
Conventions constitutionnelles et les campagnes électorales

par Andrew Heard

Le régime parlementaire repose sur un certain nombre de conventions constitutionnelles importantes, mais non écrites, que l'on oublie souvent, tant dans les débats publics que dans les milieux universitaires. Le gouvernement conservateur a subi la défaite lors des élections générales de 1993. Peu après, le nouveau gouvernement libéral a soulevé la question suivante : l'administration précédente avait-elle violé une convention constitutionnelle en signant, à peine trois semaines avant le jour du scrutin, une entente qui transférait au secteur privé les aéroports 1 et 2 de l'Aéroport international Lester B. Pearson? Le présent article donne un aperçu de la nature générale des conventions constitutionnelles et traite des contraintes auxquelles est soumis un gouvernement dans ses derniers jours.

Les conventions constitutionnelles sont un train fort important de règles tacites qui s'appliquent au comportement des politiques. Ce sont des lois qui font essentiellement en sorte que les pouvoirs légaux s'exercent d'une manière différente de ce que prévoit la loi. Elles découlent en grande partie de l'exercice concret de la politique, mais elles reposent essentiellement sur un consensus. C'est la caractéristique fondamentale des conventions constitutionnelles. Il s'agit de règles tacites, mais tout de même coercitives, en raison du degré de consensus dont elles font l'objet au sein de la grande arène politique.

Certaines de ces conventions sont fort importantes. Elles caractérisent notre constitution. Le principe même du gouvernement responsable tient à des conventions. Le transfert des grands pouvoirs légaux du gouverneur général aux représentants élus du jour s'effectue par convention, et par

convention uniquement. Il importe de comprendre que ces règles jouent un rôle fondamental dans notre système politique. Il faut donc prendre soin de bien définir ce que nous estimons être des conventions.

Voici un exemple visant à illustrer l'importance de celles-ci. Bien que, aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouverneur général soit tenu d'envoyer copie de toutes les lois adoptées au Canada au gouvernement de la Grande-Bretagne, une convention constitutionnelle annule maintenant cette obligation. La loi fondamentale du pays prévoit donc une obligation qui est annulée par une convention. Voilà qui donnera une idée de la puissance de ces règles politiques.

L'approche traditionnelle

Traditionnellement, on aborde les conventions constitutionnelles en fonction de l'existence de précédents. Un auteur britannique spécialiste des questions constitutionnelles, sir Ivor Jennings, est celui qui a le mieux décrit cette approche. La Cour suprême du Canada a fait siennes ses vues lorsqu'elle a accepté, dans le renvoi relatif au rapatriement de la Constitution, les trois conditions énoncées par Jennings pour qu'il y ait convention. Selon lui, pour savoir si une convention existe, il faut se poser trois questions : « Tout d'abord, quels sont les précédents; ensuite, les parties aux précédents

*Andrew Heard est professeur adjoint de sciences politiques à l'université Simon Fraser. Il est l'auteur de *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*. Le 8 décembre 1994, il a témoigné devant le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat lors de l'étude du projet de loi C-22, Loi sur certains accords relatifs au réaménagement et à l'exploitation des aéroports 1 et 2 de l'Aéroport international Lester B. Pearson.*

estimaient-elles être liées par une règle; et, enfin, la règle a-t-elle une raison d'être?»¹

Ce sont là les trois grandes questions à se poser. Y a-t-il précédent? Les parties à ces précédents s'estimaient-elles liées par une règle? Existe-t-il une raison que l'on pourrait fonder sur un principe constitutionnel pour confirmer l'existence de cette règle en tant que convention?

Les précédents sont à la base même de cette approche. Feu le sénateur Eugene Forsey a adopté celle-ci et a souligné la nécessité d'un précédent. Il a écrit : «Une convention constitutionnelle qui ne s'appuie pas sur un précédent est un peu comme une maison sans fondation [...] l'existence d'au moins un précédent est indiscutablement essentielle, sans quoi il n'y a pas de convention.»²

Sans précédent, il n'y a pas de convention. C'est ainsi que le sénateur Forsey a décrit la façon traditionnelle de juger des conventions.

Si l'on adopte cette approche dans les questions qui entourent la signature des accords concernant l'aéroport Pearson, il faut trouver un précédent pertinent. C'est la seule façon d'établir s'il existait une convention régissant le comportement.

J'ai fait le tour des ouvrages canadiens et britanniques faisant autorité en la matière, mais je n'ai pas trouvé de précédent direct qui soit lié à la signature de contrats durant une campagne électorale. Je n'ai pas relevé, non plus, de cas où des discussions relatives à des contrats ont abouti à des observations normatives au sujet de contraintes particulières auxquelles serait soumis un gouvernement et qui laisseraient présager de l'existence d'une convention constitutionnelle.

Les précédents analysés dans la documentation portent uniquement sur la restriction des pouvoirs des gouvernements après les élections, plutôt qu'avant. Il s'agit là d'un problème. Les documents traitent du comportement des gouvernements après une élection, mais non durant la campagne électorale. Ils portent sur des situations où il est clair, d'après les résultats d'élection, que le parti au pouvoir a été défait et qu'un autre parti sera appelé à former le gouvernement. Tous ces précédents portent sur la défaite électorale d'un conseil des ministres et sur la nomination imminente d'un nouveau cabinet.

Voici quelques exemples de précédents. Les auteurs contemporains font ressortir, avec une certaine note d'approbation, les cas où le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur a refusé de sanctionner les nominations recommandées par le conseil des ministres après que celui-ci eut perdu des élections générales.

Le précédent le plus remarquable, au niveau fédéral, s'est produit en 1896, lorsque lord Aberdeen a refusé de faire certaines nominations au Banc et au Sénat après que sir Charles Tupper eut de toute évidence perdu les élections générales.

Il existe aussi au niveau provincial plusieurs précédents de lieutenants-gouverneurs ayant refusé l'avis du cabinet après la défaite de celui-ci lors d'élections générales : deux fois en Nouvelle-Écosse, soit en 1878 et en 1882, le lieutenant-gouverneur a refusé de faire des nominations; une fois au Nouveau-Brunswick, en 1908, et une fois au Québec, en 1886.

Chaque fois, le gouverneur estimait que le conseil des ministres ne devait pas tenter de faire de telles nominations. Dans un cas, soit l'affaire opposant sir Charles Tupper à lord Aberdeen, celui-ci a dû rendre compte de ses actes au gouvernement britannique. Il jouissait de l'appui du ministre des Colonies.

J'ai, par contre, relevé un incident contraire en 1905, lorsque le gouvernement de l'Ontario a été défait aux élections générales, mais qu'il a réussi à faire faire certaines nominations. Il y eut tout un tollé, semble-t-il, et les autorités en la matière voient ces réactions négatives comme un indice que ce genre de comportement était contraire à une convention constitutionnelle.

À mon avis, ces précédents confortent tous le principe général du gouvernement responsable, ceci étant la raison d'être de la convention. Le conseil des ministres a le droit de faire donner suite à ses recommandations, tant et aussi longtemps que le gouvernement n'a pas perdu des élections ou qu'il n'a pas perdu la confiance de l'assemblée élue.

Si un conseil des ministres perd la confiance de la Chambre des communes ou des électeurs, il doit se borner à expédier les affaires courantes. D'après l'approche traditionnelle aux conventions fondées sur les précédents, je suis obligé de conclure qu'un gouvernement qui perd les élections doit se borner à voir aux affaires courantes.

En résumé, si l'on se fie à l'approche traditionnelle qui repose essentiellement sur l'existence de précédents pour établir une convention constitutionnelle, j'ai été incapable de découvrir des précédents ayant trait à la signature par le gouvernement d'importants contrats durant une campagne électorale. En l'absence de précédents, nous devons donc conclure qu'il n'existe pas de convention.

Dire qu'il n'existe pas de convention restreignant les agissements d'un gouvernement durant une campagne électorale, toutefois, ne veut pas dire, par contre, qu'il n'existe pas de restrictions.

À mon avis, les restrictions imposées à un gouvernement durant une campagne électorale sont dictées par la prudence et par les règles de l'art politique, plutôt que par une convention constitutionnelle.

Les principes constitutionnels en tant que guide des conventions

Les précédents sont utiles, mais, selon moi, ils ne sont pas tout à fait déterminants. Ils jettent un éclairage utile sur le débat public qui entoure les principes et les règles constitutionnels. Devrions-nous être liés par des précédents qui datent du XIX^e siècle, alors que tant de nos valeurs ont changé depuis lors? Qu'arrive-t-il s'il existe un précédent, mais que, aux yeux de la majorité, c'était le cas de quelqu'un qui s'en tirait à bon compte? L'acte a-t-il établi une nouvelle convention ou illustre-t-il une infraction à la règle? Si nous examinons le passé et que nous ne trouvons pas de preuve d'un acte, cela signifie-t-il que personne n'y a pensé ou, plutôt, qu'on se conformait, en fait, à une règle? Le problème particulier réside dans l'existence sous-entendue de conventions qui interdisent certains actes. La règle impose l'obligation de ne pas faire quelque chose. Un tel point de vue est, à mon avis, trop obscur et insatisfaisant. Je ne crois pas que les politiques soient libres d'agir à leur guise. Je ne souscris donc pas au principe selon lequel, en l'absence de précédent, il n'y a pas de convention.

Comme je ne suis pas satisfait de cette approche traditionnelle qui mise tant sur l'existence de précédents, j'ai élaboré une autre approche qui se fonde sur les principes constitutionnels plutôt que sur les précédents historiques.

Les conventions ont ceci de caractéristique, par rapport aux simples usages et coutumes, qu'elles défendent d'importants principes de la Constitution. La nature et l'importance même des conventions, c'est qu'elles sont des règles tacites nées de la nécessité de concrétiser un principe couramment admis de la Constitution. Pour en revenir à ce que disait Jennings, la règle s'explique par le principe en jeu.

En l'absence de précédents, nous pouvons nous tourner vers les principes fondamentaux de la Constitution que doivent respecter nos politiques.

Donc, si je m'interroge sur la signature de contrats pour l'aéroport Pearson durant une campagne électorale, je m'interrogerai sur les principes constitutionnels en jeu. Le groupe le plus fondamental de principes directement liés à cette situation est celui qui appuie le gouvernement responsable.

Le pouvoir légal du gouverneur général est exercé, en réalité, sur l'avis exécutif d'un conseil de ministres qui commande à une majorité de députés à la Chambre des communes. Il s'agit là de l'essence même du gouvernement responsable. Le conseil des ministres a le pouvoir de faire des recommandations au gouverneur général parce qu'il détient la majorité des voix à la Chambre des communes.

Si le conseil des ministres perd la confiance des Communes, il doit soit démissionner, soit déclencher des élections. Jusqu'à ce qu'il regagne la confiance de l'électorat, ce conseil des ministres ne peut donner suite qu'à des décisions restreintes. Son pouvoir d'action est limité parce qu'il a perdu la confiance de l'assemblée élue. S'il perd par une majorité de voix la confiance de la Chambre des communes, son pouvoir de décision est limité jusqu'à ce qu'il regagne cette confiance dans le cadre d'élections générales.

Par ailleurs, si le conseil des ministres subit une défaite écrasante lors d'élections générales, il a, lui aussi, perdu le pouvoir de faire des recommandations au gouverneur général et il doit démissionner et ne voir qu'aux affaires courantes jusqu'à ce qu'un successeur soit nommé.

Dans le cas des contrats relatifs à l'aéroport Pearson, il existait un conseil des ministres formé par une nouvelle première ministre, Kim Campbell, qui n'avait pas été présentée à la Chambre depuis sa nomination. Néanmoins, comme elle dirigeait un parti détenant la majorité des sièges à la Chambre, nul doute qu'elle aurait gagné un vote de confiance.

Les premiers ministres fédéraux et provinciaux sont souvent nommés et remplacés, entre deux élections, lors de congrès à la direction du parti. Lorsqu'ils accèdent au poste de premier ministre, ils assument simplement leurs fonctions. C'est ce qui est arrivé en 1993, lorsque Kim Campbell a été nommée à la direction du Parti conservateur. Elle a remplacé Brian Mulroney au poste de premier ministre. Aucune analyse de changements survenus à la direction de partis par le passé ne m'a laissé croire qu'un nouveau premier ministre ne peut agir à sa guise jusqu'à ce qu'il ait été présent à l'assemblée législative ou qu'il ait gagné un vote de confiance.

Il existe un cas où le point a été soulevé : la série de nominations qui a accompagné la succession de John Turner au poste de premier ministre en 1984. La série de nominations faite par Pierre Trudeau avant de démissionner et le fait que John Turner ait continué de faire des nominations par après a suscité à l'époque de longues discussions, parfois passionnées. On invoquait comme argument que le gouvernement en était à ses derniers jours et qu'il devait donc s'abstenir de prendre certaines décisions.

Un tel argument était, à mon avis, sans fondement puisqu'il restait un peu moins d'un an à cette législature avant qu'on eût à déclencher des élections. Les nombreuses nominations d'amis du régime ont peut-être déplu à bien des gens, mais elles relèvent davantage de la politique d'État que d'une convention constitutionnelle.

J'en conclus que les principes constitutionnels donnent au gouvernement le droit de faire des recommandations au gouverneur général au sujet de toute question qui l'intéresse, tant et aussi longtemps qu'il n'a pas perdu la confiance de la Chambre ou qu'il n'a pas été vaincu lors d'une élection générale. Si je fais erreur et qu'il existe des restrictions en

période électorale, nous devrions nous interroger sur la nature de ces restrictions.

À mon avis, la clé réside dans l'analyse faite par Peter Hogg de l'affaire Aberdeen-Tupper de 1896. Ainsi, il a écrit : «Le gouverneur général peut, à sa discrétion, refuser de donner son assentiment à une décision importante et irrévocable qui pourrait être reportée jusqu'à la formation imminente et inévitable d'un nouveau gouvernement.»³

L'élément-clé, ici, est l'expression «importante et irrévocable». Elle établit une distinction fort sage. Le gouvernement défait lors d'une élection ne peut prendre des décisions importantes et irrévocables qui ne peuvent être annulées par le nouveau gouvernement.

S'il existe des restrictions à ce que peut faire un gouvernement en période électorale, celle-là prime. Les gouvernements défaits ne peuvent prendre des décisions irrévocables. Ils peuvent prendre des décisions que pourrait facilement annuler un nouveau gouvernement. Si l'on concède,

par exemple, que le conseil des ministres doit éviter de mettre en oeuvre des décisions importantes durant une campagne électorale, mon opinion, alors, est que le genre de décisions qu'il ne peut prendre sont les décisions importantes et irrévocables. Toutefois, les accords concernant l'aéroport Pearson ne sont pas irrévocables. Ils peuvent être annulés. Nous pouvons bien discuter des moyens choisis pour le faire, mais le nouveau gouvernement et la nouvelle législature ont, de toute évidence, le pouvoir de les résilier.

Notes

1. Sir Ivor Jennings, *The Law & the Constitution*, 5^e éd., (Londres : University of London Press, 1959), p. 136.
2. Eugene Forsey, «The Courts & the Conventions of the Constitution,» (1984) 33 *UNB Law Journal*, p. 34.
3. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., (Toronto : Carswell, 1993), p. 253.