
Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales :

La convention de transition au Canada

par John Wilson

Dans le numéro d'automne de la Revue a paru un article du professeur Andrew Heard sur la nature générale des conventions constitutionnelles et les diverses contraintes auxquelles est soumis un gouvernement dans ses derniers jours. Le 25 septembre, le professeur Heard a comparu devant le Comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson. Le Comité a aussi entendu le même jour les professeurs John Wilson et James Mallory. Dans le présent article, M. Wilson formule un point de vue différent au sujet de la nature des conventions constitutionnelles en période électorale.

Une foule de questions entrent en jeu dans les accords conclus entre le gouvernement du Canada et la *Pearson Development Corporation*, accords qui ont été approuvés par la première ministre le 7 octobre 1993 et signés le même jour par des représentants du gouvernement et de la société. Le Comité spécial du Sénat, malgré un examen détaillé, n'a guère abordé ce que bon nombre d'observateurs considèrent comme étant l'élément le plus important, soit l'état des conventions constitutionnelles entourant l'événement et l'importance qu'il faut leur accorder¹.

En effet, il s'agit peut-être de la question essentielle du débat qui se déroule depuis que le nouveau gouvernement libéral a annulé les accords. Pratiquement tous les autres aspects peuvent faire l'objet de divergences d'opinions légitimes découlant de systèmes de valeurs divers, ne serait-ce que parce qu'il existe toujours des divergences dans notre société et que, en politique, nul n'a nécessairement raison. Nous sommes tous, après tout, partisans à notre façon.

Mais lorsqu'il s'agit de convenances constitutionnelles, nous devons aller au-delà des mérites des accords pour

examiner la façon dont la décision a été prise. Nous nous penchons alors sur la pratique même du gouvernement - les règles qui entourent la prise de décisions dans notre société - et il ne devrait pas y avoir de discussion possible. Si nous savons ce que sont et devraient être nos usages constitutionnels, nous devrions toujours insister pour qu'ils soient observés.

Je désire donc ci-après décrire la nature des conventions constitutionnelles qui me semblent s'appliquer à cette affaire, c'est-à-dire ce qui est considéré comme le comportement de rigueur des gouvernements canadiens dans la période qui suit la dissolution du Parlement et qui va jusqu'aux élections générales.

L'usage et la Constitution

Il importe d'entrée de jeu de nous rappeler la distinction entre les questions de droit, d'une part, et les questions de coutumes, de conventions et d'usages courants, d'autre part. L'examen du processus décisionnel relatif aux accords Pearson, je ne m'intéresse qu'aux dernières.

Je ne me reporterai donc à aucun de nos divers documents constitutionnels, mais plutôt à certaines coutumes et conventions non écrites que nous avons observées au fil des années parce que nous avons hérité du régime parlementaire britannique. La distinction est extrêmement importante, ne

John Wilson est professeur de sciences politiques à l'Université de Waterloo. Le 25 septembre 1995, il a comparu devant le Comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson. Le présent article est une version revue et augmentée de son témoignage devant le Comité.

serait-ce que parce que le bon fonctionnement d'un régime parlementaire est fondé sur les coutumes et les conventions.

Si nous croyions ce qui est écrit dans la Loi constitutionnelle, il nous faudrait conclure que le gouverneur général jouit de pouvoirs absolus. Il n'est question ni du premier ministre (sauf de la manière la plus restreinte, depuis les modifications de 1982) ni du Cabinet. La règle peut-être la plus fondamentale de toutes, soit l'idée qu'un gouvernement qui a perdu la confiance de la Chambre des communes doit démissionner ou être dissous, n'est écrite nulle part. Les règles, si on peut les appeler ainsi, qui s'appliquent lors d'une décision du gouverneur général d'approuver (ou de refuser) la dissolution du Parlement restent encore vagues, bien que d'aucuns soutiennent qu'elles ont été définies en 1926. Bon nombre des règles les plus importantes en procédure parlementaire ne sont que des coutumes. La liste en est infinie et pourtant toutes sont des éléments essentiels d'un régime parlementaire. L'usage dans chaque cas est le fruit des coutumes et des conventions, mais il fait aussi partie de nos pratiques constitutionnelles.

***Nous ne pouvons comprendre
comment nous sommes gouvernés
sans connaître ces règles non écrites.***

Cependant, les débats sur ce genre de questions ne peuvent être réglés par l'examen du droit. Il faut, pour les régler, bien comprendre l'évolution des usages dans le temps. Je suppose que la principale distinction entre le droit et les conventions est qu'un organisme - en l'occurrence, les tribunaux - détermine ce qu'est la loi, mais qu'aucun organisme du même genre ne définit ce que sont les coutumes et les conventions. Sir Ivor Jennings l'explique plus clairement que la plupart des observateurs :

L'absence de tribunal faisant autorité pour déterminer ce qu'est une convention soulève cependant des difficultés. Les conventions découlent des usages et leur existence est déterminée par les précédents. Ces précédents ne font pas autorité, contrairement aux précédents en justice. Il y a des précédents qui ne deviennent pas des conventions, et il y a des conventions fondées sur des précédents tombés en désuétude [...] Tout acte est un précédent, mais tous les précédents ne deviennent pas une règle [...] Les précédents deviennent une règle lorsqu'on reconnaît qu'ils en deviennent une. Il suffit parfois de démontrer qu'une règle est généralement acceptée. Des personnes faisant autorité ont affirmé pendant près d'un siècle le droit du premier ministre de choisir ses collègues [...] Des personnes faisant autorité n'ont jamais, que l'on sache, affirmé le devoir du monarque d'accorder une dissolution sur demande².

Il est important, pour la suite, d'admettre l'affirmation de Jennings qu'« il suffit parfois de démontrer qu'une règle est généralement acceptée ». Autrement dit, les conventions ne se fondent pas seulement sur une série d'événements antérieurs

pouvant être considérés comme des précédents. Elles peuvent aussi découler de l'absence de certaines formes de comportement. Examinant la question sous un autre angle, on pourrait affirmer que le fait qu'une demande de dissolution n'a pas été refusée par le gouverneur général du Canada depuis 1926 démontre simplement, non pas que le gouverneur général n'a plus le pouvoir de refuser une dissolution, mais que les divers premiers ministres canadiens ont compris qu'ils ne doivent pas présenter de demande injustifiée³.

Il n'y a pas lieu de croire, simplement parce qu'il ne s'est rien passé ou parce que personne n'a dit ni fait quoi que ce soit, qu'il n'y a pas de règles sur ce qui est acceptable. La règle prévoit peut-être justement qu'il ne devrait rien arriver tant qu'un fait considéré inacceptable n'a pas eu lieu.

Je sais pertinemment que cette interprétation de l'explication de Jennings n'est pas, règle générale, acceptée par la plupart des constitutionnalistes, lesquels insistent plutôt sur le fait qu'il doit y avoir au moins un précédent pour établir l'existence d'une convention⁴ et citent avec approbation un autre passage, plus succinct, du maître. Reconnaître l'existence d'une convention, écrit Jennings, tient à trois critères très simples.

Nous devons en effet nous poser trois questions : premièrement, quels sont les précédents, deuxièmement, les protagonistes se croyaient-ils liés par une règle et, troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être⁵?

Il doit donc évidemment y avoir eu des antécédents pour que s'établissent les bases d'une présumée convention et, sans ces antécédents, il ne peut rien exister de ce que nous pouvons raisonnablement appeler une convention constitutionnelle. Comme l'écrivait Eugene Forsey :

Une convention constitutionnelle étayée d'aucun précédent est comme une maison sans fondations [...] L'existence d'au moins un précédent s'impose. Sans précédent, il n'existe pas de convention⁶.

Or, outre le fait que ces énoncés ne concordent pas avec d'autres observations de Jennings, ils ne sont guère rationnels.

Si l'on peut concevoir qu'il existe des pratiques ou des coutumes que j'appellerais « négatives » - soit l'absence continue de certains types de comportement, on est donc justifié de croire que, dans certaines circonstances très spéciales, il peut fort bien y avoir des conventions constitutionnelles basées précisément sur la même histoire. Après tout, une histoire relatant l'absence d'événements auxquels on aurait pu s'attendre constitue un précédent au même titre que les faits réels privilégiés par les autorités. Dans ces cas, refuser le statut de convention à de telles règles ressemble presque à de l'entêtement. Nous devrions nous employer d'abord et avant tout à découvrir s'il existe quelque règle applicable aux faits qui nous occupent plutôt qu'à perdre du temps à ergoter sur leur désignation. C'est l'opinion de Peter Hogg qui semble la plus juste en la matière :

Il est vain de chercher si une pratique est un usage ou une convention, parce qu'une convention est aussi peu applicable qu'un usage. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a une plus forte obligation morale à suivre une convention qu'un usage, et qu'un écart dans le premier cas risque d'être davantage critiqué qu'un écart dans le second cas⁷.

Quelle que soit l'étiquette utilisée, il semble bien évident que le fait qu'aucun exemple pratique n'illustre le jeu des conventions régissant la période subséquente à la dissolution d'un Parlement n'est probablement pas pertinent. Si la convention première existe dans la forme que je vais l'énoncer, nous ne devrions pas nous attendre à en trouver des exemples.

La convention de transition

Ce qu'on appelle dans certains milieux la «convention de transition» est facile à décrire même s'il n'y a pas de définition écrite. Il s'agit d'un principe bien établi du gouvernement parlementaire selon lequel, lorsque le Parlement a été dissous et qu'une campagne électorale est en cours, la latitude dont jouit le gouvernement pour prendre des décisions est nettement limitée et les décisions doivent porter uniquement sur l'administration des affaires courantes sauf, bien sûr, si une situation d'urgence se présente.

Ainsi, on croit qu'il faudrait éviter durant cette période de prendre des décisions dans trois domaines : les questions très controversées; les questions qui ne sont pas urgentes (c'est-à-dire celles qui peuvent attendre sans qu'il en résulte des préjudices irréparables); les questions qui limiteraient indûment la liberté du futur gouvernement de prendre des décisions. Certains ajoutent qu'il faut également éviter les questions entraînant de très fortes dépenses publiques.

Deux raisons expliquent ce point de vue, et les deux semblent aller de soi. La première est que, si le Parlement ne siège pas (et ne le fera peut-être pas pendant assez longtemps), les mécanismes ordinaires d'examen du comportement du gouvernement - la période de questions, le débat sur l'ajournement, les motions de crédits, les débats en général - ne fonctionnent pas.

Tout le monde sait que, dans le régime parlementaire, le pouvoir de l'exécutif peut être énorme. C'est l'existence de ces mécanismes d'«obstruction constructive»⁸ qui réduit un peu ce pouvoir et fait en sorte que le gouvernement reste responsable. Mais si ces mécanismes ne peuvent s'exercer, il faut une réduction correspondante de l'ampleur habituelle des pouvoirs du gouvernement, d'où la convention de transition.

Le sens profond de cette observation, lorsqu'il s'agit de l'importance de maintenir un gouvernement responsable dans notre régime, ne s'écarte guère de la distinction qui existe entre un gouvernement qui a perdu la confiance de la Chambre des communes et un autre qui a tout simplement procédé à la dissolution du Parlement dans le cours normal d'une fin de mandat⁹. Quelle importance constitutionnelle ou autre cela

peut-il bien avoir que le gouvernement conserve l'appui d'une forte majorité des députés si ces députés ne sont jamais appelés à rendre un jugement¹⁰?

La deuxième raison est évidemment qu'une campagne électorale comporte toujours la possibilité de la défaite du gouvernement et, par conséquent, la possibilité que ses dirigeants ne puissent assumer les conséquences de leurs décisions. Il ne faudrait donc prendre durant cette période que des décisions relatives aux affaires courantes, autrement dit, des décisions que n'importe quel gouvernement pourrait prendre, sauf, encore une fois, en situation d'urgence.

D'aucuns soutiennent au contraire que, durant une campagne électorale, le gouvernement attire beaucoup l'attention du public et qu'il peut difficilement faire ce qui lui plaît. Voici par exemple ce qu'en dit le professeur Heard:

On dissout un parlement pour tenir des élections. Le gouvernement rend alors des comptes directement à l'électorat qui, le jour des élections, rend son jugement. Il n'existe pas de moyen plus radical pour un gouvernement de rendre des comptes que de se soumettre à des élections¹¹.

On peut se demander cependant si les conférences quotidiennes devant les médias ou le point de presse impromptu qui a lieu chaque fois que s'arrête l'autobus du chef de gouvernement remplacent, pour refréner les excès du gouvernement, la surveillance exercée à la Chambre des communes par des maîtres de l'art de l'opposition bien informés¹². Cette perspective semble d'une absurdité comparable à la suggestion régulièrement resservie que la presse est tout aussi apte à surveiller le gouvernement que ne l'est l'opposition en titre.

Il n'y a rien d'aussi efficace que la Chambre des communes elle-même comme organisme de surveillance et de restriction des pouvoirs de l'exécutif. Après tout, l'«obstruction constructive» vise à convaincre le gouvernement de reculer ou, du moins, de jeter un second regard sur ses propositions, ce que ne sont jamais vraiment parvenus à faire les points de presse, les électeurs ou les éditoriaux.

L'usage britannique

Si ces observations paraissent intuitivement logiques, elles sont en fait difficiles à ériger, même de façon générale, d'exemples tirés des grandes démocraties parlementaires. Ainsi, au Royaume-Uni, rien ne semble démontrer l'existence d'une convention de transition, du moins pas dans le langage coutumier de la politique britannique¹³.

Jennings indique clairement qu'il n'est pas courant de former, en période d'élections, un gouvernement de transition officiel, doté de pouvoirs très restreints, bien qu'il cite à titre d'exception le cas de Churchill qui, en 1945, a eu recours à ce moyen afin de démanteler le gouvernement de coalition formé en état de guerre; il s'est ainsi débarrassé des ministres du Parti libéral et du Parti travailliste et a pu se préparer à la lutte de

parti qui devait survenir lors des prochaines élections générales¹⁴.

Mais Jennings ne traite pas explicitement de la question plus vaste du comportement des gouvernements en période de transition, se contentant de dire que même un gouvernement défait à la Chambre des communes restera en place jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement arrive, afin de continuer d'assurer le service du Roi. Je pense toutefois qu'un regard sur le cours suivi par la politique britannique depuis, disons, la fin de la Première Guerre mondiale montre bien que le gouvernement britannique a seulement pris des décisions ordinaires après la dissolution d'un parlement.

Évidemment, la chose s'explique peut-être en Grande-Bretagne par le principe de la souveraineté parlementaire la règle selon laquelle aucun parlement ne peut créer d'obligations au suivant. Il est facile de voir comment une telle interprétation générale peut donner naissance à une notion apparentée à la convention de transition. Si un parlement ne peut être lié par les actions d'un prédécesseur, il ne peut sûrement l'être davantage par les décisions du pouvoir exécutif agissant sans le consentement parlementaire.

L'usage australien

En Australie, au contraire, on limite depuis quelques années déjà le pouvoir du gouvernement en période de transition, mais simplement au moyen de certaines conventions auxquelles tous les partis souscrivent volontairement. Ici encore, les deux mêmes motifs sont invoqués pour justifier leur existence : l'absence d'une chambre démocratique à laquelle le gouvernement peut rendre des comptes et la possibilité d'un changement de gouvernement. Les conventions australiennes sont décrites comme suit :

Les conventions fondamentales exigent que, en période de transition, un gouvernement évite de mettre en oeuvre des grandes politiques, d'effectuer des nominations importantes, de conclure des contrats d'envergure, d'entreprendre des gros projets et de faire participer les agents ministériels aux activités électorales.

Les conventions fondamentales visent la prise de décisions et non leur annonce. En conséquence, il n'y a aucune violation des conventions lorsque des décisions prises avant la période de transition sont annoncées pendant cette dernière. Cependant, il est préférable, si ces décisions touchent des questions importantes, qu'elles soient annoncées avant la période de transition afin d'éviter la controverse¹⁵.

Ces coutumes et ces conventions en Australie remontent à sir Robert Menzies, dans les années 50, qui les a rendus officielles et explicites. Cependant, tout porte à croire qu'elles existaient déjà officieusement¹⁶.

Il convient quand même de les distinguer des règles plus restrictives qui s'appliquent généralement à des cas explicites de gouvernement de transition tel celui formé par Malcolm Fraser après que le gouverneur général eut démis de ses

fonctions Gough Whitlam en 1975. En principe, pareils gouvernements n'ont qu'à exécuter une ou deux tâches précises, avant de réclamer la dissolution et de lancer des élections générales.

La pratique australienne va beaucoup plus loin en énonçant le comportement de tout gouvernement qui a dissous le Parlement et amorcé la période électorale.

L'usage canadien

Au Canada, la pratique semble se situer entre les deux pôles que représentent le Royaume-Uni et l'Australie. Comme c'est le cas en Grande-Bretagne, la littérature reste muette sur ce qui pourrait s'apparenter à la convention de transition. Cependant, à l'été de 1953, un échange de lettres dans l'Ottawa Journal entre Arthur Beauchesne, ancien greffier de la Chambre des communes, et le professeur J.R. Mallory a mis en évidence les deux points de vue divergents. Même si le style est un peu emphatique, Beauchesne a énoncé la position qui me semble juste :

Il a toujours été d'usage dans les démocraties britanniques que le cabinet, pendant la période entre la dissolution et les élections générales, agisse uniquement quand cela s'avère absolument nécessaire pour régler les affaires courantes.

Nos ministres ne font alors pas partie du Parlement tout simplement parce qu'il n'y a pas de Parlement. Ils sont des simples citoyens [...] Au Royaume-Uni, l'administration en place durant une telle période est appelée «un gouvernement de transition» et ses actes doivent se limiter aux affaires courantes....

Cette doctrine est bien connue et a été respectée par John A. Macdonald, Laurier, Borden, M. Meighen et Mackenzie King¹⁷.

Le professeur Mallory a rejeté ce point de vue plus ou moins du revers de la main mais semble, aux yeux du lecteur contemporain, avoir mal compris l'argument de Beauchesne :

Je ne connais aucun exemple de tels usages qui, de toute façon, ne pourraient qu'être destructeurs. Il semble que, de l'avis de M. Beauchesne, les ministres de la Couronne soient, après la dissolution du Parlement, de simples citoyens et qu'ils n'aient donc aucun droit d'exécuter les fonctions de leur charge, sauf pour ce qui est d'assurer le déroulement des affaires courantes.

Mais les ministres ne sont pas de simples citoyens. Ce sont des ministres de la Couronne, tenus de rendre compte à la Couronne de la conduite du gouvernement. S'ils devaient se décharger de leurs responsabilités comme conseillers confidentiels de la Couronne pendant les deux mois qui doivent s'écouler entre la dissolution du Parlement et la tenue d'élections générales, ils se rendraient coupables d'une violation flagrante de leur serment en tant que conseillers privés et ministres de la Couronne.

Il n'a jamais été question de ne pas avoir de gouvernement du tout pendant deux mois en attendant la tenue d'élections générales¹⁸.

Voilà un argument pour le moins bizarre dans les circonstances. Il ne s'agit pas de savoir si le gouvernement continue de gouverner pendant la période de transition, c'est-à-dire s'il continue de prendre des décisions, mais si les décisions doivent se cantonner aux affaires courantes.

Autrement dit, rien d'extraordinaire n'est censé se produire. Étant donné ce que suggère la pratique décrite par Beauchesne, on peut se demander à quel genre d'événement le professeur Mallory pouvait s'attendre comme preuve de la validité de la thèse énoncée par Beauchesne. Le fait qu'il ne puisse justement rien énoncer à titre d'exemple porte à croire que Beauchesne avait raison. En effet, un rapide coup d'oeil au comportement des gouvernements canadiens en période de transition depuis, encore une fois, la fin de la Première Guerre mondiale ne révèle aucune prise de décisions qui sorte de l'ordinaire. Se peut-il que cette situation soit purement accidentelle?

M. Mallory a exprimé son opinion actuelle de façon beaucoup plus précise, bien que des éléments de son point de vue premier semblent persister :

Lorsqu'un gouvernement a été défait aux urnes ou à la Chambre des communes, tous les chefs des partis politiques sont tenus de participer à la formation d'un nouveau gouvernement. Jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement soit formé, l'ancien a le devoir de rester au pouvoir. Tant qu'il est au pouvoir, il a l'obligation et la responsabilité de gouverner, encore qu'un gouvernement qui a perdu la confiance du peuple ou de la Chambre des communes ne peut que prendre des décisions sur les affaires courantes, jusqu'à ce qu'un gouvernement ayant l'appui de la Chambre soit formé¹⁹.

C'est ce que j'appellerais la «croyance populaire» sur la question. Une fois les élections tenues, le résultat dicte sans équivoque la conduite à suivre: si le gouvernement en place a gagné, il poursuit sur sa lancée et, s'il a perdu, il agit avec beaucoup de prudence jusqu'à l'instauration du nouveau gouvernement. Par ailleurs, les activités d'un gouvernement en titre ne sont restreintes que s'il a perdu la confiance de la Chambre des communes. Étant donné que nous vivons à une époque démocratique, toutefois, il convient de répéter l'argument déjà avancé : la différence est très ténue entre un gouvernement qui a perdu son pouvoir de gouverner parce qu'il a perdu les élections ou qu'il a été défait à la Chambre des communes et un gouvernement qui, comme dans le cas qui nous occupe, ne peut rendre compte au Parlement parce que ce Parlement n'existe pas.

En fait, il semble bien que la convention de transition soit à l'oeuvre au Canada. Le témoignage présenté au Comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson par l'actuel greffier du Conseil privé, Mme Jocelyne Bourgon, est très clair sur la question. Voici par exemple ce qu'elle dit de la prise de décisions au sujet des accords, de son point de vue de sous-ministre des Transports au moment où approchait la fin de la période de négociation :

Toutefois, il était nécessaire dans mon esprit que l'on nous confirme que le gouvernement avait bien l'intention de poursuivre dans cette voie. D'ailleurs, il n'y a là rien d'anormal. Je ne voudrais pas donner l'impression qu'il y a là quelque chose d'anormal. Il y a une règle de conduite qui veut généralement que l'on agisse avec prudence dès que le Parlement est dissous. Si l'on demande des directives, c'est pour s'assurer que ceux qui ont le pouvoir de prendre ces décisions sont bien ceux qui vont les prendre et non pas ceux qui n'en ont pas le pouvoir. Il était donc nécessaire de s'assurer que le ministre souhaitait bien faire avancer le dossier, et celui-ci a fait connaître très clairement son intention. Par la suite, la même chose a été demandée à la première ministre²⁰.

Puis, décrivant les diverses étapes du processus de prise des décisions entre la fin de l'été et l'automne 1993 :

Entre la fin août et la dissolution du Parlement, le 8 septembre, nous en étions encore à l'étape de la transformation de cette entente de principe en différents éléments devant donner effet à l'accord.

Après la dissolution du Parlement, il y a une règle générale qui s'applique à la conduite des fonctionnaires. Ce n'est pas un article de loi. C'est une règle générale qui veut qu'à partir de ce moment-là, il faille agir avec prudence. La question se pose alors de savoir qui va décider si on agit ou non avec prudence. Ce n'est pas aux fonctionnaires d'en décider. Il faut s'adresser au ministre ou au premier ministre selon les circonstances²¹.

Mme Bourgon peut sembler décrire dans ses remarques la prudence qui devrait être de mise chez les fonctionnaires à un moment où l'esprit partisan risque d'être omniprésent à Ottawa. Mais, interrogée sur le sujet, elle aborde d'une façon plus précise les points que je traite. C'est ainsi qu'elle décrit deux événements qui l'ont fait réfléchir :

Il y a eu une déclaration du chef de l'opposition dans laquelle il demandait publiquement à la première ministre de tout arrêter je crois que c'est ce qu'il a dit. Le lendemain, je crois que le chef de l'opposition. [...] a par ailleurs déclaré que s'il devait former le gouvernement, il souhaitait revoir l'opération.

Ces deux événements m'ont fait dire qu'il était nécessaire d'obtenir des directives sur l'opportunité de faire avancer les choses, c'est-à-dire de signer le 7, mais cette fois je me suis adressée à la première ministre. C'est parce que le premier ministre est responsable de l'action du gouvernement en période d'élections. La demande ayant été présentée par le chef de l'opposition, il ne suffisait pas à mon avis de demander tout simplement des directives au ministre au moment considéré [...]

Vous comprendrez qu'il n'appartient pas à la sous-ministre des Transports de prendre le téléphone et d'appeler la première ministre pour lui dire : «Je veux que vous me donniez des directives.» L'affaire doit être soumise au greffier, dont le travail est de s'assurer que nous respectons la tradition, les principes et la procédure établie. Lorsque j'ai fait part de mon point de vue au greffier, ce dernier a estimé lui aussi qu'il était justifié de demander des directives à la première ministre. C'est qu'il a fait et il m'a donné des instructions²².

La soudaine prise de conscience I provoquée par l'énergique intervention du chef de l'opposition I qu'il ne s'agissait pas

d'une décision banale a fait réfléchir MmeBourgon. Mais il y a encore davantage, comme le montre la précision suivante, apportée en réponse à une question supplémentaire:

Si vous me le permettez [...] je ne pense pas que la controverse soit le seul facteur. J'estime que la règle générale de conduite qui veut que l'on agisse avec prudence au cours d'une période électorale signifie que l'on va envisager les facteurs suivants : S'agit-il d'une transaction qui va lier les gouvernements à l'avenir? Quelles sont les solutions possibles? Y a-t-il urgence? A-t-on l'obligation d'agir? Y a-t-il une controverse? La controverse est certes un élément à considérer, mais je dirais carrément que ce n'est pas le seul qui exige que l'on prenne des directives. Il y aurait plusieurs facteurs à considérer²³.

Par cette affirmation, à ce qu'il me semble, MmeBourgon a effectivement confirmé l'existence de la convention de transition au Canada ou, à tout le moins, l'existence d'une pratique bien ancrée chez les hauts fonctionnaires à Ottawa. C'est à dessein que j'ai longuement cité le témoignage de MmeBourgon parce qu'elle nous a donné et ce, pour la première fois un aperçu fascinant et significatif de la véritable nature de la prise de décisions dans des circonstances spéciales. Ses propos feront certainement partie des textes que liront les étudiants qui s'intéressent à notre système, même s'il peut se révéler difficile de trouver des exemples de l'application des règles de transition.

En fait, la chose sera peut-être moins difficile que prévu. L'un des domaines où la précaution est de mise est celui des nominations après la dissolution du Parlement, et les antécédents à ce chapitre depuis la fin de la Première Guerre mondiale sont révélateurs. Mackenzie King a commis des infractions notables à cet égard: en 1945, il a recommandé 18 nominations sénatoriales durant la période de transition (il en avait recommandé 14 en 1940), mais la pratique a disparu par la suite et aucune recommandation du genre n'a été faite depuis 1962²⁴. Même si l'on ne constate pas, ces dernières années, la même absence d'activités durant la période de transition, quelques nominations ayant été faites à des postes diplomatiques, aux échelons supérieurs de la fonction publique, à la magistrature ainsi qu'à diverses agences et commissions, les dossiers montrent qu'il s'agissait en grande partie de décisions courantes.

Pour ce qui est des contrats, par ailleurs, les annales ne révèlent rien que des confirmations banales d'obligations déjà prises par le gouvernement, et ce, encore une fois depuis la fin de la Première Guerre mondiale. Rien, évidemment, qui se compare, de près ou de loin, à l'envergure des accords de l'aéroport Pearson²⁵. Il est difficile de ne pas conclure que cet état de choses vient de ce que les différents gouvernements canadiens étaient peu enclins à prendre ce genre de décisions durant la période de transition. C'est ce que tendrait à prouver le refus de Joe Clark, en 1979, de consentir la dépense de plus de deux milliards de dollars pour de nouveaux avions de combat. «Je considère, disait-il au lendemain de la défaite de

son gouvernement, qu'un gouvernement qui a perdu la confiance du Parlement n'est pas habilité à prendre une telle décision²⁶.»

Ajoutées au témoignage de MmeBourgon, ces quelques observations montrent bien qu'il doit exister, au moins au sein du Bureau du conseil privé, un ensemble convenu de règles préconisant la prudence pendant la période de transition. Cependant, cela sous-entend l'existence de mécanismes appropriés. Selon MmeBourgon, il incombe au greffier «de s'assurer que nous respectons la tradition, les principes et la procédure». D'autres ont décrit le greffier comme étant le gardien des conventions, coutumes et pratiques parlementaires. Et c'est, de toute évidence, la réalité, mais il appert également que le Groupe de l'appareil gouvernemental, au Bureau du conseil privé, est précisément chargé en permanence de surveiller, de cette perspective, la conduite du gouvernement²⁷. En fait, il n'est pas excessif de prétendre que le Groupe de l'appareil gouvernemental, sous la direction du greffier, a la charge d'enseigner au nouveau premier ministre et aux ministres nouvellement nommés au Cabinet les règles d'un bon gouvernement. D'ailleurs, où ces gens peuvent-ils puiser les leçons appropriées sinon chez ceux dont c'est justement le travail de connaître les réponses²⁸?

En fin de compte, toutefois, c'est toujours le premier ministre qui doit décider ce qu'il convient de faire. Parce qu'elles ne sont pas régies par des lois, les conventions, les coutumes et les pratiques ont toujours un caractère politique. Leur application dépend des jugements portés dans des circonstances particulières, et même la convention la plus complète par exemple, l'élément de représentation fédérale du Cabinet canadien peut être rejetée en cas d'absolue nécessité²⁹. Ce que l'on peut espérer de mieux, dans de tels moments, c'est que les conseils d'un greffier jouissant d'une longue expérience réussiront à faire pencher la balance en faveur d'une conduite responsable et convenable. Toutefois, quelque gardien qu'il soit des pratiques gouvernementales, le greffier du Conseil privé ne peut forcer le premier ministre à abandonner une décision qu'il a l'intention de prendre.

Au-delà des conventions: Une dimension politique différente

Cette réflexion nous ramène à la décision finale de conclure les accords de l'aéroport Pearson. Nous ne pouvons savoir quel conseil le greffier de l'époque, Glen Shortliffe, a donné à la première ministre Campbell à cette occasion, mais il est évident que, s'il reconnaît le bien-fondé d'une retenue décisionnelle dans la période de transition, M. Shortliffe considérerait les accords de l'aéroport Pearson comme «chose faite» avant le déclenchement des élections et, par conséquent, l'autorisation finale du 7 octobre en était une de pure forme, sans véritables conséquences³⁰. Autrement dit, il n'y avait pas vraiment de prise de décisions.

Il existe cependant un tout autre élément qui pourrait jouer dans ce domaine. La décision d'agir étant sans contredit venue de la première ministre, son entourage n'était sûrement pas sans savoir que son gouvernement risquait la défaite. Le sondage Gallup du 22 septembre classait les Libéraux à 37 p. 100 et les Conservateurs à 30 p. 100 (alors qu'ils étaient à 36 p. 100 au mois d'août). Un mois plus tard, Gallup mettait les Conservateurs à 16 p. 100, ce qui représente une baisse formidable. Point n'est besoin de voir les sondages internes pour savoir que, le 7 octobre, à mi-chemin environ entre ces deux sondages publics, le gouvernement devait se situer aux environs de 20 p. 100. Une défaite irréfutable était donc imminente³¹.

Au-delà des déclarations publiques de l'époque, il est évident que la première ministre prévoyait cette issue catastrophique. On est donc obligé de conclure qu'elle a choisi d'autoriser la signature des accords de l'aéroport Pearson tout en sachant pertinemment qu'elle serait incapable d'assumer la responsabilité de cette décision. Or, cette situation est très semblable à celle d'un gouvernement qui a déjà perdu le pouvoir moral de gouverner.

Comment faut-il donc évaluer les dimensions de la décision prise? De toute évidence, le 7 octobre, tous les critères invitant à la prudence étaient réunis. Il s'agissait d'une affaire extrêmement litigieuse le chef de l'opposition de l'époque avait juré d'annuler l'entente si son parti était élu, ce qui aurait dû suffire, d'après les exemples que j'ai donnés, à freiner le processus. Une énorme quantité de fonds publics était en jeu, il n'y avait pas d'urgence prouvée et l'arrangement liait le gouvernement du Canada par un contrat de location de 57 ans, sans disposition d'annulation. Tout cela mis ensemble rendait l'affaire peu propice à la prise d'une décision en période de transition. Certes, les accords de l'aéroport Pearson peuvent être annulés (et sont justement en voie de l'être), mais cette annulation semble comporter un prix très élevé.

Si elle avait été responsable, la première ministre aurait refusé de tremper dans une telle affaire, même en pensant avoir des chances d'être réélue. Raison de plus, sachant qu'elle ne le serait pas, pour arrêter la machine. De dire que sa décision a été, du point de vue constitutionnel, une mauvaise utilisation du pouvoir est, à mon avis, une explication plutôt charitable. Il est à espérer que les doctes personnes qui auront un jour à juger ces événements diront que la défaite des Conservateurs aux élections fédérales de 1993 peut servir de précédent prouvant que les Canadiens ne sont pas disposés à accepter une violation aussi flagrante des règles d'un bon gouvernement et que, de fait, la convention de transition est bien vivante au Canada.

Note de la rédaction : Cet article fut écrit avant le Rapport du Comité spécial sur les accords de l'aéroport Pearson, qui a été déposé au Sénat le 13 décembre 1995. Voir le rapport pp 174-177 et l'Opinion pp II 127-128 dissidente pour obtenir des renseignements supplémentaires sur les conventions constitutionnelles abordées dans le présent article.

Notes

1. Certains aspects de la question ont été abordés au passage durant le témoignage du professeur Andrew Heard concernant le projet de loi C-22 étudié par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles à la fin de 1994, mais non pas suffisamment en détail pour permettre l'examen de tous les enjeux. Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, no 18, le 8 décembre 1994.

2. *Cabinet Government*, 3^e édition (Cambridge, 1961), p. 5-7.

3. Voir le document (A Quite Constitutional Prayer: Reflections on the Character of the Royal Power of Dissolution in Canada) que j'ai présenté à un colloque du Département de sciences politiques, Université de Waterloo, février 1983.

4. Voir, par exemple, Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics* (Toronto, 1991), p. 13.

5. *The Law and the Constitution*, 5^e édition (Londres, 1959), p. 81.

6. «*The Courts and the Conventions of the Constitution*» *UNB Law Journal*, vol. 33 (1984), p. 34. Ces passages écrits par Forsey et Jennings sont habituellement ceux qui servent à prouver le besoin absolu d'un précédent pour établir l'existence d'une convention.

7. *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition (Toronto, 1985), p. 16.

8. Je dois cette merveilleuse expression à feu Eugene Forsey.

9. Peu près toutes les autorités en la matière font cette distinction. Voir par exemple Andrew Heard, *Revue parlementaire canadienne*, vol. 18, no 3 (Automne 1995), p. 10; et J.R. Mallory, *The Structure of Canadian Government* (Toronto, 1971), p. 75-76.

10. Les conventions constitutionnelles ne peuvent évidemment pas dépendre de choses aussi peu stables que les sondages d'opinions publiques, mais, dans ce contexte, on serait justifié de penser que la réélection possible d'un gouvernement pourrait influencer la décision.

11. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, no 11, le 8 décembre 1994, p. 16.

12. Pour plus de précision sur ces aspects, voir mon article intitulé, «*On the Virtue of Being a Nuisance: Past and Present*» (Avril 1985), p. 2-7 (publication de la Faculté des arts de l'Université de Waterloo).

13. Un examen attentif des principaux textes n'a révélé aucune mention de cette pratique. Par ailleurs, Jennings, dans le chapitre 15 de *Cabinet Government*, se fonde tellement sur une idée des rapports entre le gouvernement et le parlement qui dépend de la nécessité, pour le gouvernement, de respecter la Chambre des communes et, en particulier, l'opposition, qu'il est difficile de croire qu'il n'accepte pas une forme quelconque de convention de transition.

14. *Cabinet Government*, 3^e édition (Cambridge, 1961), p. 86 (note) et 531. Churchill a simplement démissionné de son poste de premier ministre, consultant pour la forme seulement ses collègues travaillistes et libéraux, et a ensuite été nommé de nouveau premier ministre par le roi.

15. «*Caretaker Conventions and Other Pre-Election Practices*», *Annual Report of the Department of the Prime Minister and Cabinet, 1986-1987*, p. 39.

-
16. Lettre envoyée à l'auteur par M. S. Keating, secrétaire du Cabinet, gouvernement d'Australie, 21 novembre 1995.
17. *Ottawa Journal*, 1^{er} juillet 1953.
18. *Ottawa Journal*, 7 juillet 1953.
19. *The Structure of Canadian Government* (Toronto, 1971), p.75.
20. *Délibérations du Comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson*, no 19, 14 septembre 1995, p. 57.
21. *Ibid.*, p. 59.
22. *Ibid.*, p. 59-60.
23. *Ibid.*, p. 100. Il convient de noter que le rapport préparé par Robert Nixon pour le premier ministre contient presque exactement les mêmes termes lorsqu'il est question de la convention de transition. Voir *Examen du dossier de l'aéroport Pearson*, 29 novembre 1993 (Bureau du premier ministre), p. 8.
24. John Diefenbaker a recommandé la nomination de deux sénateurs (J. Campbell Haig et Harry A. Willis) le 15 juin 1962, alors que les élections étaient fixées au 18 juin. On prétend parfois, à tort, que John Turner a enfreint en 1984 ce qui semble maintenant être une pratique courante dans ce domaine. En réalité, les trois personnes concernées (Eymard Corbin, Tom Lefebvre et Charles Turner) qui, d'après le *Guide parlementaire canadien*, auraient été nommées au Sénat le jour de la dissolution l'ont en fait été la veille.
25. Puisque, étant donné la nature de la question, il aurait été impossible de trouver un exemple pouvant servir de précédent, j'ai demandé à certains proches témoins de l'histoire décisionnelle fédérale depuis 1945 ce dont ils se souvenaient à ce propos. J'ai accepté de taire leur identité, mais je puis affirmer qu'aucun d'eux ne peut se rappeler un seul cas revêtant l'importance des accords de l'aéroport Pearson.
26. «The jet fighters stall near target,» *Financial Post*, 22 décembre 1979. Il ne s'agit pas là, évidemment, d'une application rigoureuse

de la convention de transition telle que je l'ai décrite, puisque le gouvernement Clark avait été défait à la Chambre des communes. Néanmoins, c'est sûrement un cas intéressant où l'on peut voir qu'au moins un premier ministre s'était rendu compte de l'existence de règles spéciales pour ces circonstances. Par ailleurs, même s'il traite seulement de la question de la prise de décisions par un gouvernement défait, un article écrit par Eugene Forsey à la même époque contient d'utiles renseignements. Voir, *Ottawa Citizen*, 10 janvier 1980.

27. J'ai obtenu beaucoup d'éclaircissements sur ce processus décisionnel d'un certain nombre de personnes ayant eu des liens avec le Bureau du Conseil privé.

28. Cet aspect du travail exécuté par le Groupe de l'appareil gouvernemental, au Bureau du Conseil privé, ne semble pas avoir été apprécié à sa juste valeur. Peut-être devrait-il être ajouté aux descriptions exhaustives contenues dans l'ouvrage de Kenneth Kernaghan et David Siegel, *Public Administration in Canada*, 3^e édition (Toronto, 1995), p. 200; et Robert J. Jackson et Doreen Jackson, *Politics in Canada : Culture, Institutions, Behaviour and Public Policy*, 3^e édition (Scarborough, Ontario, 1994), p.305-308.

29. Les conventions absolument fondamentales, telle la règle selon laquelle un gouvernement qui a perdu la confiance de la Chambre des communes doit démissionner, ne peuvent évidemment pas être traitées de cette façon, et le gouvernement qui chercherait à contourner ce type de règles ferait très rapidement l'objet d'une intervention de la part du gouverneur général.

30. Voir son témoignage sur ces points dans *Délibérations du Comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson*, n° 24, 25 septembre 1995, p. 60-99. On peut se demander pourquoi, si tel était le cas, l'accord de la première ministre était nécessaire, mais la question semble avoir échappé au Comité spécial.

31. Aucun parti politique n'a jamais gagné d'élections au Canada – même en tant que gouvernement minoritaire – avec si peu d'appui.