

Les conflits de lois
relatifs aux
régimes complémentaires de retraite

Gérald Goldstein

Docteur en droit (Université McGill)
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal



Les Éditions Thémis

C.c.Q. ne touche que les trusts « créés par acte juridique », ce qui semble bien les exclure, même sans aucun motif explicite...

Une raison assez évidente pourrait toutefois justifier cette exclusion : la loi applicable au trust créé volontairement peut être choisie par le constituant. On peut y voir un complément logique de l'extension du domaine reconnu à l'autonomie de la volonté, qui comprend aussi le choix de la loi applicable à la succession. Dans l'optique d'une planification successorale, quoi de plus illogique que de permettre au testateur de choisir la loi applicable à la succession, même de manière limitée (voir l'article 3098 alinéa 2 C.c.Q.) et de lui interdire le choix applicable à un trust successoral? Par contre, évidemment, il n'est pas question d'étendre cette possibilité aux trusts créés par décision de justice. Par la même logique, il devient inopportun de permettre au « constituant » de choisir une loi applicable à un trust légal, car, à supposer que cela soit possible — la personne que la loi considère comme constituant pourrait choisir une loi qui modifierait le trust, etc. — il pourrait bien en choisir une qui ne reconnaît pas ce type de trust ou qui déjoue totalement le but du trust légal.

Finalement, il nous faut revenir au problème de savoir si le contrat ou la loi créé les fiducies des régimes de retraite : si l'on estime qu'il s'agit du contrat qu'est le régime de retraite complémentaire, alors on devrait en déduire que l'article 3107 la couvre également. Sinon, si l'on estime qu'il s'agit d'une fiducie légale, alors elle semble bien exclue de l'article 3107 C.c.Q., et donc de la possibilité d'un choix de la loi.

3.1.1.2. Qualification des fiducies de retraites complémentaires

D'abord, on peut certainement qualifier la convention éventuelle entre le comité de retraite et une société de fiducie de contrat créant une fiducie par acte juridique, donc elle sera sujette à cet article 3107 C.c.Q.

Quant à la fiducie dont il est question à l'article 49 de la L.R.C.R., elle nous paraît au contraire relever de fiducies *décollant de la loi*, selon l'article 1262 C.c.Q., donc *a priori* non « créée par acte juridique » au sens de l'article 3107 C.c.Q., même si le régime lui-même est créé par acte juridique. Il faudra alors se demander quelle règle de conflit s'applique à ce sujet²⁴⁹.

La même question de nature juridique se pose, et de manière plus difficile, pour le patrimoine fiduciaire englobant toutes les cotisations dont il est question aux articles 6 et 150 de cette même loi.

Cette fiducie provient à l'origine d'un contrat de régime de retraite. Mais dans la mesure où les parties n'ont pas passé un contrat prévoyant que le régime sera totalement garanti, l'article 6 alinéa 2 déclare que la caisse « constitue un patrimoine

²⁴⁹ Sur le sujet des conflits de lois en matière de trust, en droit civil, voir en général, en plus de tous les traités de droit international privé : J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, c. 15, p. 423-435; J.-D. BREDIN, (1973-75) *Travaux du Comité français de droit international privé* 137; Pierre LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932; Henri MOTULSKY, « De l'impossibilité de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française », (1948) *Rev. cri. dr. internat. privé* 451; A.F. SCHNITZER, « Le trust et la fondation dans les conflits de lois », (1965) *Rev. cri. dr. internat. privé* 479; Bruno OPPETIT, « Le trust, dans le droit du commerce international », (1973) *Rev. cri. dr. internat. privé* 1.

fiduciaire », sans laisser aux parties au régime le choix d'une autre qualification ou d'une autre structure juridique que la fiducie, alors que les parties au régime auraient théoriquement pu envisager d'autres formes d'organisation (une personne morale, etc.). Elle semble donc être aussi une fiducie créée par la loi.

En ce sens, dans l'affaire *Pierre Moreault Ltée c. Sauvée*²⁵⁰, rendue sous l'ancienne *Loi sur les régimes supplémentaires de rentes*, la Cour d'appel a affirmé que :

« L'article 45 de la *Loi sur les régimes supplémentaires de rentes* [...] édicte : "45. L'établissement et le maintien d'une caisse de retraite sont obligatoires pour tout régime non assuré. Toutes les contributions de l'employeur et des salariés ainsi que les gains ou profits réalisés avec cet argent, doivent y être versés. Elle forme un patrimoine confié à l'administration d'un employeur, d'un groupe d'employeurs ou d'un comité de retraite. Elle doit pourvoir au paiement de toutes les prestations dues en vertu du régime y compris les remboursements." Est donc créé, par l'effet de la loi, un patrimoine d'affectation, un patrimoine distinct de celui de ceux qui y contribuent ou qui en bénéficient. [...] » (nous soulignons)

Remarquons que la Cour d'appel ne dit pas directement qu'il s'agit d'une fiducie créée par la loi, étant donné qu'à l'époque du *Code civil du Bas Canada*, une telle notion n'y était pas consacrée. Elle dit donc seulement que le *patrimoine d'affectation* est créé par la loi, sans le rattacher à une fiducie légale. Toutefois, en transposant cette affirmation au sujet de l'article 6 de la loi, ceci revient à dire que la loi crée le patrimoine d'affectation dont il est question dans cet article 6. Or, dans le nouveau droit, la fiducie est

²⁵⁰ Précitée, note 15.

l'un des patrimoines d'affectation (comme la fondation), et l'article 6 dit clairement que le patrimoine d'affectation en cause est de *nature fiduciaire* : donc on peut en déduire que la fiducie de cet article est créée par la loi.

En ce sens, le professeur Beaulne²⁵¹, à la suite d'autres auteurs²⁵², affirme résolument que :

« On retrouve en effet au moins un cas où, même avant le premier janvier 1994, la loi pourvoyait à l'établissement d'une véritable fiducie, tel que compris par la lettre et l'esprit du nouveau droit. En effet, l'article 6 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* énonce : [A] la lecture même de celui-ci, on constate que l'article : 1° prévoit l'établissement d'une fiducie qui consiste, en l'occurrence, en une caisse de retraite; 2° que cette fiducie constitue un patrimoine d'affectation dont les objectifs sont clairement fixés; 3° que cette fiducie, bien qu'établie par la loi, doit néanmoins être constituée par un contrat, puisque l'article définit lui-même le régime de retraite – donc, la fiducie – comme "un contrat en vertu duquel [...]". Il s'agit là du meilleur exemple que nous ayons pu trouver de l'établissement d'une véritable fiducie par la loi. On pourrait aussi citer l'article 45 de la *Loi sur les régimes*

²⁵¹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 243, n^{os} 135 et 136, p. 83 et 84.

²⁵²

Voir M. ROCHETTE, « La réforme du Code civil et les avantages sociaux », (1994) *Avantages S11* : « La fiducie relative à une caisse de retraite établie en vertu de la Loi sur les régimes complémentaires de retraite (Loi R.C.R.) est dorénavant une véritable fiducie de droit civil, créée par la loi »; M. BENOIT, « The Development of the Concept of Pension Trust under Québec Civil Law », (1998) 17 *Estates, Trusts & Pensions Journal* 203, 207 (traitant de la qualification en vertu du *Code civil du Bas Canada*) : « The trust patrimony provided for under s. 6 of the S.P.P.A. could thus only be characterized as a form of statutory trust [...] ».

supplémentaires de retraite, qui prévoit l'établissement et le maintien d'une caisse de retraite, laquelle, selon les termes mêmes de l'article, forme un "patrimoine confié à l'administration de l'employeur". »

Sur le point qui nous préoccupe, nous abondons dans le même sens que ces auteurs (bien qu'à notre avis, la fiducie en cause *n'est pas* un contrat, même si le régime qui en déclenche ou qui en occasionne l'existence en est un et l'article 1260 énonce très nettement que « La fiducie résulte d'un acte »). Ceci implique l'exclusion de l'article 3107 C.c.Q. comme fondement de la détermination du domaine international de la fiducie de l'article 6 de la loi québécoise. Mais nous tenterons d'étoffer ces affirmations par d'autres arguments.

Il est difficile de fonder la nature contractuelle de cette fiducie sur le fait que l'article 2(4^o) de cette même loi — « La présente loi ne s'applique pas : [...] 4^o à un régime de retraite établi par une loi, sauf si [...] » — consacre implicitement l'opinion selon laquelle le régime sujet à la loi est lui-même *établi par contrat*, en dépit des nombreuses obligations légales qui en découlent. La Régie des rentes du Québec interprète ainsi l'expression « régimes établis par une loi »²⁵³ :

« régimes établis par une loi qui en fixe les modalités [...] et non les régimes établis en vertu d'une loi. En effet il existe un certain nombre de lois qui permettent ou prévoient la mise en place d'un régime de retraite, mais sans en fixer les termes ».

En transposant cette distinction aux *fiducies* « établies par la loi », on peut en tirer un autre argument en faveur d'une telle qualification légale de la fiducie de l'article 6. En effet, cette

²⁵³ RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 1, vol. 1, p. 2-5.

disposition ne se contente pas de permettre ou de prévoir l'établissement d'une fiducie. Dès lors que les parties passent un contrat de régime de retraite non garanti, elle en *impose* elle-même l'existence et aussi, dans une assez large mesure, les termes ou les modalités. Ainsi, l'affectation principale découle du texte de l'article 6 alinéa 2; l'affectation des excédents d'actifs est très rigoureusement contrôlée par l'article 146.1 et suivants; la désignation des fiduciaires est prévue par les articles 147 et suivants; la délégation de pouvoir du fiduciaire est contrôlée par les articles 152 à 155; l'article 168 impose l'obligation de présenter au moins trois choix de placements des sommes portées au compte aux participants, etc. Étant donné cette formulation impérative, nous penchons en faveur de la thèse selon laquelle la loi québécoise elle-même « établit » la fiducie (selon l'article 1262) de l'article 6.

On peut ajouter, comme arguments supplémentaires, d'abord que les fiducies couvertes par la loi québécoise n'ont pas besoin de l'article 3107 du Code pour déterminer leur domaine d'application international puisque la loi québécoise, dans son article 1, le prévoit expressément par une règle de conflit unilatérale. De plus, on peut constater que cette dernière règle ne reconnaît pas de place à un choix de la loi par l'employeur et les employés, ce qui peut constituer un autre argument en faveur d'une qualification légale de cette fiducie. Ainsi, finalement, on uniformise les régimes des fiducies de retraite issues de l'article 6 et celles issues de l'article 49.

Mais cette opinion ne doit pas être étendue automatiquement aux fiducies des autres provinces canadiennes ou créées aux États-Unis. En effet, tout en respectant la règle de la qualification selon les conceptions québécoises (article 3078 C.c.Q.), dans la mesure où les lois qui concernent les régimes complémentaires de retraite de ces juridictions n'imposent pas, comme l'article 6, l'existence d'une fiducie, mais se contentent d'organiser ponctuellement le

régime de celles que les parties créent librement, elles pourraient alors être considérées au Québec, si les circonstances le permettent, comme des fiducies créées par acte juridique et donc soumises en principe à l'article 3107, au plan de la loi applicable. Le schéma 3 se trouvant à l'annexe V illustre ces propos.

Autrement dit, le droit international privé québécois comprend une règle de conflit générale — l'article 3107 C.c.Q. — applicable en principe, sous réserve de l'article 3079 C.c.Q., aux fiducies créées par actes juridiques selon les lois des autres provinces, mais inapplicable aux deux fiducies légales de la loi québécoise sur les régimes complémentaires de retraite, dont le domaine d'application internationale est expressément prévu par la règle de conflit unilatérale spéciale de son article 1.

A priori, on pourrait penser que ceci pourrait entraîner certaines difficultés dans les cas où plusieurs lois voudraient s'appliquer de manière cumulative à la même fiducie. Rien n'empêche ceci, surtout que l'article 3107 alinéa 3 C.c.Q., reprenant l'article 9 de la Convention de La Haye, précise, comme nous l'avons déjà énoncé : « Un élément de la fiducie susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte. »

Toutefois, à condition qu'il s'agisse bien d'un élément susceptible d'être isolé, ce cumul ne devrait pas s'avérer beaucoup plus difficile que l'application cumulative de plusieurs lois dans d'autres situations internationales (par exemple, une loi A régit la validité formelle d'un acte, alors qu'une loi B gouverne la validité de ses dispositions quant au fond).

Cependant, soulignons que cette analyse passant par la règle de conflit de l'article 3107 C.c.Q. devrait être écartée par un tribunal québécois si une loi étrangère ou celle d'une autre province prévoyait, comme notre article 1, une règle de conflit

unilatérale suffisamment impérative pour qu'on puisse l'appliquer comme une loi de police en respectant les conditions de l'article 3079 C.c.Q. De plus, et surtout, il ne faut pas oublier que, dans le cadre de l'Accord de réciprocité liant les autorités de surveillance des provinces canadiennes, chaque autorité majoritaire est censée appliquer les lois des provinces des autorités minoritaires *telles qu'elles se veulent applicables*, en raison d'une délégation administrative de pouvoir.

Après avoir envisagé les règles de conflit applicables aux questions d'administration du régime, examinons plus en détail le domaine d'application de ces règles, question par question.

3.1.2. Le domaine de la loi applicable à l'administration des régimes dans le droit civil québécois

En ce qui concerne la fiducie, l'article 3108 C.c.Q. dispose :

« 3108. La loi qui régit la fiducie détermine si la question soumise concerne sa validité ou son administration. Cette loi détermine également la possibilité et les conditions de son remplacement, ainsi que du remplacement de la loi applicable à un élément de la fiducie susceptible d'être isolé, par la loi d'un autre État. »

Notons d'abord qu'en vertu de l'article 3078 C.c.Q., c'est la loi québécoise qui devrait déterminer si la question en cause touche la validité de la fiducie ou son administration, à condition que ceci soit nécessaire pour déterminer la loi applicable, ce qui suppose que l'on fasse cette distinction au plan des conflits de lois.

Mais l'article 3108 C.c.Q. semble implicitement imposer une solution contraire : dans la mesure où l'on distingue au plan du conflit de lois entre validité et administration, c'est « la loi qui régit la fiducie » qui qualifie la question en cause. Il aurait été utile d'indiquer clairement laquelle : celle gouvernant la validité, ou

**LES SÛRETÉS
RÉELLES DANS
LE CODE CIVIL
DU QUÉBEC**

4^e édition

LOUIS PAYETTE, D. PHIL. (OXON.), Ad. E.
AVOCAT CHEZ LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L.



ÉDITIONS YVON BLAIS

actif financier donné, les droits qu'il détient sur cet actif le sont pour les titulaires de ces titres, ne sont pas sa propriété et ne peuvent, sous réserve de l'article 130, faire l'objet d'une réclamation de la part de ses créanciers.

[...]

L'article 130 de cette loi fait exception à cette règle au bénéfice d'une chambre de compensation ou de créanciers de l'intermédiaire en valeurs mobilières saisis de la maîtrise de l'actif financier sur lequel porte le conflit.

4. Biens en fiducie

62. Suivant l'article 1261 du Code civil, la création d'une fiducie donne naissance à un patrimoine autonome, distinct de celui du constituant, composé de biens sur lesquels celui-ci n'a plus aucun droit réel. Les biens transférés en fiducie par le constituant ne sont plus les siens¹¹⁵. Les créanciers du constituant n'ont donc plus accès aux biens transférés par celui-ci dans le patrimoine fiduciaire (y compris un patrimoine fiduciaire créé dans le contexte d'un régime enregistré d'épargne retraite¹¹⁶). Le patrimoine fiduciaire a ses propres créanciers et leur sert de gage ; ces créanciers n'ont par ailleurs de recours ni contre le constituant, ni contre le bénéficiaire, ni contre le fiduciaire, sauf participation de ces derniers à des actes exécutés en fraude de leurs droits¹¹⁷.

Le législateur utilise cette technique de la fiducie – en créant des « fiducies réputées » en faveur des autorités publiques – pour protéger des créances de nature fiscale. D'autre part, les personnes soucieuses de protéger leur patrimoine l'utilisent également, par la création de fiducies de protection d'actifs.

5. Fiducie réputée

63. Le législateur prévoit que toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour l'État, séparé de son patri-

115. Voir *infra*, nos 64 et s., 1881 et s.

116. *Bagnoud (Faillite de)*, C.A. Montréal, n° 500-09-012488-029, 10 mai 2005, 2005 QCCA 492, EYB 2005-90306.

117. Voir *infra*, nos 69 et s.

moine¹¹⁸. Ce montant, par détermination de la loi, ne fait pas partie des biens de cette personne et échappe ainsi à ses créanciers. Selon certaines lois, l'ensemble des biens du débiteur contribuable sont réputés détenus en fiducie au bénéfice de l'État, pour ces fins¹¹⁹.

6. Fiducie de protection d'actifs

64. Dans le désir d'assurer une certaine pérennité des biens à l'intérieur de la famille, de les mettre à l'abri des créanciers et de procéder à une planification fiscale, on crée des fiducies, parfois appelées « fiducies de protection d'actifs »¹²⁰.

Le constituant transfère dans le patrimoine fiduciaire créé par lui les biens qu'il veut mettre à l'abri de ses créanciers ; il doit les affecter à une certaine fin ; typiquement, il nomme en tant que bénéficiaires des membres de sa famille ; il pourrait aussi se placer lui-même dans le rang des bénéficiaires, voire être le seul bénéficiaire ; nommer son conjoint à titre de fiduciaire ou se nommer lui-même fiduciaire avec un tiers fiduciaire (art. 1275 C.c.).

Les biens du patrimoine fiduciaire échappent, en principe, aux créanciers de celui qui a créé la fiducie et à ceux des bénéficiaires¹²¹. Ces biens répondent plutôt des dettes créées durant l'existence de la fiducie en raison des faits et gestes du fiduciaire ou des obligations contractées par lui *ès qualités* (art. 1292, 1319 et 1362 C.c.)¹²².

118. *Loi sur le ministère du revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 20. Si les sommes perçues ne sont pas détenues dans un compte distinct, cette fiducie « réputée » n'est pas réelle et est inefficace en cas de faillite lorsqu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article 67 (3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité (Québec (Sous-ministre du Revenu) c. De Courval*, C.A. Montréal, n° 500-09-017872-078 (500-11-028480-065), 3 mars 2009, 2009 QCCA 409, J.E. 2009-522 (C.A.), AZ-50542344 (§ 29 et s. du jugement)). Voir au fédéral : art. 227(4), *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e suppl). *Loi concernant l'assurance-emploi au Canada*, L.C. 1996, c. 23 ; *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985) c. E-15, art. 222(1) ; *Régime de pensions du Canada*, L.R., 1985, c. C-8, art. 23(3).

119. Une hypothèque grevant un fonds de terre ou un bâtiment publiée avant la naissance d'une fiducie présumée en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas affectée par celle-ci : *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, art. 2201(1).

120. Voir M. LEGENDRE, *L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières*, (1997) 19 R.F.F.S. 11.

121. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758, REJB 2004-61851.

122. Toutefois, la fiducie, n'ayant pas de personnalité morale et n'étant pas une personne, ne peut faire faillite (*Dallaire (Syndic de)*, C.S. Hull, n° 550-11-011371-086, 16 mars 2009, 2009 QCCS 979 (CanLIJ) (§ 44 et s. du jugement) et *Poirier (Syndic de)*, C.S. Bonaventure, n°105-11-000352-066, 29 janvier 2007, J.E. 2007-725 (C.S.)).

1831. Le vendeur doit, enfin, garantir la qualité du bien, c'est-à-dire garantir l'absence de vices le rendant impropre à l'usage auquel il est destiné (art. 1726 C.c.); ici encore, le créancier vendeur a la faculté d'exclure contractuellement cette garantie si le propriétaire du bien grevé avait lui-même pu l'exclure (art. 1733 C.c.).

4. *Nouvel avis en cas de vente aux enchères*

1832. Le créancier procède à la vente sans nouveau préavis, sauf si elle doit avoir lieu aux enchères. Dans ce cas particulier, le législateur a voulu permettre aux autres créanciers d'encherir et il demande au créancier de les notifier de la date, de l'heure et du lieu de la vente (art. 2788 C.c.); le créancier poursuivant doit aussi donner cet avis au constituant et à celui contre qui le recours s'exerce.

5. *Le prix de vente*

1833. Le *Code civil du Québec* propose certains critères pour aider le créancier à juger du caractère acceptable d'un prix de vente.

1834. Le créancier doit avoir pour objectif l'obtention d'un prix « commercialement raisonnable »³⁴⁹⁸. La raisonnablement devrait s'apprécier suivant les circonstances de temps, de lieu et de toute autre nature entourant la vente. Elle s'apprécie aussi en fonction de la nécessité de procéder à la vente sans délai; la vente par le créancier constitue une procédure d'exécution forcée entreprise pour satisfaire sa créance et il ne saurait être question de retarder la vente dans l'espoir d'un marché meilleur éventuel. La vente doit avoir lieu, précise l'article 2785 C.c., « sans retard inutile ». Le mot « commercialement », par ailleurs, fait appel au contexte des marchés et des normes y prévalant au moment de la vente.

1835. Le prix acceptable se mesure aussi en fonction, comme le précise l'article 2787 C.c., des conditions particulières à la vente. Cet article justifie le créancier d'accepter un prix moindre si les modalités (v.g. modes de paiement, exclusions de garantie, délais de délivrance, etc.) offrent plus d'avantages que celles proposées par un autre acquéreur éventuel offrant un plus haut prix.

1836. Le concept de « prix commercialement raisonnable » que doit obtenir le créancier vendeur se distingue du concept de « valeur

³⁴⁹⁸ Art. 2785 et 2787 C.c.

marchande » utilisé à l'article 1695 du Code civil, relatif à la libération du débiteur à la suite de l'acquisition de son bien par son créancier hypothécaire. On décrit parfois la « valeur marchande » comme équivalant au prix proposé par un acheteur non pressé d'acheter et acceptable par un vendeur non pressé de vendre. Le prix « commercialement raisonnable » s'avère parfois inférieur à la valeur marchande : le Code presse le créancier de vendre³⁴⁹⁹.

S'il ne fait pas d'appels d'offre, s'il n'entoure pas la vente de publicité dans les journaux, s'il s'adresse à un cercle restreint d'acheteurs potentiels, s'il ne s'assure pas des services d'une personne expérimentée en la matière et s'il vend quasi au premier venu, le créancier vendeur a de fortes chances de ne pas obtenir le « prix commercialement raisonnable » demandé par le Code³⁵⁰⁰.

Il appartient au débiteur (ou au créancier de rang subordonné³⁵⁰¹) déçu par la faiblesse du prix obtenu de faire la preuve que celui-ci n'était pas « commercialement raisonnable »³⁵⁰².

6. *Le créancier a-t-il le droit de se porter acquéreur ?*

1837. Une fois le délaissement obtenu, le créancier devient le simple administrateur du bien d'autrui (art. 2768 C.c.). Or l'article 1709 C.c. interdit à l'administrateur du bien d'autrui ou à la personne chargée de vendre le bien d'autrui de s'en porter acquéreur (art. 1709 C.c.), sauf si le tribunal ou le bénéficiaire de l'administration (art. 1312 C.c.) l'y autorise.

³⁴⁹⁹ Voir en ce sens : *Bérubé c. Gauthier*, C.Q. Chicoutimi, n° 150-22-002735-006, 8 mai 2002, REJB 2002-32273, J.E. 2002-1151 (C.Q.); *Banque Nationale du Canada c. Ménard*, C.S. Montréal, n° 500-17-002355-975, 7 avril 1999, J.E. 99-1300 (C.S.), REJB 1999-12925 (prix de 29 000 \$ pour des biens préalablement évalués à 47 500 \$ jugé acceptable); voir, sous le C.c.B.C. : *Entreprises 309 boul. Taché Est Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1987] R.L. 74, EYB 1987-62759 (C.A.) (prix de 45 000 \$ pour un immeuble préalablement évalué à 95 000 \$ jugé acceptable).

³⁵⁰⁰ *Caisse populaire de la Vallée de l'or c. Euro-Place Automobiles Inc.*, C.S. Abitibi, n° 615-05-000041-958, 21 juin 1996, EYB 1996-88111, J.E. 96-1543 (C.S.) (rejet d'une action pour solde de dette).

³⁵⁰¹ *Bérubé c. Gauthier*, C.Q. Chicoutimi, n° 150-22-002735-006, 8 mai 2002, REJB 2002-32273, J.E. 2002-1151 (C.Q.).

³⁵⁰² *Banque Nationale du Canada c. Ménard*, C.S. Montréal, n° 500-17-002355-975, 7 avril 1999, REJB 1999-12925, J.E. 99-1300 (C.S.); voir *Entreprise 309 boul. Taché est inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1987] R.L. 74, EYB 1987-62759 (C.A.) (évaluation à 95 000 \$; vente à 45 000 \$ jugée raisonnable vu l'absence de toute offre pendant six mois).

Droit constitutionnel

— 5^e édition —

Henri Brun, docteur en droit et avocat,
professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Guy Tremblay, docteur en droit,
professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Eugénie Brouillet, docteure en droit et avocate,
professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval

elles ne lient pas les tribunaux canadiens. Voir *Negro c. Pietro's Bread Co.*, [1933] 1 D.L.R. 490 (C.A. Ont.). D'ailleurs, l'évolution du Canada vers le statut d'État souverain, couronnée en 1931 par le Statut de Westminster, habilitait indirectement les tribunaux canadiens à élaborer un corps de common law spécifique.

Enfin, les décisions du Conseil privé postérieures à l'abolition par le Canada des appels à Londres ne lient pas non plus les tribunaux canadiens. Elles ont quand même un intérêt spécial de droit comparé, parce qu'elles visent normalement d'anciennes colonies britanniques dont le droit public est historiquement semblable au nôtre.

– Les tribunaux anglais

L'arrêt *Trimble c. Hill*, (1879) 5 A.C. 342, avait établi que les cours coloniales étaient liées par la *Court of Appeal* anglaise. Malgré cette décision du Conseil privé, des arrêts canadiens ont refusé de suivre la jurisprudence de la *Court of Appeal*. La situation s'est clarifiée avec l'arrêt *Robins c. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515, 519, où le Conseil privé a affirmé que les cours coloniales n'étaient pas obligatoirement liées par la *Court of Appeal* anglaise, mais seulement par les décisions de la Chambre des lords. Voir aussi *T.G. Bright & Co. c. Kerr*, [1939] 1 D.L.R. 193 (C.S.C.), 196.

Comme c'était par la volonté du Conseil privé que cette situation prévalait, elle devait disparaître avec les appels à Londres en 1933 (pour les affaires criminelles) et surtout en 1949, moment à partir duquel les tribunaux canadiens se sont sentis libres de déroger parfois à la jurisprudence de la Chambre des lords : *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), 91 et 95 ; *Maltais c. Canadian Pacific Ry. Co.*, [1950] 2 W.W.R. 145 (C.S. Alta), 160 ; *Kerr c. Kerr*, (1952) 5 W.W.R. 385 (C.A. Man.), 391, 397 et 400. Voir aussi l'opinion du juge en chef Rinfret dans l'affaire criminelle *Re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, 538 ; et *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, 625-626. Cette attitude était conforme à l'évolution du statut du Canada : on ne pouvait plus dire, à cette époque, que les cours canadiennes étaient des cours coloniales.

Aujourd'hui, les décisions anglaises qui n'ont pas été assumées par la jurisprudence canadienne n'ont pas de caractère obligatoire ici. Voir par exemple *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85. Il faut remarquer cependant que, sauf en droit privé québécois, elles viennent interpréter un droit

qui est fondamentalement le même que le nôtre. Elles conservent donc une grande importance et sont considérées avec beaucoup de respect et d'attention par les cours canadiennes, voire appliquées par elles purement et simplement : *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, 98 ; *Black c. Canada (Prime Minister)*, (2001) 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), 230-235.

Quant aux décisions anglaises qui ont été incorporées dans la jurisprudence canadienne, elles n'ont au maximum que l'autorité qu'ont les décisions du tribunal ayant fait l'incorporation. Voir *Re Maskeuycz*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 180 (C.A. Ont.), 206, et *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, 543 et s. Ainsi la Cour suprême se sent libre d'éliminer une décision de la Chambre des lords qui a longtemps prévalu au Canada, y compris en Cour suprême, dans la même mesure où elle se sent libre d'écarter ses propres décisions antérieures, comme nous le verrons plus loin : *A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43 ; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 ; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2.

b) Les principes dégagés par les tribunaux canadiens

Depuis l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, seuls les tribunaux canadiens peuvent élaborer des principes de common law directement applicables en droit public canadien. Il s'agit donc de connaître la portée du *stare decisis* au Canada en ce qui a trait aux trois facettes de cette institution.

– Les décisions des tribunaux supérieurs

Le *stare decisis* signifie d'abord et avant tout que les cours canadiennes appelées à juger dans une matière de common law sont liées par les décisions de la Cour suprême et par les décisions des autres cours habiles à entendre un appel de leurs décisions. La hiérarchie des tribunaux, coiffée par la Cour suprême, est rigoureusement respectée. Voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. R.*, (2007) 84 O.R. (3d) 766 (C.S.J.) ; *McNaughton Automotive Ltd. c. Co-Operators General Insurance Co.*, (2003) I.L.R. I-4217 (C.S. Ont.) ; *Wakeford c. Canada (Attorney General)*, (2001) 81 C.R.R. (2d) 342 (C.S. Ont.), confirmé à (2001) 156 O.A.C. 385 (C.A. Ont.), permission d'appeler refusée ; *R. c. Crazybull*, (1993) 141 A.R. 69 (C.A.) ; *R. c. Hummel*, (1987) 1 M.V.R. (2d) 4 (C.S. Ont.) ; et *Chliwniak c. Chliwniak*, (1972) 24 D.L.R. (3d) 646 (H.C. Ont.).

Dans *R. c. Dennis*, [1975] 2 W.W.R. 630 (C.P. C.-B.), 634-635, une décision de la Cour d'appel de la province n'a pas été suivie parce qu'aucune majorité ne s'était par la suite dégagée sur la question en Cour suprême du Canada. Les décisions qui sciemment s'écartent du *stare decisis* sont très rares et d'une autorité douteuse.

Au Québec, en droit public, la Cour supérieure ou la Cour d'appel ne peut contredire une *ratio decidendi* déjà exprimée par la Cour d'appel ou la Cour suprême, selon le cas. Voir *Syndicat des enseignants et enseignantes du Cégep Lévis-Lauzon c. P.G. Québec*, [1986] R.J.Q. 648 (C.S.); *R. c. Daviault*, [1993] R.J.Q. 692 (C.A.); et *P.G. Canada c. Marchand Syndics Inc.*, [2007] R.J.Q. 1473 (C.A.), 1481. De même en est-il des tribunaux de première instance à l'égard de la Cour supérieure, lorsque celle-ci est habilitée à entendre les appels de leurs décisions : voir *R. c. C.*, [1978] C.S. 456, 460-461 (décision qui fut infirmée par la suite pour un autre motif); et *R. c. Messier*, [1985] C.S.P. 1063. Cette attitude est susceptible de se transposer plus ou moins machinalement dans les affaires de droit mixte, voire même de droit privé. Et une jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec, c'est-à-dire une accumulation de précédents au même effet, possède une autorité semblable à celle d'un arrêt de la Cour suprême : voir *Ace Holdings Corp. c. Commission des Écoles Catholiques de Montréal*, [1972] R.C.S. 268; et *Langlois c. Drapeau*, [1962] B.R. 277, 284-286.

— *Les décisions antérieures d'un même tribunal*

En second lieu, le *stare decisis* implique que les tribunaux canadiens se considèrent généralement liés par leurs propres décisions, comme un juge se considère lié par les décisions d'un autre juge de la même cour. Voir *A.D. c. Tadros*, (2005) 46 B.C.L.R. (4th) 295 (C.S.); *R. c. Butchko*, (2004) 250 Sask. R. 222 (B.R.), infirmé en appel pour d'autres motifs; *Lefebvre c. Commission des affaires sociales du Québec*, [1991] R.J.Q. 1864 (C.A.); *R. c. Armstrong*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 285 (C.A. C.-B.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. c. Assessor of Area No. 11*, (1986) 33 M.P.L.R. 72 (C.S. C.-B.), confirmé à [1988] C.C.L. 1870 (C.A. C.-B.); *P.G. Québec c. 1852-1963 Québec Inc.*, [1987] R.J.Q. 1739 (C.S.); *Bell c. Cessna Aircraft Co.*, [1983] 6 W.W.R. 178 (C.A. C.-B.); et *Cité de Trois-Rivières c. Brière*, [1974] C.A. 82.

Mais ce second principe est moins rigoureusement appliqué que le premier et on peut relever plusieurs causes où un tribunal a refusé de suivre une de ses décisions antérieures, en invoquant des motifs plus ou moins sérieux pour le faire. Voir par exemple *R. c. Kruger*,

(1975) 51 D.L.R. (3d) 435 (Co. Ct. C.-B.), renversé en appel pour d'autres motifs; *R. c. Santeramo*, (1977) 36 C.R.N.S. 1 (C.A. Ont.), 14, ainsi que les affaires y citées; *Besner c. Société Radio-Canada*, [1981] C.S. 821; *Nova, An Alberta Corp. c. Guelph Engineering Co.*, (1984) 30 Alta L.R. (2d) 183 (C.A.), 192; *Eddy (E.B.) Forest Products Ltd. c. Canadian Paperworker's Union, Local 74*, (1989) 34 O.A.C. 295 (Div. C.); *Thibodeau-Labbée c. Régie des permis d'alcool du Québec*, [1991] R.J.Q. 731 (C.A.), 738; *Lamothe c. Ruffo*, [1998] R.J.Q. 1815 (C.S.), 1822; *Bourque c. Ville de Saint-Romuald*, [2000] R.J.Q. 546 (C.Q.); *Nutribec ltée c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [2002] R.J.Q. 2593 (C.A.), confirmé à [2004] 1 R.C.S. 824; *Société de télédiffusion du Québec c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [2004] R.J.Q. 1003 (C.Q.); *R. c. Neves*, [2006] 4 W.W.R. 464 (C.A. Man.), et les causes y citées.

Pour ce qui est de la Cour fédérale, il est dit dans *Murray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 518 (C.A.), 519-520, que le *stare decisis* ne s'applique pas comme tel à cette Cour; cependant, la Cour respectera une de ses décisions récentes, à moins d'être convaincue qu'elle est erronée. Voir aussi *Armstrong Cork c. Domco*, (1981) C.C.D.J. 47.10 (C.A.F.); *R. c. Pollock*, (1984) 84 D.T.C. 6370 (C.A.F.); et *Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, (1983) 71 C.P.R. (2d) 146 (C.F.), infirmé pour d'autres motifs à (1984) 1 C.P.R. (3d) 256 (C.A.F.). Dans *Perry c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique*, [1979] 2 C.F. 57 (C.A.), elle a jugé qu'un fort doute sur le bien-fondé d'un précédent ne suffisait pas nécessairement à contrebalancer le devoir qu'elle avait, au nom de la bonne administration de la justice, d'appliquer ce précédent.

Au niveau de la Cour suprême, la situation à cet égard a beaucoup évolué. Pendant longtemps, la Cour suprême s'est considérée strictement liée par ses propres décisions, sauf « circonstances exceptionnelles » : *Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 R.C.S. 516. Après l'abolition des appels au Conseil privé, la Cour a assoupli peu à peu cette position : voir *Woods Manufacturing Co. c. La Reine*, [1951] R.C.S. 504, 515; l'*Avis sur le Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, 212; et *Binus c. La Reine*, [1967] R.C.S. 594, 601.

Depuis le milieu de la décennie 1970, la Cour suprême se veut libre d'écarter ses décisions antérieures : voir *Ministre des Affaires indiennes c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, 527-528, et les causes y citées. Dans cette affaire, la Cour suprême a rejeté une de ses décisions récentes, mais elle a réaffirmé l'importance du *stare decisis*

pour la certitude qu'il apporte au droit ; elle ne rejettera un arrêt antérieur que s'il y a « des motifs sérieux de le faire ». Voir aussi *Marvco Color Research Ltd. c. Harris*, [1982] 2 R.C.S. 774 ; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225 ; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, 547 ; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, 1052-1053 ; *Harnstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092 ; *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 634-636, et les causes y citées ; ainsi que le développement sur l'« interprétation évolutive » dans le point I.B du chapitre IV.

Dans le degré de respect qu'elle consacre à ses décisions antérieures, la Cour suprême est susceptible d'avoir la même attitude pour les affaires de droit civil et de droit public venant du Québec que pour celles venant des autres provinces canadiennes. Voir l'opinion du juge Mignault dans *Groulx c. Bricault*, (1922) 65 D.L.R. 528 (C.S.C.), 534, et celle du juge Anglin dans *Daoust, Lalonde & Co. c. Ferland*, [1932] R.C.S. 343, 351. Enfin, la Cour suprême ne fera pas de distinction non plus entre l'autorité de ses arrêts portant sur des litiges au sens strict et celle des opinions qu'elle a rendues sur des questions qui lui furent référées par un gouvernement : *A.-G. Canada c. Higbie*, [1945] R.C.S. 385, 403.

– Les décisions de tribunaux de hiérarchies parallèles

En dernier lieu, le *stare decisis* pourrait impliquer que les cours canadiennes se considèrent liées par les décisions de certaines cours œuvrant dans des hiérarchies parallèles à la leur. Cependant, un tel principe n'a jamais été appliqué de façon ferme au Canada, même s'il est arrivé souvent qu'une cour trouve « désirable » de suivre les décisions des autres provinces lorsque le droit applicable était le même : *R. c. Glenfield*, [1935] 1 D.L.R. 37 (C.A. Alta), 40 ; *S. c. S.*, (1974) 41 D.L.R. (3d) 621 (B.R. Man.) ; et voir l'opinion du juge Gale dans *R. c. Smythe*, [1971] 2 O.R. 209 (C.A.), ainsi que *Biron c. Caisse populaire Desjardins Buckingham*, [2003] R.J.Q. 1771 (C.A.), 1776-1777.

Aujourd'hui, une cour fédérale n'est certainement pas liée par une cour provinciale de même niveau et vice versa, comme la cour d'une province n'est pas liée par celle qui lui correspond dans une autre province. D'ailleurs, dans *Wolf c. La Reine*, [1975] R.C.S. 107, 109, le juge en chef Laskin a écrit au nom de la Cour suprême qu'une « cour d'appel provinciale n'est pas obligée, ni en droit ni en pratique, de suivre une décision de la cour d'appel d'une autre province, sauf si elle est persuadée qu'elle doit le faire d'après sa valeur intrinsèque ou pour d'autres raisons indépendantes ».

On peut aussi affirmer qu'un tribunal provincial de première instance n'est pas lié par la Cour d'appel fédérale ou par la cour d'appel d'une province autre que la sienne : *R. c. Beanev*, [1969] 2 O.R. 71 (C.C.), 75 et s. ; *R. c. Connolly*, [1970] 2 C.C.C. 144 (C.S. f.-P.-É.) ; *Bédard c. Isaac*, (1972) 25 D.L.R. (3d) 551 (H.C. Ont.) ; *R. c. Sabloff*, [1979] C.S. 821, 823 ; *Besner c. Société Radio-Canada*, [1981] C.S. 821 ; *P.-G. Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, 233 ; *Edwards c. Lagacé*, [1998] R.J.Q. 1471 (C.S.), 1488.

IV. DES DÉCISIONS DES GOUVERNEMENTS

Le droit constitutionnel ne s'exprime pas seulement par la Constitution, les lois des parlements et la jurisprudence des tribunaux. D'autres organes étatiques adoptent aussi des normes, générales ou particulières, qui peuvent faire partie du droit constitutionnel. C'est spécialement le cas des gouvernements, fédéral et québécois. Mais les décisions qu'ils prennent sont subordonnées à la Constitution, aux lois et à la common law.

Les normes gouvernementales qui sont de portée générale consistent ce qu'on appelle la « législation déléguée » ou les « règlements ». D'autres termes, fort divers, peuvent être utilisés pour désigner ce genre de sources, ce qui n'en change pas la nature juridique. Pour poser valablement des actes normatifs de portée générale, un organe gouvernemental doit être habilité par une loi.

D'autres décisions gouvernementales ont une portée plus particulière, non législative. C'est le cas, par exemple, de la décision de nommer un ambassadeur ou de déclencher des élections. Les actes gouvernementaux de cette nature doivent être permis par la Constitution ou par des lois formelles ; mais ils peuvent aussi être posés en vertu simplement de la coutume et de la common law. Dans ce dernier cas, on dit que les décisions sont prises en vertu de la « prérogative royale », ce résidu des pouvoirs originaires de la Couronne qui, aujourd'hui, sont exercés en fait par les gouvernements.

Le chapitre IX est consacré au régime juridique applicable à ces divers types de sources gouvernementales.

Notons que certains actes du Gouvernement britannique peuvent faire partie du droit constitutionnel canadien (en plus des arrêtés en conseil constitutionnalisés dont nous avons déjà parlé). Il s'agit de lettres patentes, de commissions ou d'instructions. Les plus importants de ces actes sont ceux qui se rapportent à la fonction de gouverner.

neur général au Canada. Leur importance est surtout historique, mais leur portée demeure contemporaine en ce sens qu'ils ont contribué à l'évolution du statut du Canada par rapport à la métropole. À compter de 1926, le Gouvernement de Londres, en vertu des conventions constitutionnelles, ne pouvait plus agir de sa propre initiative à l'endroit du Canada. Cette limitation s'est transposée dans le droit strict lors du *Statut de Westminster de 1931*.

V. DES DÉCISIONS DES ASSEMBLÉES LÉGISLATIVES

Nous avons vu en parlant des lois que les tribunaux refusent d'appliquer des textes votés par une assemblée législative sans la participation des autres composantes du parlement. En effet, une résolution d'une assemblée législative (ou une résolution conjointe du Sénat et des Communes) n'a pas de portée juridique en dehors de l'assemblée, ne crée ni droits ni obligations exécutoires par les tribunaux : *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199, 208. Ainsi, la résolution des Communes adoptée après le référendum de 1995 et reconnaissant le Québec comme une société distincte n'a qu'une valeur politique. Dans le cas du rapatriement de 1981-1982, les résolutions des chambres fédérales ne faisaient qu'enclencher un processus qui ne pouvait connaître d'aboutissement juridique que par l'intervention formelle du Parlement de Londres : voir le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

Il ne reste pas moins qu'une assemblée législative possède le privilège coutumier de régir son fonctionnement interne. Il s'agit d'un pouvoir qui, comme la prérogative royale, constitue un titre autonome pour l'élaboration de règles de droit constitutionnel.

Les décisions que prend une assemblée législative peuvent être de portée spécifique ou générale. Les règlements que se donne chaque assemblée législative constituent sa principale production normative. Le Règlement de la Chambre des communes, celui du Sénat et celui de l'Assemblée nationale régissent la plupart des aspects du fonctionnement de ces assemblées. Ces codes de base sont souvent complétés par des règlements sessionnels ou adaptés à des situations particulières par des résolutions ou des décisions *ad hoc*.

Les décisions d'une assemblée législative ont une autorité semblable à celles que prend un gouvernement. Les pouvoirs autonomes des assemblées sont reconnus, mais en même temps circonscrits, par la common law. Et une assemblée ne peut évidemment contrevenir

aux règles législatives et constitutionnelles qui lui sont applicables. Voir la section 1 du chapitre V ci-dessous.

Les assemblées législatives peuvent aussi prendre des décisions qui ne résultent pas de leur compétence autonome ; elles agissent alors en vertu d'un pouvoir conféré par une loi ou par la Constitution. Par exemple, la *Loi électorale* du Québec (L.R.Q., c. E-3.3, art. 550) confie à la commission de l'Assemblée nationale le pouvoir d'approuver les règlements du directeur général des élections ; et la procédure d'amendement prévue par la Constitution accorde un rôle précis à des résolutions d'assemblées législatives. D'une manière plus générale, la Constitution elle-même confère aux assemblées législatives les privilèges qui sont nécessaires à leur fonctionnement : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

VI. DE LA DOCTRINE

La doctrine est une source singulièrement importante du droit constitutionnel. La raison première de cette situation vient du fait qu'il y a des éléments de ce droit sur lesquels peu de choses sont autrement écrites. C'est le cas des coutumes et des conventions constitutionnelles, dans une large mesure. Au surplus, ces éléments du droit constitutionnel ne reçoivent pas ou peu de sanction de la part des tribunaux et, le plus souvent, ils n'en ont pas besoin. Soit qu'ils fassent l'objet d'autres modes de sanction : c'est normalement le cas des conventions constitutionnelles. Soit qu'ils soulèvent peu de conflits : ainsi en est-il des coutumes qui, par définition, ne doivent pas avoir soulevé de conflits à l'époque de leur élaboration. Les éléments coutumiers et conventionnels du droit constitutionnel font donc l'objet d'une littérature judiciaire clairsemée. C'est pourquoi la littérature doctrinale prend dans leur cas une importance particulière.

Par ailleurs, les règles constitutionnelles se veulent durables et elles prennent souvent la forme d'énoncés généraux. Il peut donc se présenter des problèmes pour lesquels les textes n'ont fourni que des ébauches de solution et la jurisprudence, des hypothèses de règlement laconiques ou contradictoires. La doctrine peut alors contribuer à développer le droit et être agréée par les tribunaux. Ainsi, un volet essentiel du raisonnement du juge Beetz dans l'*Avis sur la loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, a rallié une majorité de la Cour suprême et s'est directement inspiré de la doctrine (voir aux p. 451-452). Voir aussi *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1084 ; le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitu-*

tion, [1981] 1 R.C.S. 753, 783-784 et 800 ; et *P.G. Colombie-Britannique c. Canada Trust*, [1980] 2 R.C.S. 466, 474 et s.

Depuis l'entrée en vigueur des chartes des droits et, en particulier, de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur de larges questions sociales et l'utilisation judiciaire de la doctrine connaît un essor considérable. La Cour suprême considère même les commentaires publiés des décisions dont elle entend le pourvoi. Voir par exemple *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 764 et s., 789-790 ; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 ; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, 503 et 509 ; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, 542 ; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 363 ; et *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, 60.

Du point de vue de son autorité par rapport aux autres types de normes, la doctrine est essentiellement une source persuasive et subsidiaire du droit constitutionnel. Elle se situe en marge de la hiérarchie des règles juridiques. En d'autres termes, c'est dans la mesure où les autres sources n'apportent pas de réponse claire que la doctrine est porteuse de solutions de droit positif. Il faut aussi souligner le rôle suggestif et générateur que joue la doctrine dans l'œuvre jamais terminée de l'amélioration du droit.

VII. DES COUTUMES

La coutume est une règle de droit, née de la répétition continue d'un acte public et paisible ou de l'abstention de poser un acte, durant un certain temps, sans qu'il y ait protestation à l'endroit de cet acte ou de cette abstention.

Il s'agit donc d'une règle de droit, c'est-à-dire d'une norme, susceptible d'une sanction. Nous verrons plus loin quelle est la sanction de la coutume. Cette règle de droit naît de la répétition d'actes. Il s'agit d'une façon habituelle de faire. Mais c'est plus qu'un simple usage, lequel naît seulement d'un choix entre diverses solutions offertes par le droit.

Cette répétition d'actes doit être continue. Elle consiste en une suite d'actes dans le même sens, sans retour en arrière. Elle doit aussi être publique, c'est-à-dire que les actes qui la composent ne peuvent être clandestins. Il s'agit nécessairement de la répétition d'actes paisibles : l'acte imposé par la force ne peut fonder le droit. Il peut

s'agir également d'une abstention continue : la coutume ne fait pas que permettre de faire ou obliger à faire, elle peut interdire de faire.

Cette répétition doit avoir eu lieu durant un certain temps. Il s'agit d'une pratique consacrée par le temps, qui est l'élément déterminant en matière de droit coutumier. C'est le temps qui crée le droit et non toute espèce de consécration qui pourrait venir a posteriori valider une règle née de l'effet du temps. Les premiers précédents qui prétendent fonder un droit coutumier n'ont pas à remonter à un temps immémorial, mais seulement « as far back as living memory goes » : *Re Kitchhooalik and Tucktoo*, (1972) 28 D.L.R. (3d) 483 (C.A. T.N.-O.), 488. Enfin, il faut que cette suite d'actes aient été accomplis sans soulever de protestation. La coutume est une façon de faire communément acceptée. Et elle reçoit de ce fait son caractère de souplesse : comme elle naît progressivement de l'effet du temps, elle peut s'éteindre de la même façon.

A. Les qualités essentielles de la coutume

Une coutume peut être bonne ou mauvaise. Pour valoir en droit, une coutume doit être bonne ; elle doit posséder certaines qualités.

Une coutume doit être raisonnable. Le mot raisonnable doit être pris ici dans un sens juridique. Une coutume ne doit pas être déraisonnable juridiquement, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas répugner aux principes généraux du droit positif. Une coutume qui voudrait que les députés puissent tout faire serait ainsi une coutume juridiquement déraisonnable.

Une coutume doit créer une obligation. Il s'agit bien d'une règle imposant une obligation, par opposition à une simple suggestion ou à une façon facultative de faire, laquelle peut être suivie ou non. Une mauvaise coutume de ce point de vue serait celle qui, par exemple, énoncerait qu'il est souhaitable que les députés ne soient pas appelés à servir comme jurés.

L'obligation que crée une coutume doit être claire. C'est-à-dire qu'il doit s'agir de quelque chose de prouvable, de démontrable. Serait mauvaise, par conséquent, une coutume qui voudrait que les ministres soient bons ou qu'ils soient choisis parmi les personnes qui sont bonnes.

L'obligation que crée une coutume doit être certaine. C'est-à-dire qu'elle ne doit pas être variable et susceptible de changer de

contenu au gré des circonstances. Ainsi une coutume qui voudrait que l'on fasse parfois ceci, parfois cela, serait une mauvaise coutume. En d'autres termes, une bonne coutume ne doit pas être susceptible d'être interprétée différemment, ou du moins avec des écarts importants.

L'obligation que crée une coutume doit être cohérente. Ce qui exclut l'existence de coutumes contradictoires ; si deux coutumes sont incompatibles, nécessairement, une des deux seulement doit être bonne.

B. L'autorité de la coutume

La coutume est une règle de droit. Elle implique donc une sanction. Et celle-ci sera assurée par les tribunaux, le cas échéant. Mais évidemment, les règles coutumières ne pourront prévaloir sur les lois ni sur les principes de common law.

Dans plusieurs systèmes de droit, la coutume est identifiée comme une source distincte. Rien n'empêche de faire de même dans le système de common law : voir par exemple *Re Deborah*, [1972] 5 W.W.R. 203 (C.A. T.N.-O.). Mais il faut réaliser que la common law a peu à peu incorporé la plupart des règles coutumières. Ainsi, les privilèges parlementaires en Grande-Bretagne découlent de la coutume (de la *lex et consuetudo parlamenti*), mais ils furent éventuellement reconnus par les tribunaux et appliqués aux législatures coloniales : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, 343-347 et 379-381. Cette fréquente mutation entraîne souvent une confusion entre la règle coutumière et le principe de common law. C'est pourquoi plusieurs ne distinguent pas la coutume de la common law et, dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de le faire non plus. Ainsi, le mot coutume (*custom*) peut être utilisé avec plus ou moins de rigueur. Dans divers passages du *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, ce mot désigne des réalités différentes, soit le simple usage, soit la pratique politique assimilable à la convention constitutionnelle, soit la coutume proprement juridique qui fait partie de la common law. En cette matière comme en bien d'autres, il faut chercher à saisir le sens du discours utilisé plutôt qu'à imputer des conceptions rigides à des termes donnés.

Aujourd'hui, la coutume est peu plaidée devant les tribunaux, soit parce que les règles coutumières soulèvent peu de litiges, soit parce qu'elles ont été intégrées dans d'autres sources de droit. De

telle sorte que les arguments se rapportant à la coutume ne sont généralement soulevés que pour appuyer et renforcer une argumentation fondée sur d'autres sources. Parmi les motifs de jugement, ceux qui font appel à la coutume prennent ainsi une place secondaire. Voir par exemple *Association des Gens de l'Air du Québec Inc. c. Lang*, [1978] 2 C.F. 371 (C.A.), 375, au sujet du statut juridique de la langue française au Québec. Par contre, en ce qui concerne les droits ancestraux et le mode de vie traditionnel des autochtones, le droit coutumier connaît un nouvel essor.

Il faut reconnaître l'importance de la coutume dans tout système juridique. L'enracinement social du droit coutumier entraîne un haut degré d'adaptation du droit aux faits. Le droit ne peut jouer alors un rôle très dynamique, mais la règle ne risque pas non plus d'apparaître aussi artificielle que ne l'est parfois la règle de droit volontaire, dans ses retards comme dans ses bonds en avant.

VIII. DES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES

La convention constitutionnelle est une source propre au droit constitutionnel ; elle est aussi une source particulièrement fréquente en régime de type britannique.

L'importance des conventions constitutionnelles est grande en droit public canadien. Les conventions ont régi, par exemple, les rapports entre le Royaume-Uni et le Canada de 1926 à 1982, assurant l'indépendance et un statut international au Canada.

Les conventions sont également sources du droit régissant les rapports entre l'assemblée électorale et le gouvernement, tant au niveau fédéral que québécois. En ce qui regarde le Québec, l'essentiel de ce droit est de nature conventionnelle : il s'agit des accords qui ont fondé l'avènement du gouvernement responsable dans les provinces unies entre 1840 et 1848. Pour ce qui est des organes fédéraux, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* a adopté l'état d'alors des conventions constitutionnelles britanniques en la matière.

Tout aussi fondamentales sont les conventions qui régissent les rapports entre le gouvernement et l'opposition, parce qu'elles visent à perpétuer le caractère démocratique du régime. Essentiellement, les gouvernements successifs acceptent la légitimité de l'opposition, lui concèdent d'avance le droit de prendre le pouvoir si elle remporte les élections et ne cherchent pas à tirer profit de leur position pour tenter de la museler ou de l'enrayer.

La distinction de base que font souvent les auteurs britanniques entre les sources du droit constitutionnel souligne également l'importance des conventions constitutionnelles. D'une façon générale, ceux-ci divisent le droit constitutionnel, ou la *constitutional law*, en *laws of the constitution* et en *conventions of the constitution*. Les premières comprennent des *written laws*, c'est-à-dire des lois et règlements, ainsi que des *unwritten laws*, c'est-à-dire des principes de common law et des coutumes. En d'autres termes, il s'agit du « droit légal », à savoir le droit sanctionné par les tribunaux. Les *conventions of the constitution* sont, par contre, des accords entre parties intéressées qui parfois, souvent même, transforment littéralement la portée des « lois ». Cet aspect conventionnel du droit constitutionnel n'est pas sanctionné par les tribunaux.

À l'occasion du rapatriement de la Constitution, la Cour suprême du Canada s'est prononcée deux fois sur l'existence de conventions constitutionnelles. Le projet fédéral de rapatriement lancé à la suite du référendum québécois du 20 mai 1980 faisait l'objet de l'opposition de huit provinces. Trois d'entre elles saisirent leur cour d'appel de questions portant sur la constitutionnalité du projet, tant sur le plan du droit strict que sur celui des conventions constitutionnelles : *Re Amendment of the Constitution of Canada*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 1 (C.A. Man.) ; *Re Amendment of the Constitution of Canada (No. 2)*, (1981) 118 D.L.R. (3d) 1 (C.A. T.-N.) ; *Avis sur le projet de résolution concernant la Constitution du Canada*, [1981] C.A. 80. Ces trois décisions, dont deux étaient favorables à la position fédérale, furent portées devant la Cour suprême du Canada, qui rendit son opinion le 28 septembre 1981 : *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. Essentiellement, la Cour suprême jugea que le fédéral avait le droit, malgré l'opposition de plusieurs provinces, de demander à Londres un rapatriement qui affecte les pouvoirs des provinces, mais qu'il violerait une convention constitutionnelle en le faisant.

Cette décision a, d'une certaine manière, forcé le Gouvernement fédéral à reprendre les négociations avec les provinces et, le 5 novembre 1981, un accord était conclu quant au rapatriement, le Québec étant seul à refuser d'y adhérer. C'est alors que la Cour d'appel du Québec fut à nouveau saisie d'une question portant sur l'existence d'une convention : celle de savoir si le consentement du Québec était conventionnellement nécessaire au rapatriement en cours (qui était destiné à affecter les droits du Québec au sein de la fédération) et si son objection rendait l'opération inconstitutionnelle au sens conventionnel. La décision de la Cour d'appel, puis celle de la Cour suprême,

à l'unanimité, furent défavorables au Québec : *Re : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, confirmant [1982] C.A. 33.

Ces deux renvois où la Cour suprême s'est prononcée sur l'existence de conventions constitutionnelles sont innovateurs. La Cour y analyse à fond un domaine jusque-là réservé à la doctrine. Il est impossible de traiter des conventions constitutionnelles sans donner une place privilégiée aux opinions qu'a émises la Cour dans ces deux affaires.

A. La définition de la convention constitutionnelle

La convention constitutionnelle est une règle élaborée empiriquement, par entente entre gouvernants ou politiciens, règle qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux mais appliquée et respectée par les parties en raison d'un sentiment de nécessité politique.

La convention constitutionnelle ne répond à aucun système d'élaboration. Elle naît au gré des événements politiques, grâce à une entente. Un usage, une pratique ou une façon nouvelle de faire donne lieu à un accord ou un consensus. La convention est nécessairement bilatérale ou multilatérale ; elle implique plus d'une partie. Elle est une sorte de contrat. Une façon de faire se trouve consacrée par entente plutôt que par le temps comme dans le cas de la coutume. Le temps n'a pas ici l'importance qu'il a en droit coutumier ; l'élément déterminant de la convention constitutionnelle est l'entente en vertu de laquelle les acteurs se considèrent liés.

Dans les renvois sur le rapatriement, la Cour suprême s'est inspirée de Sir W. Ivor Jennings en statuant que, pour qu'une convention constitutionnelle existe, trois conditions doivent être satisfaites (p. 888 et s. du premier renvoi et p. 815 et s. du second) : il faut des précédents ; les acteurs doivent s'être crus liés par une règle ; et la règle doit avoir une raison d'être.

Dans le premier renvoi, quant à la première condition, la Cour ne retint comme précédents pertinents que les cas où les amendements constitutionnels requis affectaient directement les pouvoirs des provinces et elle constata que l'approbation de celles-ci avait invariablement été obtenue ; cette constatation fut renforcée par des précédents « négatifs », eux aussi invariables, en vertu desquels des projets d'amendement de cette nature ont avorté en raison de l'opposition d'une ou de plusieurs provinces.

Lier l'existence d'une convention constitutionnelle à des « précédents » peut paraître exagéré. Certes, dans plusieurs cas, les façons de faire antérieures à la naissance d'une convention pourront aider à la faire constater. Mais rien n'empêche qu'une entente ferme se crée d'un seul coup, dans un contexte politique particulier. Heureusement, les motifs de la Cour suprême sont simples relativement à cette condition : elle semble accepter, comme Jennings, qu'un seul précédent puisse suffire (p. 888 du premier renvoi et p. 815-816 du second) ; et elle tient compte de précédents « négatifs », c'est-à-dire de l'absence de précédents contraires à la convention alléguée.

La seconde condition nécessaire à l'existence d'une convention constitutionnelle est, aux dires de la Cour suprême dans le renvoi sur le veto du Québec, la plus importante des trois. C'est celle qui veut que les acteurs se soient crus liés par une règle. De fait, cette condition permet à la convention d'obtenir son caractère contraignant, son statut de norme. Toutefois, à propos du veto du Québec, la Cour suprême l'a appliquée de façon assez formaliste. Elle a dit que la reconnaissance des acteurs (qu'ils sont liés par une règle) devait être exprimée d'une manière quelconque et non pas être restée purement tacite. Pareille exigence ne se retrouve pas chez Jennings, dont la Cour s'était d'abord inspirée.

Si l'adhésion des acteurs à la convention constitutionnelle ne doit pas rester « entièrement inexprimée », du moins peut-elle être orale ou écrite. La Cour suprême mentionne d'ailleurs que la plupart des conventions n'ont pas été reconnues par écrit (p. 817 du second renvoi). Par exemple, c'est en raison d'une convention constitutionnelle orale qu'on peut soutenir que les droits de désaveu et de réserve sont devenus caducs. Par contre, la correspondance échangée entre le Gouvernement impérial et certains gouverneurs, spécialement Lord Elgin, en 1848, introduisit par convention constitutionnelle écrite le principe du gouvernement responsable dans le Canada-Uni. Aussi, la Cour suprême, dans le premier renvoi, considéra déterminants les passages du livre blanc fédéral de 1965 faisant état de la nécessité pour Ottawa d'obtenir un degré suffisant de consentement provincial avant de demander à Londres de modifier les conditions de l'union fédérative de 1867. L'écrit ne fonde pas la convention constitutionnelle, il aide seulement à en constater l'existence.

La troisième et dernière condition posée par la Cour suprême veut qu'existe une raison d'être pour la règle. Dans le cas du premier renvoi, le principe fédératif apparut à la Cour comme la raison d'être de la convention, principe qui est incompatible avec la modification

des pouvoirs provinciaux par l'action unilatérale du fédéral. Dans le second renvoi, la Cour ne s'est pas prononcée sur la raison d'être du veto du Québec (la dualité canadienne ou la spécificité québécoise), parce qu'elle avait jugé que la seconde condition n'était pas présente. Dans le cas d'autres conventions constitutionnelles, comme celle du gouvernement responsable et celle qui encadre l'exercice des pouvoirs du monarque ou de ses représentants, c'est le principe démocratique qui sert de raison d'être à la règle.

B. La sanction des conventions constitutionnelles

Une convention constitutionnelle n'est pas susceptible de sanction par les tribunaux. Même si violer une convention constitutionnelle équivaut à agir de façon inconstitutionnelle, au sens large, les tribunaux ne peuvent réprimer de quelque manière une telle violation. La Cour suprême a insisté sur cette réalité dans le premier renvoi lié au rapatriement (p. 853 et s. et 880 et s.). Voir aussi l'opinion du juge Riddell dans *Orpen c. A.-G. Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366 (C.S. Ont.), 372-373, et *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645, 722-723. Cette situation, reconnue et expliquée par une jurisprudence et une doctrine abondante, marque la différence essentielle entre une convention et une autre règle de la constitution.

La sanction des conventions constitutionnelles est d'un ordre autre que judiciaire. Ce sont d'abord les gouvernants eux-mêmes qui sanctionnent les conventions constitutionnelles. Ils assurent leur efficacité en se considérant liés par elles, parce qu'ils en sont les créateurs et aussi parce qu'ils en sentent la nécessité. Les collectivités, lorsqu'elles exercent leurs droits démocratiques, sanctionnent aussi les conventions. La nature de ces sanctions est essentiellement politique.

Dans le premier renvoi sur le rapatriement (p. 774 et s.), la Cour suprême rejette l'idée qu'une convention puisse se cristalliser ou se muter en règle de droit strict. Dans une autre partie de cette décision (p. 882), elle souligne que le conflit entre une convention et une règle de droit empêche que la première se cristallise en règle susceptible de sanction par les tribunaux. Cependant, plusieurs conventions constitutionnelles ne contredisent pas le droit strict. Et certaines ont été formalisées dans des lois : voir *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, 86. De même, des conventions à l'origine purement politiques ont pu se muter en règles de common law. Ce semble être le cas de diverses prérogatives royales et parlementaires. Une telle mutation fut acceptée par le juge en chef Duff dans l'*Avis*

sur les *conventions du travail*, [1936] R.C.S. 461, 476-477. Le même juge, cependant, émettait deux ans plus tard une opinion différente, affirmant qu'il n'avait pas à tenir compte des conventions constitutionnelles : *Avis sur le désaveu et la réserve*, [1938] R.C.S. 71, 78. Cette différence d'attitude fut expliquée par le fait que dans le premier cas, le juge en chef Duff se penchait sur la dimension internationale d'une question et que le droit international se développe justement grâce aux pratiques politiques reconnues : premier renvoi sur le rapatriement, p. 776 et s. En fait, dans l'*Avis sur les conventions du travail*, la question posée était autant de nature constitutionnelle qu'inter-nationale tandis que dans l'*Avis sur le désaveu et la réserve*, la convention alléguée allait à l'encontre du droit strict. Plusieurs auteurs ont critiqué le rejet par la Cour de toute possibilité de cristallisation.

Le principe général voulant que les conventions constitutionnelles ne sont pas sanctionnées par les tribunaux connaît deux tempéraments.

Premièrement, les conventions constitutionnelles peuvent être utilisées par les tribunaux, non pas comme règles ayant des effets par elles-mêmes, mais comme éléments accessoires à l'application, à l'appréciation ou à l'interprétation du droit strict. Ce rôle d'ancillarité des conventions constitutionnelles fut reconnu par la Cour suprême dans le premier renvoi concernant le rapatriement (p. 885), où divers exemples sont cités. Voir *British Coal Corp. c. La Reine*, [1935] A.C. 509, 511. Dans *A.-G. Ceylon c. de Livera*, [1963] A.C. 103, le Conseil privé a eu recours aux conventions constitutionnelles pour déterminer si un député avait ou non agi en sa qualité de membre de la Chambre. La Cour suprême a adopté une attitude semblable dans l'*Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 60 et s. : pour légitimer une interprétation très restrictive d'un pouvoir législatif fédéral, elle a tenu compte de la « pratique » constitutionnelle. La Cour suprême s'est également servie des conventions pour interpréter la loi dans *Arseneau c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 136, 149, et dans *P.G. Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, 320. Enfin, dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, 88 et 97, une convention constitutionnelle servit à l'analyse dans le cadre de l'article premier de la Charte canadienne.

Lorsque les conventions constitutionnelles sont utilisées comme éléments d'interprétation législative, elles sont d'une certaine manière sanctionnées par les tribunaux. L'interprétation des lois n'est-elle pas au cœur de l'intervention judiciaire ? Même dans le premier renvoi sur le rapatriement, il ne s'agissait en définitive que

d'interpréter l'article 7 du *Statut de Westminster de 1931*. Mais il est certain qu'une convention constitutionnelle ne peut pas permettre de changer la portée de dispositions claires par elles-mêmes : *Manuel c. A.-G.*, [1982] 3 All E.R. 822 (C.A.), 831.

Une seconde modalité de sanction judiciaire indirecte des conventions constitutionnelles est également acquise, justement depuis les deux renvois portant sur le rapatriement : on peut demander aux tribunaux de reconnaître et déclarer l'existence des conventions. Dans le premier renvoi, les questions posées aux trois cours d'appel puis à la Cour suprême portaient tant sur le droit strict que sur les conventions constitutionnelles. Dans le second renvoi, la seule question posée portait sur une telle convention. Depuis lors, les tribunaux ont été amenés à se prononcer sur l'existence de conventions constitutionnelles non seulement dans le cadre de renvois consultatifs, mais aussi à l'occasion de litiges formels. Voir *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 430-431 ; et *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 514-516.

Lorsque la Cour suprême a émis son opinion dans le second renvoi, le rapatriement était un fait accompli ; dans de telles circonstances, il est moins approprié que les tribunaux se penchent sur l'existence d'une règle non susceptible de sanction judiciaire. Ainsi, en 1991, la nomination de sénateurs supplémentaires était un fait accompli, et deux cours d'appel ont refusé de se prononcer sur l'existence alléguée de conventions constitutionnelles : *Reference re Sections 26, 27 & 28 of Constitution Act, 1867*, [1991] 4 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), 112-113 et 117-118 ; *LeBlanc c. Canada*, (1991) 80 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Ont.), 647.

Certains ont soutenu que les tribunaux ne devraient pas se pencher sur des questions politiques, non juridiques. Mais le fait est que les conventions constitutionnelles ne sont pas des règles totalement extrajuridiques, comme l'a reconnu la Cour suprême à l'occasion du premier renvoi (p. 884-885). Et il faut dissiper à cet égard les mésententes purement terminologiques. Ainsi, la doctrine classique soutient que le droit constitutionnel comprend les lois constitutionnelles et les conventions constitutionnelles ; il nous semble que dans le premier renvoi la Cour suprême veut désigner la même réalité en disant que la constitution comprend le droit constitutionnel et les conventions (p. 883-884). Que les conventions constitutionnelles soient ou non du droit dépend simplement de l'extension que l'on donne au mot « droit » : parle-t-on du droit strict appliqué par les tribunaux ou du

droit dans le sens de normes étatiques dont la sanction n'est pas nécessairement judiciaire ? Or il est parfaitement clair que la nature des conventions retenue par la Cour suprême dans les deux renvois en fait du droit véritable dans ce second sens. Dans ces deux renvois d'ailleurs, la Cour a approuvé un *dictum* du juge en chef Freedman du Manitoba à l'effet qu'une convention se rapproche davantage du droit (strict) que d'un simple usage ou coutume non normative. En se prononçant sur l'existence de conventions, les tribunaux abordent en réalité ce qui a toujours été une source importante du droit constitutionnel britannique dont nous avons hérité. Même si elles n'appellent pas de sanction proprement légale, mais seulement des sanctions politiques, les conventions n'en restent pas moins des règles de droit qu'il peut devenir nécessaire de faire constater à l'occasion. En fait, elles se situent à la frontière du droit et des sciences politiques, participant des deux disciplines.

C. Le rôle des conventions constitutionnelles

Globalement, les conventions constitutionnelles ont pour fonction d'assurer une adaptation constante du droit aux faits, de la constitution « légale » à la réalité politique. Elles permettent l'évolution des choses, tout en éliminant les difficultés que pose la modification constitutionnelle formelle. Elles représentent la réalité constitutionnelle par rapport à d'autres éléments du droit constitutionnel qui sont plus ou moins figés. L'adaptation qu'assure la convention constitutionnelle par rapport au droit strict peut se faire en opposition à ce droit, en conformité avec celui-ci ou encore indépendamment de lui.

Dans le premier cas, la convention constitutionnelle transforme ou rend inopérant sans l'abroger le droit sujet à sanction par les tribunaux. Théoriquement, elle est censée changer la façon de faire dans le même cadre juridique. Les articles 9 et 10 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donnent un bon exemple de ce phénomène. Le texte nous dit que la fonction exécutive fédérale est dévolue à la reine qui l'exerce par l'entremise d'un gouverneur général ; la convention constitutionnelle est venue préciser, en deux temps, que cette fonction appartenait au Gouvernement britannique et au Gouvernement canadien, puis au seul Gouvernement canadien. Officiellement, tout de même, les décisions gouvernementales prises au nom de Sa Majesté doivent apparaître avoir été prises par elle ou son représentant. Les articles 55, 56, 57 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* fournissent un autre exemple du rôle que nous venons de décrire des conventions constitutionnelles. Ces articles concernent les pouvoirs de désaveu et de réserve ; la dernière loi canadienne à être désavouée par Londres

l'a été en 1873 ; le dernier désaveu d'une loi provinciale par le fédéral remonte à 1943. Voir aussi les exemples exposés dans le premier renvoi sur le rapatriement, p. 881 et s.

Dans le cas où la convention constitutionnelle procède en conformité avec le droit strict, elle vient préciser celui-ci ou en préparer l'avènement. Ainsi, elle précise que c'est le Cabinet en tant que comité du Conseil privé qui, au fédéral, exerce vraiment la fonction gouvernementale, et non pas le Conseil privé comme tel. Par ailleurs, ce sont les conventions acceptées lors des conférences impériales qui ont préparé l'avènement du *Statut de Westminster de 1931*.

Enfin, la convention constitutionnelle peut agir indépendamment du droit strict. C'est le cas de la fonction de premier ministre et de l'avènement de la responsabilité ministérielle au Canada.

Le rôle assumé par les conventions constitutionnelles fait croire qu'on devrait utiliser avec réserve le droit d'en faire constater l'existence par les tribunaux. Il ne faudrait pas attendre de ceux-ci qu'ils gèrent les conventions ou qu'ils les délimitent avec la précision du droit strict. Dans bien des cas, les tenants et aboutissants d'une convention ne pourront être fixés rigoureusement pour la bonne raison que ce type de règle ne s'y prête pas. L'intérêt principal des conventions constitutionnelles est leur souplesse, leur capacité d'adaptation aux contextes politiques imprévisibles. C'est pourquoi dans le premier renvoi, la Cour suprême s'est contentée de déclarer qu'un degré appréciable de consentement provincial était requis. Dans le second renvoi, elle a soutenu qu'elle avait rejeté la règle de l'unanimité lors du premier renvoi et elle a ajouté que le Québec ne jouissait pas d'un veto. Par sa précision et son caractère catégorique, la question du Québec appelait une réponse tranchée. Il n'est pas sûr que le droit constitutionnel y gagnerait à formaliser les contours des règles conventionnelles.