriement* l'a démontré, car il est plutôt rare que tous s'entendent dans l'univers politique sur les paramètres du caractère obligatoire d'une règle. Dans l'affaire du *droit de veto du Québec*, la Cour a refusé d'accepter que les seuls précédents et une raison d'être pour une règle puissent suffire afin de mener à la reconnaissance d'une convention.

32 En ce faisant, la Cour a repris les conditions mises de l'avant par Sir Ivor Jennings, célèbre auteur britannique, dans son ouvrage *The Law and the Constitution*, 5e édit., 1959, à la p. 136.

33 *Rapatriement*, précité, note 29, p. 880.

34 *Droit de veto du Québec*, précité, note 30, p. 894.

35 "C'est à notre avis, l'élément normatif et donc, le plus important, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique". *Droit de veto du Québec*, précité, note 29, p. 814 et 816.

iii) Enfin, dernière condition, la règle doit avoir une *raison d'être*, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir s'expliquer d'une façon ou une autre par rapport au système constitutionnel ou à son fonctionnement. C'est ainsi que dans l'affaire du *Rapatriement*, la raison d'être de la convention constitutionnelle relative au degré substantiel de consentement provincial requis était le principe fédéral.<sup>36</sup> Cette condition se révèle habituellement la plus facile à démontrer puisqu'il est rare qu'un comportement constant et régulier d'acteurs politiques relève essentiellement du hasard.

- *Les conventions constitutionnelles prennent des formes diverses.* Les conventions constitutionnelles peuvent adopter des formes variées. Elles peuvent être de forme écrite, orale ou même probablement tacite.<sup>37</sup> Il n'est donc pas surprenant que, dans ce contexte, la majorité des conventions constitutionnelles ne prennent pas de forme écrite, demeurant plutôt définies consensuellement de façon imprécise et le plus souvent, verbalement. Les déclarations des politiciens constituent le critère le plus sûr d'établir la reconnaissance par les acteurs de la convention.<sup>38</sup> Dans d'autres cas, l'accord explicitement consigné de tous les acteurs peut parfois donner naissance à une convention constitutionnelle. Dans l'affaire du *droit de veto du Québec*, la Cour suprême a cependant précisé qu'une convention constitutionnelle ne pouvait demeurer entièrement inexprimée.<sup>39</sup>
- *La sanction des conventions constitutionnelles relève du monde politique.* L'originalité des conventions constitutionnelles se définit aussi par rapport aux sanctions qu'elles peuvent recevoir lors de leur violation. On a souligné leur caractère politique, tant au plan de leurs origines qu'à celui de leur expression; il n'est sans doute pas particulièrement surprenant que, dans ce contexte, les conventions constitutionnelles reçoivent des sanctions qui se situent, officiellement du moins, exclusivement au sein de l'univers politique.<sup>40</sup>

36 *Rapatriement*, précité, note 29, p. 905.

37 Brun et Tremblay, précité, note 26, p. 47.

38 *Droit de veto du Québec*, précité, note 30, p. 817.

39 *Id.*

40 *Rapatriement*, précité, note 29, pp. 881-882.

## 2. *Les conventions constitutionnelles: l'effet normatif et l'effet juridique*

Maintenant la distinction officielle entre la caractère juridique du droit constitutionnel et le caractère politique des conventions constitutionnelles, la Cour suprême du Canada a par ailleurs de tout temps explicitement refusé de reconnaître la possibilité que les conventions constitutionnelles puissent se transformer, “se cristalliser” selon l’expression consacrée, en règles de droit, soit par l’écoulement du temps, soit par des pratiques ayant lié l’exécutif et les instances de l’État. Il faut cependant préciser que cette position fut vertement critiquée par certains auteurs qui ont rappelé que, dans les faits, une bonne partie de règles de *common law* ayant émergé au 17<sup>ième</sup> siècle ont précisément tiré leur origine de conventions constitutionnelles.<sup>41</sup> Au surplus, rappelons que Lord Denning lui-même précisait récemment que le droit pouvait évoluer par l’usage constitutionnel et la pratique.<sup>42</sup>

C’est donc dire que les tribunaux demeurent, en théorie du moins, impuissants à sanctionner toute violation d’une convention étant donné le caractère “non juridique” de la règle violée. La Cour suprême a expliqué que cette incapacité de sanctionner s’explique bien souvent par le fait que les règles juridiques “crèent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus, dont les conventions prescrivent qu’ils doivent être exercés seulement d’une façon limitée”.<sup>43</sup> La crainte de la Cour à cet égard semble être que si les tribunaux avaient la capacité de sanctionner les conventions, ils se trouveraient par le fait même à restreindre l’étendue de pouvoirs juridiques qui existent autrement. Cet argument n’est pas tout à fait convaincant puisqu’on comprend mal comment, ainsi que l’indique la Cour, il pourrait y avoir un “conflit” (au sens véritable du mot), ne serait-ce que potentiel entre la convention et le droit. Une autre crainte —sans doute beaucoup plus immédiate— est que les tribunaux tenteront d’éviter de se prononcer sur des questions originant dans l’univers politique et portant habituellement sur divers éléments de son fonctionnement. C’est donc dire, comme le rappelait la Cour suprême, que la violation d’une convention “revient à faire quelque chose d’inconstitutionnel même si cela n’a aucune conséquence juridique directe”.<sup>44</sup>

41 Geoffrey Marshall, *Constitutional conventions*, Oxford Clarendon Press, 1984, p. 15.

42 *R.c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Indian Association of Alberta* [1982]. Q.B. 892, 911.

43 *Rapatriement*, précité, note 29, p. 881.

44 *Idem*, 30, p. 883.

Force est de constater que les tribunaux peuvent cependant reconnaître et prendre en compte l'existence de conventions constitutionnelles. Le fait que les tribunaux ne puissent, comme on l'a vu, sanctionner les conventions constitutionnelles, ne les empêche pas pour autant de prendre connaissance de l'existence de conventions. Dans un passé récent, les tribunaux ont été appelés à se prononcer —et l'ont fait— sur l'existence de conventions lorsque des questions précises à cet effet leur ont été soumises par voie de renvois. Ils possèdent évidemment dans ces cas la latitude de répondre, ou de refuser de la faire, aux questions soumises. Les tribunaux peuvent aussi être appelés à faire de même à l'occasion de litiges ordinaires dont ils sont saisis.<sup>45</sup> La reconnaissance de conventions par les tribunaux peut alors éclairer l'interprétation qui doit être donnée à certaines règles de droit.

Il nous faut donc conclure que les relations entre les conventions constitutionnelles et l'ordre juridique constitutionnel sont complexes et mal assises. Si les enseignements de la Cour suprême canadienne peuvent laisser entendre que le droit constitutionnel d'une part et les conventions constitutionnelles d'autre part constituent des éléments de la Constitution qui sont distincts et n'interagissent pas entre eux, en tout cas à titre de sources du régime constitutionnel, on peut soupçonner que la situation est toute autre en réalité. Il y a en effet beaucoup plus de ressemblances entre les conventions constitutionnelles et le droit constitutionnel pour qu'on puisse ainsi les distinguer de façon superficielle et rigide.

Tout d'abord, on l'a vu, les tribunaux se prononcent tant sur l'existence que sur le portée des règles de droit que des règles conventionnelles. Alors qu'ils se sont de tout temps situés au coeur de l'élaboration de la *common law* (constitutionnelle ou non), il est désormais clair, entre autres à la lumière des affaires sur le *Rapatriement* et sur le *droit de veto du Québec*, que les tribunaux canadiens n'hésiteront pas, au besoin, à aller jusqu'à, en quelque sorte, créer des conventions constitutionnelles de toutes pièces. C'est précisément ce que la Cour suprême a fait entre autres dans l'affaire du *Rapatriement*, alors qu'elle a déterminé qu'il existait une convention constitutionnelle requérant l'accord d'une *majorité substantielle* des provinces; or, dans l'esprit de tous les observateurs et les auteurs, si une convention existait, elle aurait plutôt requis l'accord *unanime*

<sup>45</sup> Voir par exemple l'affaire *Copyright Owners Reproduction Society Ltd. c. E.M.I. (Australia) Pty. Ltd.* (1958), 100 C.L.R. 597 où la cour a fait référence à une convention constitutionnelle afin d'identifier l'intention du législateur en adoptant une loi particulière.

des provinces et personne n'avait jamais par le passé proposé une convention ayant la portée définie par la Cour suprême. En définissant ainsi explicitement les conventions constitutionnelles à l'occasion de leurs jugements, les tribunaux se trouvent aussi probablement à les faire évoluer et en ce faisant, inévitablement, à les rigidifier jusqu'à un certain point puisqu'elles se trouvent alors à plus ou moins échapper à leurs auteurs, les acteurs politiques. On doit donc conclure que les tribunaux canadiens jouent un rôle semblable à celui qu'ils jouent à l'égard de la *common law* en matière de création et du façonnement des conventions constitutionnelles.

Mais il y a encore davantage de similarités à l'égard du rôle des tribunaux en matière juridique et conventionnelle. Elles se situent au plan de l'effet de la reconnaissance accordée par les tribunaux aux conventions. Rappelons tout d'abord que la sanction accordée par les tribunaux à la violation d'une règle conventionnelle est la déclaration d'inconstitutionnalité au sens conventionnel. La sanction de la violation d'une règle de droit constitutionnel est de la même nature puisque dans une majorité de cas une déclaration d'inconstitutionnalité au sens juridique, assortie ou non de redressement, est prononcée. Comme le rappelait avec persuasion au auteur, les effets normatifs des décisions judiciaires sont semblables et leur force morale est la même, qu'il s'agisse de règles constitutionnelles juridiques ou conventionnelles.<sup>46</sup> Dans l'un et l'autre cas, "recognition means enforcement".<sup>47</sup>

Il n'est par ailleurs pas surprenant que l'on n'arrive ainsi, à compter du moment où les tribunaux judiciaires acceptent de se prononcer sur l'existence de conventions constitutionnelles, à une certaine convergence entre le droit et les autres règles de nature constitutionnelle. Tout d'abord, rappelons que tant les règles de droit que les règles conventionnelles trouvent leur origine à la même source, c'est-à-dire au régime constitutionnel britannique où tous les pouvoirs détenus à l'origine par le Souverain furent graduellement dévolus aux tribunaux et aux élus. Qui plus est, tout le système constitutionnel britannique qui comprend évidemment le droit et

46 Gélinas, Fabien, *Constitutional Adjudication and the Independence of Canada: Issues of principle, Convention, and Law*, Ph.D. Thesis, St John's College, Oxford, 1995, 101-103; 110. Voir aussi, Fabien Gélinas, "Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la "sécession" du Québec: le fantôme du rapatriement", (1997) 57 *Revue du barreau du Québec* 291.

47 Allan, T.R.S. *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 244.

les conventions, fut formellement introduit au sein du système constitutionnel canadien par le Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À vrai dire, cette discussion illustre jusqu'à quel point les tribunaux jouent un rôle constitutionnel de tout premier plan tant du côté juridique que conventionnel. Ce rôle est donc très important à l'égard du développement et de l'évolution des conventions constitutionnelles et il devient impératif que, dans ce contexte, on ne continue pas à examiner les conventions constitutionnelles de façon isolée du reste des composantes du système constitutionnel canadien. Notre analyse a au contraire démontré que les conventions et le droit constitutionnel possèdent les mêmes sources formelles et le même effet normatif au sein du système constitutionnel canadien et qu'à leur égard, les tribunaux procèdent de la même façon (par déclaration) et ont le même rôle créateur. Il y a sans doute là trop de similitudes pour invoquer la coïncidence et accepter sans sourciller le compartimentage auquel le credo constitutionnel dominant voudrait faire croire. Il s'agit plutôt d'un bel exemple d'un système réflexif au sein duquel l'édifice de la normativité constitutionnelle est élaboré par les différentes institutions et leurs acteurs, et où l'interaction entre les systèmes normatifs devient non seulement inévitable, mais souhaitable. Contrairement aux enseignements officiels de la Cour suprême, on doit donc plutôt soupçonner que les interactions entre le droit et les conventions constitutionnelles sont complexes et mènent à une interpénétration des systèmes normatifs où il devient souvent difficile de distinguer les règles de différente nature qui interagissent entre elles. C'est pourquoi il n'est pas exagéré d'affirmer que les conventions constitutionnelles constituent une source normative primordiale du système constitutionnel canadien et, généralement, des systèmes constitutionnels d'inspiration britannique.

#### IV. CONCLUSION

Les caractéristiques du processus démocratique ne doivent pas se restreindre exclusivement aux questions relatives au droit de vote et à la souveraineté représentative. À l'instar d'autres commentateurs, nous estimons qu'une telle conception est à la fois naïve, simpliste et réductrice, le phénomène démocratique nous paraissant plus complexe et plus riche. La démocratie comprend certes le droit de voter périodiquement, le droit à la tenue d'élections ainsi que certaines libertés corrélatives, telles les libertés d'expression et d'association. On peut y rajouter, nous semble-t-il, la



reconnaissance formelle —ou dans les faits— de droits et libertés individuels ainsi que l'existence de médias libre, de droits collectifs, l'exercice des pouvoirs politiques par des gouvernements et des législatures soucieux du bien-être des populations qu'ils desservent, et ainsi de suite. Au sien de nos démocraties, tous ces droits, chacune de ces libertés et chaque institution de l'État dépendent donc directement de l'existence d'un système de normativité constitutionnelle souple, complet et probablement surtout légitime.

La normativité constitutionnelle se situe donc au coeur de la trame démocratique de nos sociétés contemporaines. Il convenait parfaitement qu'ons s'y arrête quelques instants dans le cadre de ce séminaire international.

Le texte qui précède démontre que même en se confinant au sein d'un positivisme juridique relativement traditionnel, une marge considérable peut exister —et existe effectivement— entre la constitution formelle que l'on assimile au texte fondamental et la constitution réelle entendue dans un sens épistémologique ouvert. Déjà Kelsen avait eu le mérite de souligner l'importance de comprendre le droit à partir de la notion de système, système comprenant une norme fondamentale et un ensemble de normes juridiques. Son approche consistait, pour l'essentiel, à tenter de rationaliser les relations entre les normes de niveaux hiérarchiques différents à partir d'explications quant à la nature à la fois statique et dynamique du système juridique.

Nous avons tenté, sans prétention, de démontrer que la norme fondamentale ne pouvait ni ne devait être prise pour acquis et que la nature et la portée de cette norme sont sans doute plus difficiles à cerner qu'il n'en paraît de prime abord. Il a aussi démontré que la norme fondamentale fait partie d'un système plus vaste qui doit avant tout être compris à partir du concept de normativité qui est certes plus large que celui, strict, de droit.

Le texte qui précède a rappelé l'existence de différents types de normativité constitutionnelle. La normativité explicite comprend les lois constitutionnelles, alors que celles-ci sont enrichies par l'interprétation qui leur est donnée par la communauté interprétative. Nous avons aussi vu que cette normativité explicite exige parfois qu'elle soit complétée, soit parce qu'elle est lacunaire, soit tout simplement parce que les normes explicites ne peuvent venir à bout de certains comportements ou de certaines situations. C'est alors que le recours à des principes constitutionnels concomitants s'impose ou encore que des principes supraconstitution-

nels émergent. Ce dernier type de normativité constitutionnelle, s'il paraît de prime abord surprenant, s'impose ne serait-ce, con l'a vu, qu'en vue de maintenir la logique de l'ordre constitutionnel ou celle de la finalité et de la nature fondamentale du régime constitutionnel. Nous avons par ailleurs vu que des impératifs logiques de même nature font qu'il y a parfois matière à recourir à des principes d'infraconstitutionnalité a fin de protéger la mise en oeuvre de droits constitutionnellement protégés. Notre réflexion nous a enfin amené à considérer que des règles constitutionnelles non juridiques, telles les conventions constitutionnelles, peuvent parfois posséder un effet normatif tout aussi important que les traditionnelles normes juridiques.

Dans ce contexte, nous estimons que la meilleure façon de comprendre le phénomène de la normativité constitutionnelle et d'intégrer ses composantes est de comprendre comme un *système*, système qui possède une vie et une dynamique qui lui soient propres. Un tel système signifie minimalement la réunion d'une variété d'éléments, au sein desquels des relations existent en fonction d'une ordre ou d'une organisation quelconque et enfin, que ceux-ci, globalement du moins, présentent une certaine forme d'unité. Ce système a alors une existence qui lui est propre et une façon d'évoluer qui est la sienne influencée à la fois par ses valeurs, les relations entre ses composantes et, il faut bien l'avouer, sa légitimité. En bref, le système normatif constitutionnel est davantage que les éléments qu'on lui associe traditionnellement. Si Kelsen n'avait certes pas tort d'aborder le droit par la lorgnette systémique, il convient probablement en cette fin de siècle de convenir que la Constitution représente en elle-même un système et un système particulièrement complexe de surcroît dans la cadre de nos sociétés démocratiques.