

Les sources paraconstitutionnelles : un supplément et parfois un succédané à la Constitution formelle

Patrick Taillon

Citer ce document / Cite this document :

Taillon Patrick. Les sources paraconstitutionnelles : un supplément et parfois un succédané à la Constitution formelle. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 36-2020, 2021. L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? *Du terrorisme à l'urgence sanitaire* - L'opinion publique aujourd'hui. *Regards pluridisciplinaires*. pp. 15-27;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2021.2885>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2021_num_36_2020_2885

Fichier pdf généré le 06/04/2022

LES SOURCES PARACONSTITUTIONNELLES : UN SUPPLÉMENT ET PARFOIS UN SUCCÉDANÉ À LA CONSTITUTION FORMELLE

*Patrick TAILLON**

La Constitution a pour sources bien plus qu'un texte codifiant les fondements de l'État. Elle réside en fait dans un ensemble de normes dispersées et variées. Au sens formel, elle comprend toutes les normes supralégislatives formant un « bloc de constitutionnalité » dont le juge est, en quelque sorte, l'interprète et le gardien.

Au sens matériel, le droit constitutionnel épouse des frontières différentes. Le critère du rang supralégislatif de la norme est alors remplacé par un autre, axé sur le contenu ou sur la substance. La constitution matérielle regroupe donc l'ensemble des normes – sans égard à leur rang – dont le contenu se rapporte à l'organisation de l'État et à la protection des droits fondamentaux. Partant, les contours de la constitution au sens matériel sont généralement beaucoup plus larges que ceux de la constitution formelle puisqu'elle comprend également des normes infraconstitutionnelles dont le contenu se rattache à la substance du champ de spécialisation que constitue le droit constitutionnel.

À titre d'exemple, une loi établissant un mode de scrutin sera considérée, dans la plupart des États, comme étant matériellement constitutionnelle, même si elle n'est pas incluse dans le bloc de constitutionnalité¹. Il en est ainsi, d'un côté, parce que son contenu touche à l'organisation du système électoral (matériellement constitutionnel), puis, de l'autre, car en l'absence d'un rang supralégislatif, ce genre de législation reste à l'extérieur du périmètre de la constitution formelle.

De même, nombreux sont les actes du pouvoir exécutif à portée interne qui encadrent ou, du moins, qui recensent les usages et les pratiques entourant l'organisation du pouvoir exécutif. Ces actes guident le fonctionnement de l'institution, mais ils demeurent des sources complémentaires. Non seulement ils se situent hors du domaine de la constitution formelle, mais ils prennent parfois les allures d'actes non contraignants. Un « manuel » pour les travaux du Conseil des ministres, une « circulaire » ou une « directive » du chef de gouvernement énonçant des attentes éthiques et déontologiques..., les frontières entre ce qui relève du droit formel, d'un côté, et du champ de la recommandation, du guide informel ou du droit « mou », de l'autre, sont souvent difficiles à établir.

À l'intérieur de ce vaste ensemble que représente la constitution au sens matériel, il y a donc de nombreuses normes complémentaires qui, bien qu'infraconstitutionnelles, jouent un rôle non négligeable dans le fonctionnement réel des institutions. Or, en pratique, le rôle « complémentaire » de ces normes est, en certaines occasions, sujet à controverse. Après tout, compléter c'est parfois – dans

* L'auteur est professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec).

¹ Voir, par exemple, la *Loi électorale du Canada*, LC 2000, c. 9 (Canada); *Code électoral* (France); *Loi du 12 avril 1894* ou *Code électoral* (Belgique).

une certaine mesure – modifier, réorienter ou, à tout le moins, préciser la constitution formelle. Pour des raisons qui tiennent souvent au dysfonctionnement ou à l'absence de procédure politiquement accessible de révision constitutionnelle, certains États sont plus exposés que d'autres à ce phénomène (I), lequel est difficile à cerner (II) et aurait avantage à bénéficier d'analyse comparative (III).

I.- UN PHÉNOMÈNE DIFFICILE À CERNER

Utiliser d'autres voies que la révision de la Constitution pour engendrer certaines évolutions des institutions et des pratiques politiques est un phénomène subtil, sujet à controverse et qui, d'emblée, soulève plusieurs difficultés conceptuelles.

La première réside dans la distinction entre, d'une part, les sources et les pratiques infraconstitutionnelles qui complètent la constitution formelle et, de l'autre, celles qui tentent indirectement de la faire évoluer. En vérité, bien souvent, cette distinction n'est pas aussi tranchée qu'on le voudrait : il s'agit plutôt d'une question de degré, d'appréciation contextuelle et, éventuellement, d'interprétation.

La deuxième difficulté, qui découle en partie de la première, est d'ordre terminologique. Introduire des évolutions constitutionnelles par d'autres moyens que la révision formelle des textes est une stratégie complexe à nommer. Il en est ainsi, entre autres, parce que les procédés sont variés et que leurs effets le sont tout autant. Plus particulièrement, les formes que peut emprunter la paraconstitutionnalité sont nombreuses : conventions constitutionnelles, ententes intergouvernementales, référendums dits « consultatifs », pratiques gouvernementales, interventions législatives matériellement constitutionnelles... Il existe de multiples manières de faire évoluer les institutions sans, pour autant, modifier formellement le texte de la Constitution. En cette matière comme en bien d'autres, les mots pour décrire sont par ailleurs souvent trompeurs. Il n'empêche que plusieurs utilisent l'expression *changements informels* de la Constitution². D'autres préconisent les termes *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*³, une expression ayant l'avantage d'insister sur le fossé qui se creuse alors entre le texte de plus en plus désuet et la règle effective. En ce qui nous concerne, nous préférons, avec d'autres⁴, mettre en évidence la nature *paraconstitutionnelle* de ces normes.

2 M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, coll. Collection des Thèses, n° 76, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 43-45. Voir aussi O. JOUANJAN, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », dans A. VIALA (dir.), *La constitution et le temps. Acte du V^e séminaire franco-japonais de droit public*, Lyon, L'Hermès, 2003.

3 R. ALBERT, « Les modes informels de modification constitutionnelle », dans D. GUÉNETTE, P. TAILLON, M. VERDUSSEN (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses États*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 495 sq. ; R. ALBERT, « Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude », *American Journal of Comparative Law*, 2014, vol. 62, n° 3.

4 P. TAILLON, « Une Constitution en désuétude. Les réformes paraconstitutionnelles et la "déhiérarchisation" de la Constitution au Canada », dans L. LALONDE, S. BERNATCHEZ (dir.), *La norme juridique « reformatée ». Perspectives québécoises des notions de force normative et de sources revisitées*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2016 ; A. BINETTE, « La volatilité des garanties prévues par la Constitution canadienne », dans A. BROUSSEAU-DESAULNIERS, S. SAVARD (dir.), *La pensée fédéraliste contemporaine au Québec : perspectives historiques*, coll. Politeia, Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 2020 ; J. POIRIER, « Quand le non-droit fait la loi : les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public, Centre de droit public de l'ULB, [http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews\[pointer\]=1&cHash=bf631284](http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews[pointer]=1&cHash=bf631284), site consulté le 16 juillet 2013 ; C. MATHIEU, *La réforme du Sénat en marge des procédures multilatérales de*

Le terme paraconstitutionnel a l'avantage de bien cerner, au-delà de l'aspect complémentaire de ces sources, leur caractère marginal. En effet, qu'il s'agisse d'un complément ou d'une modification opérée par la bande, la norme paraconstitutionnelle se situe en marge de la constitution apparente, officielle et formelle.

S'inspirant de Anne-Emmanuelle Bourgaux⁵, Johanne Poirier distingue, à juste titre, deux sens au préfixe « para », lequel « s'enorgueillit de deux origines étymologiques⁶ ». D'un côté, le sens grec *παρά* met l'accent sur le fait que la norme paraconstitutionnelle existe en parallèle, « à côté » ou en marge de la Constitution. Elle est un complément qui exploite ce que Quirino Carmerlengo désigne comme « les possibilités qu'offre la Constitution », des possibilités qui sont révélatrices d'un espace d'évolution et d'adaptation informelles. Ainsi définie, la voie paraconstitutionnelle consiste, à bien des égards, à tirer profit d'une marge de manœuvre prévue ou, au minimum, compatible avec la constitution formelle. Tout au plus, elle « contourne » la Constitution, sans nécessairement y contrevenir... !

D'un autre côté, le sens latin du préfixe « para » (*para*) est davantage tourné vers l'idée de contradiction. Il signifie « contre ». Vue de cette manière, la voie paraconstitutionnelle apparaît comme une voie d'évitement : une manière peu orthodoxe de contredire, ou, du moins, de neutraliser des normes de la constitution formelle par des usages ou par des pratiques politiques. La constitution « officielle » doit alors rivaliser avec un droit « officieux » dont se dotent les institutions et les responsables politiques. *Contra legem*, la norme paraconstitutionnelle arrive parfois à s'imposer comme une réalité politique effective qui s'incarne dans des instruments informels (conventions constitutionnelles, ententes ou accords qualifiés de strictement politiques, *soft law*, etc.) dont le caractère parajuridique, non sanctionnable devant les tribunaux assure paradoxalement la survie.

La combinaison de ces deux sens du préfixe « para », grec et latin, permet d'englober plusieurs formes d'évolutions paraconstitutionnelles qui disposent d'un point d'ancrage procédural différent de celui de la révision formelle de la Constitution. Du sens grec au sens latin, l'évolution paraconstitutionnelle repose sur des sources plus marginales et sur des moyens plus informels. D'un système à l'autre, les procédés pour y parvenir sont bien souvent hétéroclites. Ils ont néanmoins en commun de cultiver le changement ailleurs que dans le texte de la constitution formelle.

À terme, deux réalités se superposent : celle du droit formel qui subsiste et celle de la paraconstitutionnalité qui vient compléter (sens grec), moduler ou, dans certains cas, neutraliser (sens latin) le droit formel. Ce dernier reste intact, du moins en apparence, mais une lecture combinée des réalités – formelles et paraconstitutionnelles – permet de prendre la mesure du fonctionnement réel des institutions. Ainsi, la voie paraconstitutionnelle exploite par des moyens détournés

modification constitutionnelle, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013, p. 8, 11, 12, 27, 54, 59, 63, 108, 140 et 141.

5 A.-E. BOURGAUX, « La Belgique, État failli ou fédération... parafédérale? Le comité de concertation comme illustration des jeux du droit », *Fédéralisme et Régionalisme*, 2018, vol. 18, <http://popups.uliege.be/1374-3864/index.php?id=1768>, site consulté le 12 juin 2021. Voir aussi K. MUNUNGU LUNGUNGU, J. POIRIER, « Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : entre "sources du droit" et *soft law* », dans I. HACHEZ, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisités*, vol. 2, Bruxelles, Anthemis, 2013, p. 922.

6 J. POIRIER, J. HARTERY, « L'ingénierie para-constitutionnelle : modifier la Constitution par la bande et par contrat », dans D. GUÉNETTE, P. TAILLON, M. VERDUSSEN (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses États*, op. cit., p. 431.

l'inévitable écart entre le droit formel, apparent et officiel, d'un côté, et les pratiques constitutionnelles, de l'autre. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, de pluralisme juridique, mais plutôt d'un pluralisme « intra-muros », où s'opposent un système constitutionnel formel (écrit, rigide et supralégislatif) et un système paraconstitutionnel complémentaire qui se veut plus souple, plus dynamique et relativement plus précaire.

En effet, cet écart entre le droit formel et les pratiques constitutionnelles engendre une seconde difficulté conceptuelle importante : la nature plus ou moins juridique et plus ou moins politique du phénomène de la paraconstitutionnalité. En effet, la ligne est souvent bien mince entre, d'une part, des usages ou des pratiques strictement politiques (par exemple, les conventions constitutionnelles qui neutralisent certains aspects du droit formel) et, d'autre part, des normes coutumières pleinement intégrées dans le droit positif (la coutume qui complète, mais sans contredire le texte de la constitution). Or, la paraconstitutionnalité est un phénomène qui exploite cette ambiguïté de la frontière entre droit et politique. À cet égard, la norme paraconstitutionnelle, au sens latin, n'a généralement pas d'existence juridique formelle. Tout au plus, elle ne bénéficie que d'une faible portée juridique, et c'est pour cette raison qu'elle esquivait la déclaration de non-conformité à la constitution formelle.

En somme, l'aspect le plus déterminant est probablement celui de savoir comment les sources paraconstitutionnelles sont reçues, perçues, qualifiées et interprétées par le juge. Au Canada, la jurisprudence mise sur une reconnaissance de l'apport de ces sources paraconstitutionnelles dans l'évolution de la fédération, tout en insistant sur le fait qu'elles ne sont pas sanctionnables par les tribunaux. Faisant évoluer indirectement le texte de la Constitution, les réformes paraconstitutionnelles neutralisent certains aspects de celui-ci. Par exemple, si le texte de la constitution mentionne que le chef de l'État dispose de larges pouvoirs discrétionnaires et que des pratiques politiques viennent, à l'inverse, limiter sa marge de manœuvre, il y a alors une forme de tension entre la sphère du droit formel et celle des pratiques constitutionnelles. En cas de litige, le juge reste, d'abord et avant tout, le gardien de la constitution formelle. Il peut, certes, reconnaître l'existence et l'importance de ces pratiques politiques – que l'on nomme convention constitutionnelle dans les pays associés à la tradition de Westminster –, mais il ne peut sanctionner leur non-respect si ce dernier est, par ailleurs, conforme aux exigences de la constitution formelle. C'est, du moins, l'approche traditionnellement préconisée par la Cour suprême du Canada⁷.

Cette approche canadienne, laquelle consiste à associer les sources paraconstitutionnelles à des normes politiques, ou dont le respect repose sur une sanction autre que celle des juridictions, connaît néanmoins des exceptions. Comme le soulignent Camerlengo Quirino et Léonid Sirota dans le présent dossier, la décision *Miller*⁸ au Royaume-Uni offre l'exemple d'un contrôle juridictionnel du respect des conventions sur le pouvoir de prorogation dans le contexte particulièrement délicat de la crise politique entourant la mise en œuvre du référendum sur le Brexit. Formellement, le pouvoir de proroger appartient à la reine

7 À propos des conventions, Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 (Canada) et *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793 (Canada). À propos des ententes intergouvernementales, *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 RCS 525, p. 551 (Canada).

8 *Miller, R (on the application of) v. The Prime Minister*, [2019] UKSC 41 (24 septembre 2019) (Royaume-Uni).

qui l'exerce sans limite supralégislative. Conventionnellement, il s'agit, en pratique, de la prérogative du Premier ministre, Boris Johnson, de recommander à la souveraine l'exercice du pouvoir de prorogation. En septembre 2019, la Cour suprême du Royaume-Uni a, d'entrée de jeu, estimé qu'elle avait compétence pour trancher sur l'existence et sur les limites d'une telle prérogative royale. Ensuite, elle a déclaré, à l'unanimité, que la décision du Premier ministre britannique Johnson de demander la prorogation du Parlement à la reine était inconstitutionnelle, puisqu'elle avait pour effet de frustrer ou d'empêcher, sans motif raisonnable, la capacité du Parlement d'assumer ses fonctions constitutionnelles en tant que corps législatif et institution responsable du contrôle de l'exécutif. Dans les faits, la prorogation suspendait les débats au Parlement pendant les deux semaines précédant le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne le 31 octobre 2019, empêchant, du même coup, les chambres de trouver des alternatives au Brexit.

La qualification de ces sources paraconstitutionnelles par les juges ainsi que le choix d'en garantir ou non le respect sont des questions de première importance, mais qui restent encore largement à analyser. Les contrastes sont nombreux : à terme, la manière dont le juge se saisit ou non, se responsabilise ou non de ces questions a une incidence directe et déterminante.

Dans son chapitre, Darrell Miller montre comment, du moins en ce qui concerne le deuxième amendement de la Constitution américaine, l'interprétation jurisprudentielle participe au phénomène de neutralisation partielle, mais réelle du droit de détenir et de porter des armes. La Cour suprême des États-Unis a en effet développé toute une jurisprudence sur cet amendement⁹, laquelle est fondée sur la tradition. Elle vient circonscrire, entre autres choses, les fins licites pour porter une arme, le type d'armes permis tout comme les limites au droit protégé par le deuxième amendement. En résumé, si une activité, un type de port d'arme ou une restriction à son utilisation ne s'inscrit pas dans la tradition, il n'entre pas dans le champ de protection de la Constitution américaine. Ce recours à la tradition soulève tout naturellement une série de questionnements, notamment quant aux origines de la tradition alléguée, aux traditions contradictoires ou à l'éventuelle désuétude des normes ou des comportements traditionnels invoqués. Demeure aussi la question phare de la portée de la tradition sur le texte même du deuxième amendement : de l'interprétation de la constitution formelle à sa contradiction, en passant par une forme de complémentarité, la Cour suprême des États-Unis n'a pas, jusqu'à présent, clairement arrêté sa position.

Léonid Sirota, quant à lui, examine en détail le traitement que les juges ont, pour l'instant, réservé à deux types de sources paraconstitutionnelles qui, en Nouvelle-Zélande, remettent potentiellement en question le principe de souveraineté du Parlement. D'abord, l'exemple de la disposition électorale¹⁰ qui exige que certaines normes précises concernant, par exemple, la durée d'un mandat parlementaire ou la carte électorale, soient modifiées suivant une majorité qualifiée de la Chambre des représentants ou à la suite d'un référendum crée une forme de « quasi-constitutionnalité ». Même si les dispositions visées ou enchâssées par cet article restent modifiables par le Parlement, elles acquièrent un caractère prépondérant dont pourraient éventuellement se servir les tribunaux pour déclarer invalides des normes incompatibles...

9 Voir notamment, *District of Columbia v. Heller*, 554 US 570 (2008) (États-Unis) et *McDonald v. Chicago*, 561 US 742 (2010) (États-Unis).

10 *Electoral Act, 1993*, art. 268 (Nouvelle-Zélande).

Le traité autochtone de Waitangi, conclu entre la Couronne (britannique, puis néo-zélandaise) et le peuple des Maoris, offrirait un second exemple d'entorse à la suprématie parlementaire en Nouvelle-Zélande. Comme le texte du Traité lui-même n'a jamais été mis en œuvre par une loi, les normes qui y sont inscrites semblent à ce jour se cantonner au terrain politique. Ici, ce serait donc un accord politiquement contraignant qui, telle une convention constitutionnelle, encadre et limite en pratique l'action du Parlement. Officiellement, ce dernier est juridiquement souverain, mais l'accord historique introduit une obligation paraconstitutionnelle que certains qualifieront d'obligation politique, au sens où elle n'est pas reconnue et sanctionnable devant les tribunaux. À ce titre, la Cour d'appel néo-zélandaise semble toutefois prendre très au sérieux les « principes » qui sous-tendent le texte du Traité. Dans le discours du moins, sa position s'apparente à celle de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Marbury v. Madison* sur son pouvoir de déclarer inconstitutionnelles les lois adoptées par le Congrès. Dans tous les cas, au regard de la position de la Cour ainsi que de l'autorité politique et sociale du Traité, Sirota conclut que ce dernier disposerait d'une force normative suffisamment importante pour former une exception à la flexibilité constitutionnelle du système néo-zélandais.

Les exemples canadiens, britanniques, américains et néo-zélandais montrent une certaine valse-hésitation de la part des tribunaux lorsqu'il est question de garantir le respect de normes paraconstitutionnelles. En tout état de cause, les obstacles sont nombreux pour le pouvoir judiciaire : contradictions avec le texte même de la Constitution, respect du principe de la suprématie parlementaire, variété des sources paraconstitutionnelles ainsi que choc de légitimité entre les auteurs de la norme écrite et formelle puis ceux de la norme paraconstitutionnelle... Il n'empêche que, si les interactions entre le juge et les sources paraconstitutionnelles demeurent, somme toute, assez peu fréquentes, c'est en grande partie parce que le phénomène reste marginal dans la plupart des systèmes juridiques. En fait, rares sont les États qui présentent une masse critique de sources paraconstitutionnelles. Or, c'est généralement le cas des États où la voie de la révision formelle de la Constitution n'est pas disponible.

II.- UN TERREAU FERTILE

Le développement de la voie paraconstitutionnelle varie considérablement d'un État à l'autre. Cela dépend, en quelque sorte, de l'état de santé du constitutionnalisme et de la capacité des procédures de révision constitutionnelle à jouer leur rôle, soit celui de générer les réformes et les évolutions qui s'imposent. Accessoirement, l'aptitude de la constitution formelle à offrir des possibilités et des interprétations adaptées et susceptibles de faire face à une montée des tensions ou à des situations de crise politique peut également influencer la place ou l'importance qu'occupent les évolutions paraconstitutionnelles dans un État. La rigidité constitutionnelle, bien qu'elle contribue à accroître la stabilité et la sécurité juridique d'un système, peut, à terme, significativement affecter la capacité du droit de suivre les évolutions politiques et sociales. Or, tôt ou tard, des changements constitutionnels sont nécessaires.

À cet égard, la France, sous le régime de la V^e République, est dotée d'une procédure de révision fonctionnelle qui conduit régulièrement à des modifications formelles. Elle a donc peu ou pas besoin de recourir à l'approche paraconstitutionnelle. Si elle le fait, ce sera davantage dans une optique de « complément » à la constitution (*para* au sens grec) que de neutralisation de la

constitution (*para* au sens latin). Il n'empêche que des conventions de la constitution existent malgré tout¹¹. En situation de crise politique ou parlementaire, l'usage d'un dispositif paraconstitutionnel semble tout de même se frayer un chemin.

Deux exemples peuvent en témoigner. Premièrement, en ce qui concerne la sélection, la nomination, les pouvoirs respectifs et les interactions entre le président de la République et son Premier ministre, l'écart entre le texte et les pratiques, combinés aux évolutions observables en période de cohabitation montrent l'influence bien réelle des sources et des pratiques paraconstitutionnelles dans le fonctionnement des institutions. Deuxièmement, en 1962, le recours à la procédure du référendum de l'article 11 par le général de Gaulle pour esquiver le consentement du Sénat et de l'Assemblée nationale à son projet de réforme de la Constitution peut, à certains égards, s'analyser comme une façon d'introduire des changements au moyen d'une voie de contournement. Hautement critiqué par la vaste majorité de la doctrine¹², l'emploi de cette procédure référendaire a amené le Conseil constitutionnel à se déclarer incompétent lorsqu'il s'agit de contrôler la conformité du référendum national¹³, expression directe de la volonté politique du peuple souverain. Non justiciable, ce procédé a néanmoins produit ses effets.

En Italie, comme l'explique avec brio Carmerlengo Quirino dans le présent dossier, le recours aux normes paraconstitutionnelles non écrites que sont les conventions constitutionnelles découle bien souvent d'un besoin des politiques de se doter de règles ou d'usages susceptibles de réguler des crises parlementaires. En guise d'illustration, pour enrichir la relation entre le Parlement et l'exécutif, les acteurs politiques italiens ont développé une convention constitutionnelle créant une procédure supplémentaire pour évaluer la confiance du législatif envers le gouvernement. Suivant cette convention, le gouvernement peut demander à la Chambre des députés ou au Sénat de réitérer son soutien de manière formelle. Dans le cas d'un refus de la chambre en question, il doit toutefois démissionner. Une procédure similaire (« *mozione di sfiducia individuale* ») existe par ailleurs à l'encontre d'un ministre en particulier, et ce, afin de le forcer à quitter son poste, le cas échéant. Finalement, une autre convention constitutionnelle oblige le président de la République à consulter les différentes forces présentes sur l'échiquier politique avant de nommer le chef du gouvernement le plus apte à diriger une coalition. Or, le texte de la Constitution italienne ne fait nullement mention d'un quelconque processus préliminaire à cette nomination.

11 P. AVRIL, « Les conventions de la Constitution », *Commentaire SA*, 1997, vol. 4, n° 80 ; P. MOUZET, « La désuétude en droit constitutionnel (Quelques cas tirés du droit français) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2009, vol. 5 ; A. DEZALLAI, « De la dédensification normative à l'aune de la désuétude. Réflexion d'une publiciste », dans C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, p. 173 sq.

12 F. GOGUEL-NYEGAARD, *Le référendum d'octobre et les élections de novembre 1962*, Paris, A. Colin, coll. Cahiers de la Fondation nationale des sciences politiques, n° 142, 1965 ; G. BERLIA, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1962, p. 936 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Aix-en-Provence/Paris, PUAM / Economica, coll. Droit public positif, 2004, p. 298-300 ; D. ROUSSEAU, « Questions sur le non-contrôle de constitutionnalité des lois référendaires ou l'avenir du "papillon 62" », dans H. ROUSSILLON (dir.), *Référendum et démocratie*, Secondes assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel du 1^{er} et 2 avril 1996, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 sciences sociales, 1998.

13 CC, décis. n° 62-20 DC du 6 nov. 1962 (*Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 oct. 1962*), *JORF* 7 nov. 1962, p. 10778 (France).

Même si ces exemples français et italiens montrent que le recours à la voie paraconstitutionnelle existe dans les États de l'Europe continentale, pourtant dotés de procédure de révision fonctionnelle, il faut toutefois convenir que les illustrations les plus répandues se trouvent ailleurs. La fréquence et l'importance de la paraconstitutionnalité sont davantage observables dans les États ou, devrait-on dire, dans des « Royaumes » associés à la tradition de Westminster. La filiation britannique semble empiriquement être un indice d'une certaine attirance pour cette approche paraconstitutionnelle. Or, à l'intérieur de la tradition de Westminster, on retrouve des États aux aménagements constitutionnels très variés, du moins sur la question fondamentale de la procédure de révision. D'un côté, des systèmes comme le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande restent profondément attachés à la souveraineté du Parlement et sont, de ce fait, qualifiés de légicentristes. De l'autre, des systèmes tels que l'Australie et le Canada disposent d'une constitution formelle dont la procédure de modification s'avère particulièrement rigide et complexe, notamment en raison du fédéralisme et du nécessaire rôle des entités fédérées dans la procédure de modification¹⁴. Qu'ils pratiquent un constitutionnalisme souple ou rigide, tous ces royaumes du Commonwealth entretiennent un rapport particulier avec les sources paraconstitutionnelles, comme en témoignent les chapitres d'Amélie Binette et de Léonid Sirota dans le présent dossier.

Bien que centrale, la fonction exercée par la voie paraconstitutionnelle diffère néanmoins grandement selon la présence d'un système souple, qui ne connaît pas de procédure de révision constitutionnelle, ou d'un système rigide, au sein duquel le texte de la constitution formelle est difficile à modifier. Dans ce dernier cas, l'exemple du Canada analysé par Amélie Binette illustre le rôle central des sources paraconstitutionnelles. Pour l'acquisition de son indépendance politique, pour dicter l'ensemble des limites qui s'imposent aux pouvoirs de la reine et de ses représentants que sont le gouverneur général et les lieutenants-gouverneurs, pour régir les relations de confiance entre l'exécutif et les assemblées législatives, pour l'exercice du pouvoir de dissolution, pour tout ce qui touche à la charge de Premier ministre (par ailleurs totalement omise des textes de la constitution formelle), les conventions constitutionnelles occupent une place à l'avant-scène de l'ordre constitutionnel canadien. Complété par d'autres instruments de réforme paraconstitutionnelle que sont, entre autres, les ententes intergouvernementales et les référendums dits « consultatifs », le recours à des instruments juridiquement non exécutoires et peu contraignants pour initier des évolutions significatives, souvent *contra legem* à l'esprit de la constitution formelle est au cœur du fonctionnement réel du fédéralisme canadien. Ici, la voie paraconstitutionnelle s'impose comme un succédané à la révision de la constitution formelle – souvent politiquement impraticable – pour offrir une voie de contournement qui permet indirectement des évolutions significatives.

Si le Canada offre l'exemple d'un système où la voie paraconstitutionnelle contrebalance le caractère très rigide et parfois impraticable des procédures complexes de révision de la Constitution, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni brossent le portrait inverse. D'un remède à la trop grande rigidité de la Constitution, la paraconstitutionnalité devient une manière de compenser pour l'absence de constitution formelle. Une façon d'introduire de la rigidité là où il n'est pourtant pas censé y en avoir... ! Les apparences sont alors sauvées : juridiquement, le Parlement

14 *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B du *Canada Act 1982 (R.-U.)*, 1982, c. 11, art. 38 (Canada) ; *Commonwealth of Australia Constitution Act*, art. 128 (Australie).

est toujours souverain et libre de ses choix, mais, concrètement – dans un registre paraconstitutionnel –, il existe des normes conventionnelles (des pratiques politiquement contraignantes) qui s'imposent comme de nombreuses limites effectives à la souveraineté du Parlement.

Trois exemples peuvent ici en témoigner. Premièrement, la souveraineté juridiquement sans limites du Parlement de Westminster est politiquement liée par les résultats de consultations référendaires. L'issue de ces référendums non exécutoires, dont le Brexit est le dernier exemple en lice, ne change rien à l'état du droit positif. Ils sont organisés en marge du droit formel et qualifiés de purement « consultatifs ». En revanche, sous l'effet des conventions constitutionnelles, la volonté qui s'y exprime s'impose aux autorités gouvernementales comme un fait politique incontournable¹⁵.

Deuxièmement, le processus de *dévolution* du pouvoir du Parlement central vers les parlements des nations écossaise et galloise implique des limites effectives à la souveraineté parlementaire. Après tout, sur le plan juridique, comme le Royaume-Uni n'est pas doté d'une constitution formelle, ce que son parlement édicte peut toujours être modifié. Toutefois, pour pallier cette absence de limites supralégislatives, des conventions constitutionnelles empêchent les parlementaires de remettre unilatéralement en question l'autonomie concédée à l'Écosse et au Pays de Galle, à l'image de l'indépendance progressivement reconnue aux anciens dominions que sont notamment l'Australie, le Canada ou la Nouvelle-Zélande¹⁶. Juridiquement, le Parlement peut tout faire ; conventionnellement sa souveraineté connaît des limites. Ainsi, ne pouvant inscrire dans une constitution formelle ces compromis historiques négociés de nation à nation et qui découlent d'une forme de mise en œuvre du droit à l'autodétermination – comme peut le faire la France lorsqu'il est question, par exemple, du régime d'autonomie interne de la Nouvelle-Calédonie¹⁷ –, les conventions constitutionnelles viennent informellement combler ce besoin de rigidité qui se fait sporadiquement sentir dans l'ordre juridique britannique.

Troisièmement, la *Human Rights Act, 1998*¹⁸ est un autre exemple de limitation informelle ou, du moins partielle, de la souveraineté du Parlement. Par le recours à la doctrine de la *manner and form*, le Parlement de Westminster proclame le caractère prépondérant d'une série de droits qui découlent de la transposition de la *Convention européenne des droits de l'homme* en droit britannique. L'article 3 établit en effet le principe suivant : à moins d'une mention expresse du législateur, les lois sont présumées conformes aux droits garantis par la *Human Rights Act, 1998*. Le législateur ne peut pas les modifier ou en limiter leur portée implicitement. Seule une dérogation expresse, par définition rare et politiquement controversée, peut

15 A. GUIGUE, « Vers une constitution écrite pour le Royaume-Uni ? », dans D. GUÉNETTE, P. TAILLON, M. VERDUSSEN (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses États*, op. cit. ; P. TAILLON, « Le référendum comme instrument de réforme paraconstitutionnelle au Québec et au Canada », dans M. SEYMOUR, B. GAGNON (dir.), *L'autodétermination interne des peuples*, Montréal, Éditions Thémis, 2016 ; S. BOUTIN, *Les lois provinciales sur les référendums constitutionnels obligatoires. Un outil juridiquement possible, mais dont les effets compliquent la modification de la constitution canadienne*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2015, p. 27-70 ; S. TIERNEY, *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Londres, Oxford University Press, 2012 ; V. BOGDANOR, *The people and the party system: The referendum and electoral reform in British politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

16 *Statut de Westminster*, 1931, 22 Geo. V, c. 4 (Royaume-Uni).

17 *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 76 et 77 (France).

18 A. GUIGUE, « Vers une constitution écrite pour le Royaume-Uni ? », op. cit.

permettre aux lois du Parlement britannique d'échapper au caractère prépondérant des droits garantis. Par conséquent, les tribunaux appliquent une présomption de conformité des lois ; ils ont recours aux techniques du *reading in*, du *reading out* et du *reading down* pour adopter une interprétation atténuée, susceptible de rendre les lois britanniques conformes à leur interprétation des droits garantis. Formellement, la souveraineté parlementaire est préservée par le fait que la *Human Rights Act, 1998* reste une loi que le Parlement peut modifier par mention expresse. Il n'empêche qu'en pratique, elle introduit indirectement une primauté des droits fondamentaux et une forme de contrôle de constitutionnalité par les tribunaux britanniques dans un système pourtant toujours associé à la souveraineté du Parlement.

Ce procédé est également observable dans d'autres systèmes associés à la tradition de Westminster. Au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁹ procède de la même logique. Qualifié de loi quasi constitutionnelle, ce type de dispositif impose *de facto* des limites à la souveraineté parlementaire, tout en préservant la possibilité, de plus en plus théorique, d'une abrogation des droits garantis par voie parlementaire. En Nouvelle-Zélande, un procédé similaire a été employé en matière électorale afin d'imposer une majorité qualifiée de 75 % des parlementaires pour modifier certains éléments clés du système. Or, sans mécanisme de double enchâssement, le Parlement conserve la capacité d'abolir ou de modifier – par mention expresse et à majorité simple – l'article précis qui contient cette exigence de forme. Ce procédé produit les mêmes résultats. Comme l'explique brillamment Leonid Sirota dans son chapitre du présent dossier, les tribunaux se sont ainsi vu reconnaître une capacité de contrôler la conformité des lois du Parlement néo-zélandais avec ces dispositions, lesquelles, bien que théoriquement modifiables par les parlementaires, sont néanmoins dotées d'un caractère prépondérant.

En somme, que ce soit par le biais d'exigences juridiques de forme (doctrine de la *manner and form*²⁰) qui subordonnent l'action du Parlement au respect de certaines exigences ou par des conventions constitutionnelles qui empêchent politiquement le Parlement de poser certains gestes, la voie paraconstitutionnelle introduit de la rigidité dans un système censé ne pas en connaître. Par une voie détournée, le système britannique parvient à nourrir un décalage entre, d'un côté, une souveraineté parlementaire officielle et, de l'autre, des instruments paraconstitutionnels qui, indirectement, imposent des limites effectives, une rigidité paraconstitutionnelle. Là où des systèmes dotés d'une procédure de modification particulièrement rigide, comme le Canada, utilisent la paraconstitutionnalité pour introduire un peu de souplesse, les systèmes légicentristes, comme le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande, y ont recours pour injecter une dose de rigidité, pour imposer des limites informelles ou conventionnelles à l'exercice du pouvoir et, ainsi, pour « compenser » l'absence de constitution formelle.

L'expression « monarchie constitutionnelle » est, à cet égard, bien mal choisie lorsqu'il est question de décrire les limites qui s'imposent à l'exercice du pouvoir royal dans les États du Commonwealth. Après tout, lorsqu'il est question du fonctionnement de la monarchie, que ce soit en Australie, au Canada, en Nouvelle-Zélande ou au Royaume-Uni, ce sont bien des règles conventionnelles qui obligent la reine à suivre les recommandations de son Premier ministre et qui lui retirent l'essentiel de sa discrétion dans le choix de celui-ci. Juridiquement, rien n'empêche

19 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. 12 (Québec).

20 Voir, par exemple, l'article 4 du Statut de Westminster de 1931, *op. cit.*, qui conditionnait l'action du Parlement de Westminster sur les dominions à une condition de forme, soit « la demande et le consentement » des acteurs politiques des derniers.

Sa Majesté de nommer au poste de Premier ministre un chanteur populaire comme Paul McCartney ou l'un des membres de sa famille, comme le prince William, et ce, dans chacun des 16 royaumes indépendants dont elle est le chef de l'État. En ce sens, les limites opposables aux monarchies du Commonwealth sont bien seulement des limites conventionnelles qui épousent entièrement la logique paraconstitutionnelle. Sous l'effet des conventions constitutionnelles sur le gouvernement responsable, le chef du groupe parlementaire disposant de la confiance de la Chambre des communes s'impose au chef de l'État, lequel doit ensuite suivre rigoureusement ses recommandations.

Si la tradition de Westminster offre un terrain particulièrement fertile au développement des sources paraconstitutionnelles, il n'empêche que l'analyse comparative du phénomène permet de poser un regard qui transcende la singularité britannique pour s'étendre, à divers degrés, à bien d'autres systèmes constitutionnels.

III.- UN PHÉNOMÈNE À APPROFONDIR AU MOYEN D'ANALYSES COMPARATIVES

Du Canada à la Nouvelle-Zélande, en passant par l'Italie et les États-Unis, le présent dossier aspire à poursuivre la réflexion sur les sources paraconstitutionnelles à travers une analyse comparative.

Dans son chapitre, Quirino Camerlengo définit les conventions constitutionnelles comme un accord, même tacite, entre les acteurs institutionnels, lequel est renforcé par la répétition constante de comportements conformes. Puis, fort brillamment, il catégorise les conventions en fonction de leurs interactions avec le texte formel de la Constitution italienne, et ce, grâce à des exemples relativement ponctuels, mais néanmoins déterminants sur des questions sensibles dans l'univers politique italien. En ressort une typologie qui distingue les conventions comme compléments non écrits de la Constitution (conventions *secundum constitutionem* et *praeter constitutionem*) de celles qui agissent comme instrument de contradiction ou de neutralisation du droit formel (conventions *contra constitutionem*). Pour l'auteur, ces conventions s'insèrent dans la dimension « virtuelle » de la Constitution, laquelle offre aux acteurs politiques un terrain sur lequel évoluer pour faire appliquer la Constitution ou la projeter dans l'avenir : un monde de possibilités. La résultante, appelée « constitution matérielle », est, en vérité, le « forçage » souhaité par les sujets politiques dominants. Dans ces circonstances, les conventions constitutionnelles prennent forme dans le contexte d'un équilibre politique précis, atteint à un moment donné de l'histoire.

Cette notion d'équilibre entre les acteurs politiques se retrouve aussi dans le chapitre d'Amélie Binette. Dans le cas canadien, les conventions constitutionnelles viennent parfois aménager, en pratique, un régime plus près de l'idéal fédéral que ne le fait le texte constitutionnel de 1867. Or, dans la mesure où le fédéral peut toujours s'appuyer sur des pouvoirs centralisateurs exorbitants, inscrits dans ce texte formel et tout particulièrement rigide, les dés sont bien souvent pipés au détriment des entités fédérées. La difficulté de défendre la convention sur l'alternance entre juristes de tradition civiliste et juristes de *common law* au poste de juge en chef de la Cour suprême du Canada illustre bien l'ensemble des enjeux auquel le Québec est confronté lorsqu'il cherche à défendre ses intérêts au sein de la fédération par des voies paraconstitutionnelles. En tout état de cause, même les conventions constitutionnelles portant plutôt sur le gouvernement responsable, pourtant parmi les plus anciennes et les plus reconnues au Canada, engendrent leur lot de questionnements lorsqu'elles s'opposent frontalement au texte constitutionnel. Lors

de crises politiques, comme celle découlant de la demande du Premier ministre Stephen Harper à la gouverneure générale, Michaëlle Jean, de proroger le Parlement fédéral en 2008, elles contribuent, par leur imprécision, à augmenter les tensions et la confusion, et non à offrir une voie claire de résolution des différends.

À son tour, dans son excellent chapitre, Léonid Sirota propose un regard tout à fait pertinent sur le système néo-zélandais, souvent méconnu du lecteur européen. Après avoir bien posé l'importance de la souveraineté du Parlement dans ce système traditionnellement légicentriste, il décortique la manière dont des limites paraconstitutionnelles s'imposent malgré tout. À l'inverse du Canada, où les acteurs politiques recourent fréquemment aux normes conventionnelles pour faire « respirer » un droit constitutionnel formel trop rigide, leurs homologues néo-zélandais cherchent, au contraire, à insuffler à leur constitution historiquement flexible des limites. En témoignent l'exigence d'une majorité qualifiée pour la modification de certains éléments du système électoral ainsi que la garantie juridictionnelle et politique du Traité de Waitangi signé avec les Maoris. Certes, l'auteur insiste sur la réception encore ambivalente de ces deux procédés paraconstitutionnels par les tribunaux. Et pour cause, dans l'éventualité où ils mèneraient à l'invalidation de normes législatives incompatibles, ils pourraient consolider un tout nouveau paradigme dans la tradition constitutionnelle de la Nouvelle-Zélande. Il n'empêche que la très formelle souveraineté du Parlement peut connaître des limitations paraconstitutionnelles.

Enfin, dans son excellent chapitre sur le deuxième amendement de la Constitution américaine, Darrell Miller examine le rôle des tribunaux dans l'évolution de certaines normes, en l'occurrence le droit de détenir et de porter des armes. En misant sur l'atténuation de la portée de ce droit, les tribunaux américains tendent à consacrer une forme de désuétude « à l'américaine », suivant laquelle l'État ne peut justifier des normes inappliquées en s'appuyant sur des arguments qui ne bénéficient plus du soutien de la population. À juste titre, Miller souligne que si la désuétude en venait à occuper un espace plus important dans le raisonnement de la Cour, elle gagnerait à être systématisée et mieux conceptualisée. À l'heure actuelle, il est difficile de connaître, entre autres, l'identité des acteurs dont il est pertinent d'étudier le comportement ou la durée pendant laquelle doit vivre une tradition pour être considérée comme pertinente pour la Cour afin de justifier la constitutionnalité d'une norme. Au passage, Miller relève d'ailleurs la pertinence d'élargir la focale de l'étude pour s'intéresser à la manière dont la paraconstitutionnalité permet de prendre en compte le comportement d'un ensemble plus large d'acteurs que ceux qui décident traditionnellement des normes qualifiées de juridiques.

La perspective comparative, loin d'être épuisée par ce dossier, montre au contraire un large éventail de nuances, de variations et de contextualisation, tout en permettant par ailleurs de dégager de larges tendances qui participent d'un phénomène commun. Somme toute, la complexité des moyens et des stratégies déployés dans la voie paraconstitutionnelle de même que l'incertitude entourant la portée ou l'effet juridiquement contraignant de ces réformes conduites en marge des textes de la Constitution entraînent un lot d'ambiguïtés, de remises en question ou de contestations à travers tous les systèmes étudiés dans le présent dossier. Devrait-on garantir le respect de normes paraconstitutionnelles lorsqu'elles contredisent le texte formel de la Constitution ? Est-ce le rôle des tribunaux d'en forcer l'application ? Devrait-on, à l'inverse, procéder à un contrôle plus rigoureux de la constitutionnalité de ces procédés souvent évanescents, parce qu'ancrés dans des pratiques, dans des usages ou dans des consensus politiques tacites ou explicites ? À travers les exemples américain (Darrell Miller), canadien (Amélie Binette), italien

(Quirino Camerlengo) et néo-zélandais (Léonid Sirota), le présent dossier aspire à bâtir des ponts entre ces phénomènes parfois anecdotiques, parfois centraux, à la frontière de la norme et de la pratique.