

## Les Cahiers de droit



# L'architecture constitutionnelle — Dimensions artistiques d'une construction juridique

Dave Guénette

Volume 58, Number 1-2, March–June 2017

L'art

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1039831ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1039831ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Guénette, D. (2017). L'architecture constitutionnelle — Dimensions artistiques d'une construction juridique. *Les Cahiers de droit*, 58(1-2), 33–65.  
<https://doi.org/10.7202/1039831ar>

Article abstract

The concept of constitutional architecture, a feature of Canadian law since the 2014 references concerning the Supreme Court and Senate reform, offers a new way of looking at Canada's constitutional structure. In addition to its legal relevance, the concept also has clear creative and artistic dimensions. First, it looks at the Constitution through a new artistic prism, that of architecture, offering an innovative vision of the constitutional organization based directly on the literature that shows the structure of a legal system as a network. Second, it uses metaphorical comparisons to create an image of the constitutional architecture that matches the growing trend in the field of law to represent complex concepts using metaphor. It is the most recent example of this trend.

# L'architecture constitutionnelle—Dimensions artistiques d'une construction juridique

---

Dave GUÉNETTE\*

*Le concept d'architecture constitutionnelle, incontournable en droit canadien depuis les renvois de 2014 relatifs à la Cour suprême du Canada et au Sénat, offre une représentation nouvelle de la structure de la Constitution du pays. Or, au-delà de sa pertinence juridique, ce concept se démarque également de par ses dimensions de nature créative et artistique. En premier lieu, cette conception jette un regard nouveau sur la structure de la Constitution du Canada à travers le prisme de l'art qu'est l'architecture. Ce faisant, elle offre une image innovatrice de l'organisation constitutionnelle, prenant directement ses racines dans la littérature qui aborde la structure du système juridique par une représentation en réseau. En second lieu, en raison de son utilisation du procédé de la métaphore, l'image de l'architecture constitutionnelle s'inscrit également dans une vaste tendance en droit à se représenter des concepts complexes à l'aide de ce type de figure de style. Elle est ainsi le plus récent exemple de cette tendance.*

---

*The concept of constitutional architecture, a feature of Canadian law since the 2014 references concerning the Supreme Court and Senate*

\* Doctorant en droit, Université Laval et Université catholique de Louvain. L'auteur est notamment membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ), du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO) et de la Chaire de recherche sur la démocratie et les institutions parlementaires (CRDIP), qu'il remercie pour leur soutien respectif à ses recherches. Il remercie également le Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC), dont il est boursier dans le contexte de ses études doctorales. Enfin, l'auteur exprime sa reconnaissance envers les évaluateurs anonymes pour la pertinence et la richesse de leurs commentaires qui lui ont permis d'améliorer la qualité du présent article.  
Date de fraîcheur : juillet 2016.

*reform, offers a new way of looking at Canada’s constitutional structure. In addition to its legal relevance, the concept also has clear creative and artistic dimensions. First, it looks at the Constitution through a new artistic prism, that of architecture, offering an innovative vision of the constitutional organization based directly on the literature that shows the structure of a legal system as a network. Second, it uses metaphorical comparisons to create an image of the constitutional architecture that matches the growing trend in the field of law to represent complex concepts using metaphor. It is the most recent example of this trend.*

*La arquitectura constitucional es un concepto insoslayable en el derecho canadiense desde el año 2014, cuando se llevaron a cabo los reenvíos a la Corte Suprema y al Senado, otorgándose así una nueva representación de la estructura de la Constitución canadiense. Ahora bien, más allá de su pertinencia jurídica, este concepto se distingue igualmente por sus dimensiones de naturaleza creativa y artística. Efectivamente, en primer lugar, esta noción brinda un nuevo enfoque de la estructura de la Constitución canadiense, a través del prisma del arte que es la arquitectura. De esta manera, ofrece una imagen innovadora de la organización constitucional al basar directamente sus fundamentos en la literatura, y abordando la estructura del sistema jurídico con una representación en red. En segundo lugar, dado el procedimiento de la metáfora empleada, la imagen de la arquitectura constitucional se inscribe igualmente en una vasta tendencia en el campo del derecho para representar conceptos complejos utilizando este tipo de figura de estilo; conformando así un ejemplo actual de esta tendencia.*

|                                                                                                                  | Pages     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 L’architecture constitutionnelle comme représentation de la structure de la Constitution .....</b>          | <b>37</b> |
| 1.1 La structure du système juridique et ses différentes représentations – <i>De la pyramide au réseau</i> ..... | 38        |
| 1.1.1 La pyramide d’Hans Kelsen – Une image et un paradigme dominant sur le déclin .....                         | 38        |

|       |                                                                                                                                   |    |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1.2 | Le réseau de François Ost et Michel van de Kerchove – Une image actualisée de la structure du système juridique .....             | 40 |
| 1.2   | L'architecture de la Constitution – Genèse et exégèse d'une représentation plus dynamique de la structure constitutionnelle ..... | 42 |
| 1.2.1 | L'architecture constitutionnelle avant les renvois de 2014 – La naissance d'une image .....                                       | 43 |
| 1.2.2 | L'architecture constitutionnelle dans les renvois de 2014 – Le développement de l'image .....                                     | 45 |
| 1.2.3 | L'architecture constitutionnelle après les renvois de 2014 – Le déploiement de l'image .....                                      | 48 |
| 2     | <b>L'architecture constitutionnelle et son potentiel comme métaphore de la Constitution</b> .....                                 | 52 |
| 2.1   | Les différentes métaphores de la Constitution – <i>De l'arbre vivant au dialogue</i> .....                                        | 54 |
| 2.1.1 | L'arbre vivant de la Constitution – Une métaphore jurisprudentielle marquante .....                                               | 54 |
| 2.1.2 | Quelques métaphores en doctrine – Une brève démonstration de la créativité des juristes .....                                     | 57 |
| 2.2   | Le potentiel de l'architecture constitutionnelle – Plaidoyer pour une métaphore moderne plus complète de la Constitution .....    | 61 |
| 2.2.1 | L'intégration des acteurs à la métaphore – Un architecte constitutionnel ? .....                                                  | 61 |
| 2.2.2 | La nature dynamique et évolutive de la Constitution – Une œuvre sans fin .....                                                    | 62 |
| 2.2.3 | L'architecture constitutionnelle, elle-même composante de réseaux plus vastes .....                                               | 63 |
|       | <b>Conclusion</b> .....                                                                                                           | 64 |

---

*Beethoven's Fifth Symphony, that amazing revolution  
in tumult and splendor of sound built on four tones based upon  
a rhythm a child could play on the piano with one finger.  
Supreme imagination reared the four repeated tones,  
simple rhythms, into a great symphonic poem that is probably  
the noblest thought-built edifice in our world.*

Frank LLOYD WRIGHT<sup>1</sup>

Une réflexion sur l'art et le droit invite à explorer une multitude de terrains différents. Si le champ du droit est à lui seul une source abondante

---

1. Architecte américain (1867-1959), cité dans Laura S. DUSHKES, *The Architect Says. Quotes, Quips, and Words of Wisdom*, New York, Princeton Architectural Press, 2012, p. 111.

de recherche, jumeler celui-ci à l'art aura pour effet de circonscrire la marge de manœuvre du juriste dans sa branche de la connaissance, tout en lui offrant de multiples nouveaux horizons. Les arts, qu'ils soient six, sept, huit, neuf ou même dix<sup>2</sup>, sont assurément des sujets que l'on peut habilement croiser avec la discipline juridique pour en faire ressortir une démonstration tant de matière que de méthode, sans oublier l'éternel débat épistémologique, à savoir si le droit est une science ou un art<sup>3</sup>. Bref, juxtaposer l'art et le droit représente à la fois un défi intellectuel et une opportunité stimulante.

En ce qui nous concerne—et cela trahit inévitablement nos propres centres d'intérêt, tant juridiques qu'artistiques—, notre réflexion s'est immédiatement tournée vers le concept d'*architecture constitutionnelle*. Élaborée au cours des dernières années, l'architecture constitutionnelle est une image servant à démontrer toute la complexité de la structure de la Constitution canadienne, mais également l'équilibre régnant à l'intérieur de celle-ci et les multiples interactions qui s'y déroulent. En ce sens, l'image de l'architecture constitutionnelle représente une métaphore moderne et fort pertinente de la Constitution du Canada.

Cependant, plus que son intérêt purement juridique, l'architecture constitutionnelle revêt également deux dimensions artistiques et créatives fort intéressantes. D'abord, en cherchant à mieux décrire et représenter la *structure* de la Constitution, cette image jette un regard sur le droit constitutionnel canadien à travers le prisme de l'*art* qu'est l'architecture. Les œuvres d'art—qu'elles soient littéraires, musicales, visuelles, théâtrales, cinématographiques ou architecturales—ont toutes une structure. Il en est de même pour la Constitution d'un État. En fait, toute loi, tout code ou toute constitution est sous-tendu d'une organisation structurante permettant de rendre ceux-ci plus cohérents. Or, le concept d'architecture constitutionnelle, prenant l'exemple d'un *art* pour illustrer sa structure, donne à cette même image une dimension créative nouvelle.

Également, l'image de l'architecture de la Constitution possède une dimension artistique en ce qu'elle représente justement une *métaphore*.

---

2. Dans la classification classique, il y avait au départ six arts, soit l'architecture, la sculpture, la peinture, la musique, la poésie et le théâtre. Progressivement, les septième (le cinéma), huitième (les arts médiatiques), neuvième (la bande dessinée) et dixième arts (les arts numériques) se sont ajoutés.

3. Voir notamment : Sandrine CHASSAGNARD-PINET et autres (dir.), *Droit, arts, sciences humaines et sociales : (dé)passer les frontières disciplinaires*, Paris, L.G.D.J., 2013 ; Henri LÉVY-BRUHL, « La science du droit ou "juristique" », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 8, 1950, p. 123.

Celle-ci est une figure de style «qui consiste à employer un terme concret dans un contexte abstrait» pour en faire une analogie, «sans qu'il y ait d'élément introduisant formellement une comparaison<sup>4</sup>». Elle comprend donc nécessairement une part de création, parfois un style lyrique, permettant de décrire une certaine réalité de manière imagée. En ce sens, chercher à représenter un objet juridique telle une constitution à travers une métaphore est d'emblée porteur d'une dimension artistique intéressante. Si la métaphore peut avoir un objectif pédagogique et explicatif, il en découle néanmoins un aspect créatif et artistique.

Dans notre démonstration, nous nous intéresserons à ces deux dimensions de nature artistique de l'*architecture de la Constitution*. Dans la première partie, nous appréhenderons l'image de l'architecture constitutionnelle comme représentation de la *structure* de la Constitution. Dans la seconde, nous aborderons l'architecture constitutionnelle comme *métaphore* de la Constitution.

## 1 L'architecture constitutionnelle comme représentation de la structure de la Constitution

Toute *construction* possède une certaine structure, une organisation permettant de rendre celle-ci *cohérente*. Cela est particulièrement vrai dans le cas des arts. Une symphonie se décline en mouvements ; un opéra, en actes ; un livre, en chapitres ; un poème, en vers. Une peinture, elle, aura besoin d'un support, se composera de plusieurs couleurs, de textures ou de dénivelés différents. Un édifice sera fait de matériaux et à partir d'un plan, tout comme le seront les meubles et les accessoires qui l'agrémenteront. Qu'il soit musicien, compositeur, auteur, poète, peintre, architecte ou designer, l'artiste donne inévitablement une structure au fruit de son travail. Et s'il ne le fait pas de manière volontaire et affirmée, ceux qui reprendront et étudieront son œuvre en dégageront pour lui la structure. Effectivement, pour comprendre une construction, on cherche paradoxalement à la déconstruire pour ainsi en reconnaître et en saisir la structure.

Si cela est vrai pour l'art, ce l'est tout autant pour le système juridique et ses composantes, telles les constitutions, les lois, les conventions internationales, les décisions des tribunaux et la doctrine. Ainsi, comme l'artiste, le juriste tente lui aussi toujours de donner une structure à son objet d'étude. Pour en faire la démonstration, nous examinerons d'abord, de manière générale, la structure du système juridique, plus précisément

---

4. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2016, s.v. «Métaphore».

deux représentations de ce dernier particulièrement notables (1.1). Ensuite, nous traiterons explicitement de l'image de l'architecture constitutionnelle comme d'une représentation de la structure de la Constitution du Canada (1.2). Nous serons alors à même d'expliquer en quoi consiste exactement le concept d'*architecture constitutionnelle*.

## **1.1 La structure du système juridique et ses différentes représentations — *De la pyramide au réseau***

Depuis longtemps, les juristes tentent d'expliquer et de représenter le système juridique à l'aide d'images se voulant à la fois simples mais évocatrices. L'expression *De la pyramide au réseau* symbolise ces différentes tentatives. D'aucuns auront rapidement reconnu, dans ce sous-titre, une allusion certaine aux riches travaux de François Ost et Michel van de Kerchove sur la structure du système juridique, ainsi qu'à leur ouvrage *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*<sup>5</sup>. Leurs recherches constituent non seulement une réflexion épistémologique d'une grande pertinence, mais elles sont également précurseurs de la métaphore de l'architecture constitutionnelle, comme nous le verrons dans la section 1.1.1. L'expression *De la pyramide au réseau* appelle le juriste sur un sentier nouveau menant à un changement de paradigme<sup>6</sup>. Elle l'invite à délaisser sa conception vieillotte et dépassée de la pyramide des normes (1.1.1) pour privilégier une structure mieux adaptée au système juridique contemporain, soit celle du réseau (1.1.2).

### **1.1.1 La pyramide d'Hans Kelsen — Une image et un paradigme dominant sur le déclin**

La représentation de l'organisation du système juridique aura été marquée par l'image de la pyramide des normes d'Hans Kelsen. Selon cette conception, l'ordre juridique ne peut être représenté par une série « de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais [doit plutôt l'être par]

---

5. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

6. *Id.*, p. 17 :

Il n'en reste pas moins qu'une science du droit critique, dégagée de ces intérêts, doit pouvoir affronter ces remises en question et tenter, en se gardant cependant de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien, susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent. C'est précisément l'exercice auquel nous voudrions inviter le lecteur à l'aide du paradigme du réseau.

une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures<sup>7</sup>». Pour Kelsen, «le fondement de la validité d'un ordre normatif est [...] une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre. Une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre<sup>8</sup>». Ainsi, la célèbre image de la pyramide symbolise bien l'ordre juridique hiérarchisé dont il est question dans la théorie de Kelsen. Chaque norme fait partie d'une certaine catégorie, dont la validité repose sur les normes d'une catégorie supérieure, en même temps qu'elle fonde elle-même la validité des normes d'une catégorie inférieure. Quant à la norme fondamentale, le sommet de la pyramide, celle-ci est représentée par la Constitution de l'État, loi suprême à laquelle toutes les autres normes doivent être conformes. Les propos de Kelsen à cet égard sont tout à fait cohérents :

À travers les multiples transformations qu'elle a subies, la notion de Constitution a conservé un noyau permanent : l'idée d'un principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre. De quelque façon qu'on définisse la Constitution, toujours c'est le fondement de l'État, la base juridique que l'on prétend à saisir [...] c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques – tribunaux et autorités administratives<sup>9</sup>.

La conception kelsénienne de la pyramide des normes est aujourd'hui l'objet de nombreuses critiques puisqu'elle omet de traiter d'enjeux fondamentaux, notamment des multiples interactions entre les catégories de normes : celles qui sont définies par Kelsen «rendent compte de manière très incomplète des relations qui existent, au sein de l'ordre juridique, entre différents groupes de règles<sup>10</sup>». De plus, cette conception pyramidale néglige de traiter de l'apport des acteurs au système : «Kelsen a plutôt choisi de définir le système juridique indépendamment de ses acteurs. Pourtant, leur présence se laisse aisément deviner derrière chacune des catégories de la hiérarchie des normes : le constituant, le législateur, l'Administration, les tribunaux<sup>11</sup>...» Enfin, la pyramide des normes est incohérente — rien de

7. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 266.

8. *Id.*, p. 43.

9. Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», R.D.P. 1928.197, 204.

10. Michelle Cumyn, «Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit», (2011) 52 *C. de D.* 351, 358.

11. *Id.*, 359 : l'auteur se réfère alors à Santi Romano, *L'ordre juridique*, 2<sup>e</sup> éd., traduit par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975, p. 17 et suiv.

moins — par rapport à la théorie kelsénienne de l'interprétation, « théorie qui conduit à admettre que les organes d'application d'une norme juridique, en interprétant celle-ci, se trouvent amenés, malgré leur situation de subordination, à déterminer partiellement sa signification, voire à créer une norme qui ne trouverait pas de fondement en elle<sup>12</sup> ».

Ainsi, bien que la pyramide des normes soit toujours une représentation du système juridique à laquelle les juristes se réfèrent fréquemment, celle-ci n'offre qu'une conception fort partielle de l'ordre juridique et de sa structure<sup>13</sup>.

### 1.1.2 Le réseau de François Ost et Michel van de Kerchove — Une image actualisée de la structure du système juridique

Si le système juridique ne peut être représenté entièrement et de manière exacte par une pyramide des normes, existe-il une conception qui serait mieux adaptée ? Cette question trouve très certainement des éléments de réponse pertinents dans les travaux de François Ost et Michel van de Kerchove. Fruit d'une évolution naturelle et tenant compte d'un ensemble substantiel d'éléments externes<sup>14</sup>, ces deux auteurs traitent d'un changement de paradigme d'une importance et d'une ampleur capitales dans la représentation de la structure du système juridique, changement de paradigme que le titre de leur ouvrage résume plutôt bien. Citant Ignatio Ramonet, ils amorcent ainsi leur démonstration : « Nous sommes en train de passer de formes de pouvoir autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes<sup>15</sup>. » Affirmant d'abord la remise en cause généralisée du « modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique

---

12. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 5, p. 45.

13. Plus généralement, ce n'est pas seulement en droit que la structure pyramidale est remise en question, mais dans l'ensemble des sphères de la connaissance. Voir, par exemple, René SÈVE, « Introduction », (1986) 31 *Ar. philo. dr.* 1.

14. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 5, p. 12 :

Dans l'intervalle qui nous sépare de Kelsen, Hart et Ross, c'est aussi le monde qui a changé, donnant chaque jour plus de crédit à ces nouvelles perspectives. Qu'il suffise d'évoquer, pêle-mêle, la globalisation des marchés financiers, l'interdépendance accrue des économies et des cultures (mondialisation), les progrès des technologies numériques génératrices d'une société de l'information, la construction européenne, l'affaiblissement de la capacité d'action des États (sous leur double forme d'État-nation et d'État-providence), l'apparition de puissants pouvoirs privés (entreprises transnationales et organisations non gouvernementales), la montée en puissance des juges et le culte des droits de l'homme, le multiculturalisme à l'intérieur même des États-nation, la multiplication des poussées individualistes...

15. Ignatio RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 1999, p. 7 et 8.

du sens commun des juristes<sup>16</sup>», ils observent ceci : « On est donc bien dans une période de crise caractéristique de la transition d'un paradigme à l'autre [...] [puisque] de la crise du modèle pyramidal émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du réseau<sup>17</sup> ».

Pour circonscrire un « noyau de signification » décrivant de manière appropriée le réseau, François Ost et Michel van de Kerchove utilisent plusieurs éléments de définition distincts : « le réseau constitue une “trame” ou une “structure”, composée d’“éléments” ou de “points”, souvent qualifiés de “nœuds” ou de “sommets”, reliés entre eux par des “liens” ou des “liaisons”, assurant leur “interconnexion” ou leur “interaction” et dont les variations obéissent à certaines “règles de fonctionnement”<sup>18</sup> ».

Selon cette conception, le système juridique ne se représenterait donc pas en structure pyramidale où les seules relations entre les différentes sources du droit doivent être de nature hiérarchique, mais plutôt comme un réseau où ces sources interagissent constamment dans des rapports d'influence mutuelle. Le réseau permet donc de concevoir le système comme étant davantage dynamique, il illustre une organisation plus susceptible de s'adapter à l'évolution de la société et aux rapports de pouvoir multiformes qui s'y déroulent. Il permet en outre une vision mieux intégrée et moins compartimentée du système où l'interprétation et l'application d'une norme doivent tenir compte de l'ensemble de la structure du réseau pour situer celle-ci correctement dans son contexte. Ainsi, s'il est vrai, comme l'affirmait Kelsen, que le système juridique ne peut être représenté par une série « de normes en vigueur les unes à côté des autres<sup>19</sup> », une conception moderne de ce système ne peut non plus se permettre d'éluider la nature changeante, interdépendante et évolutive des rapports entre ces mêmes normes.

Le réseau se caractérise ainsi notamment par « les valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent » qu'il cultive et qui seraient plus *contemporaines* que les valeurs « de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance » de la hiérarchie classique<sup>20</sup>. Bref, le réseau s'imprègne d'une structure plus *artistique*, alors que la pyramide était, elle, dans une mouvance se voulant davantage *scientifique*, cherchant justement à « débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui

16. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 5, p. 14.

17. *Id.*

18. *Id.*, p. 24.

19. H. KELSEN, préc., note 7, p. 266.

20. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 5, p. 18.

sont étrangers<sup>21</sup> ». Cette représentation en réseau est d'ailleurs elle aussi l'objet de critiques qui lui reprochent cette conception dynamique et créative de l'ordre juridique, fréquemment attribuée aux tenants de la position selon laquelle le droit serait bien davantage un *art* qu'une *science* :

Cette construction [en réseau] ne dénote pas un projet de clarification et de renforcement d'un potentiel explicatif, mais la réaffirmation de la conception *jusnaturaliste* selon laquelle il ne peut y avoir qu'un art et non une science du droit, suivant l'antinomie revendiquée par les juristes traditionnels pour lesquels le droit positif ne peut jamais se limiter au seul droit positif puisqu'il inclut la morale et la pratique<sup>22</sup>.

Cette vision intégrée, dynamique et évolutive de la structure du système juridique a certainement de nombreux points en commun avec l'image de l'*architecture constitutionnelle* selon laquelle la Constitution du Canada doit s'apprécier comme un tout et non tel un ensemble de dispositions — ou même de lois — pouvant être prises isolément. Nous aborderons maintenant en détail cette conception de la structure de la Constitution canadienne.

## 1.2 L'architecture de la Constitution — Genèse et exégèse d'une représentation plus dynamique de la structure constitutionnelle

La Constitution du Canada est un objet d'une unicité certaine<sup>23</sup>. De par sa nature, elle peut difficilement se voir imposer le cadre de la pyramide des normes. Comme en conviennent Patrick Taillon et Amélie Binette, ses « particularités, tirées pour une large part de l'expérience et de l'attachement à la tradition britannique, minent sérieusement la conception formelle d'un ordre constitutionnel hiérarchisé » et, du même coup, « l'idée d'une constitution comme norme suprême, suivant la métaphore kelsenienne de la pyramide normative<sup>24</sup> ». Alors que plusieurs constitutions de l'Europe continentale peuvent aisément s'accommoder de cette représentation pyramidale, la Constitution du Canada, elle, est suffisamment composite et diffuse pour que cela ne puisse être le cas. Au contraire, celle-ci s'apparente

21. H. KELSEN, préc., note 7, p. 1.

22. OTTO PFERSMANN, « Recension de *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE », (2003) 55 *R.I.D.C.* 730, 742.

23. Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du Régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Thémis, 1994, p. 133, la qualifient d'ailleurs de « singulièrement difficile à comprendre et à expliquer ».

24. Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Le fédéralisme canadien : sources, pratiques et dysfonctionnements », dans *Le fédéralisme : du droit public au droit privé*, Lausanne, Institut suisse de droit comparé [à paraître].

beaucoup plus aisément à une conception en réseau, telle que l'ont décrite François Ost et Michel van de Kerchove, et donc plus empreinte d'une *structure artistique*. En fait, la concrétisation canadienne de cette conception en réseau est exactement l'image de l'architecture de la Constitution.

Il nous faut traiter de l'architecture constitutionnelle en trois temps. D'abord, il y a la période pré-2014, où il est parfois fait mention d'une certaine *architecture* de la Constitution (1.2.1). Puis, arrive précisément l'année 2014, avec les renvois relatifs à la *Loi sur la Cour suprême*<sup>25</sup> et à la réforme du Sénat, où le plus haut tribunal du pays ancre véritablement cette conception dans le paysage constitutionnel canadien (1.2.2). Enfin, on note la période post-2014, où le recours à l'image de l'architecture constitutionnelle tend à réellement s'accroître en doctrine et en jurisprudence (1.2.3).

### 1.2.1 L'architecture constitutionnelle avant les renvois de 2014— La naissance d'une image

Si l'image de l'architecture constitutionnelle s'est réellement développée en 2014 dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, il demeure qu'une telle conception existait bien avant ce moment. En effet, dès 1959, dans le célèbre arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, la Cour suprême a rappelé par exemple le rôle de la «rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure<sup>26</sup>». Puis, dans un renvoi marquant du droit constitutionnel canadien, soit celui qui est relatif à la sécession du Québec<sup>27</sup>, la Cour suprême a fait référence aux notions de structure fondamentale et d'architecture à quelques reprises. Elle mentionne alors que «[n]otre Constitution a une *architecture* interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)* [...] a appelé une "structure constitutionnelle fondamentale"<sup>28</sup>». À cette occasion, non seulement la Cour suprême emploie précisément le terme *architecture*, mais elle justifie cet emploi par les motifs d'une décision rendue onze ans plus tôt<sup>29</sup> où elle parlait alors d'une *structure constitutionnelle fondamentale*. On trouve donc à ce moment-là un embryon de la notion d'architecture constitutionnelle en tant qu'image de la structure de la Constitution du Canada.

Au paragraphe suivant du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, alors qu'elle aborde les principes constitutionnels sous-jacents, la Cour suprême ajoute : «Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture

25. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

26. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, 142 (l'italique est de nous).

27. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

28. *Id.*, par. 50 (l'italique est de nous).

29. *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2.

même de la Constitution et en sont la force vitale<sup>30</sup>. » Donc, déjà en 1998, et prenant appui sur une décision de 1987, la Cour suprême se montre ouverte à une structure constitutionnelle organisée en forme de *réseau* plutôt qu'en *pyramide*. Affirmant que « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure<sup>31</sup> », elle appelait alors, et cela, ne fait nul doute, à une vision plus intégrée et dynamique de la Constitution que celle que pouvait lui fournir la pyramide des normes de Kelsen, celle-ci n'offrant qu'un portrait incomplet de l'ensemble des interactions qui peuvent se dérouler au sein d'un ordre constitutionnel.

Il n'y a cependant rien de très surprenant à cela. En effet, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* constituait un exercice pour le moins difficile pour la Cour suprême. Appelée à se prononcer sur les conditions juridiques selon lesquelles le Québec pourrait éventuellement déclarer son indépendance du reste du Canada, elle faisait alors face à un *vide constitutionnel* à cet effet<sup>32</sup>. Sa réponse devait donc être imaginative et habile, tout en demeurant conforme au droit constitutionnel canadien. La Cour suprême ne pouvait dès lors adopter une posture très positiviste puisqu'il n'existait aucune disposition sur le sujet, mais aussi parce qu'elle devait, d'une certaine manière, se montrer sensible à la manière dont sa décision serait reçue, autant au Québec que dans le reste du Canada<sup>33</sup>. Utiliser des notions englobantes et flexibles, telles que la *structure constitutionnelle fondamentale* et l'*architecture interne de la Constitution*, lui a ainsi permis de développer un argumentaire motivé, nuancé et respectueux du droit constitutionnel canadien. Ce faisant, la Cour s'est appuyée sur les « valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent » qui sont caractéristiques d'une conception en *réseau* de l'ordre juridique<sup>34</sup>. Ainsi, de par la nature de la question à laquelle elle devait répondre, le raisonnement de la Cour suprême et sa référence à la *structure*

30. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 27, par. 51.

31. *Id.*, par. 50.

32. Voir sur le vide entourant cette question : Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2004) 45 *C. de D.* 7, 15; Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 1, 2.

33. François ROCHER et Elisenda CASANAS ADAMS, « L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 877.

34. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 5, p. 18.

*fondamentale* qui sous-tend l'ordre constitutionnel canadien et qu'elle nomme *architecture* sont une réponse qui nous semble adaptée.

Appelé une fois encore à trancher des questions d'une importance capitale en 2014, soit la nomination des juges de la Cour suprême, ainsi que la réforme et l'abolition du Sénat, le plus haut tribunal du pays a remis sur la table le concept d'architecture constitutionnelle, mais en lui donnant beaucoup plus de substance.

### 1.2.2 L'architecture constitutionnelle dans les renvois de 2014— Le développement de l'image

Après le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême ne fait aucune référence explicite à la conception architecturale de l'ordre constitutionnel canadien pendant plus d'une quinzaine d'années. Cette conception sera remise à l'ordre du jour en 2014 à l'occasion du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*<sup>35</sup>, art. 5 et 6 et, à plus forte raison, avec le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*<sup>36</sup>.

En avril 2013, le doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill, Daniel Jutras, est nommé, avec d'autres collègues juristes, *amicus curiae* par la Cour suprême dans l'affaire concernant la réforme du Sénat<sup>37</sup>. Dans leur mémoire, les *amici curiae* se réfèrent à de nombreuses reprises à l'architecture de la Constitution canadienne. Leur analyse est particulièrement étoffée lorsqu'ils définissent précisément ce qu'ils entendent par celle-ci :

[C]onstitutional architecture, encompasses the “internal architecture” or “basic structure” of the Constitution. This architecture is erected from the explicit and implicit links between individual elements of the Constitution of Canada. It establishes relationships between levels and branches of government and between the state and the individual. In addition, it contemplates the existence of certain political institutions and the “basic structural imperatives” that govern them<sup>38</sup>.

Selon les *amici curiae*, l'architecture de la Constitution a un effet stabilisant sur l'ordre constitutionnel canadien<sup>39</sup>, notamment en ce qui concerne les «*architectural institutions*», qui incluraient, «at a minimum, the Crown, the Senate, and “freely elected legislative bodies at the federal

35. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433.

36. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

37. UNIVERSITÉ MCGILL, FACULTÉ DE DROIT, «Daniel Jutras nommé *amicus curiae* par la Cour suprême du Canada», 2 avril 2013, [En ligne], [www.mcgill.ca/law/fr/channels/news/daniel-jutras-nommé-amicus-curiae-par-la-cour-suprême-du-canada-225628] (10 avril 2016).

38. Daniel JUTRAS et autres, «*Amicus Curiae*», *Supreme Court of Canada*, n° 35203, 2013, par. 33.

39. *Id.*, par. 37.

and provincial levels<sup>40</sup> ». En raison de la nature fondamentale de ces institutions, du « profound constitutional rearrangement<sup>41</sup> » que constituerait leur abolition et des « de-stabilizing effects of architectural amendments<sup>42</sup> », les auteurs croient que de procéder à une modification de la Constitution ayant pour effet d'abolir celles-ci nécessiterait alors l'accord unanime des provinces et du fédéral, conformément à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>43</sup>. C'est dire toute l'importance qu'ils accordent à l'architecture constitutionnelle.

Enfin, l'argumentaire des *amici curiae* en ce qui concerne le concept d'architecture constitutionnelle peut être ainsi résumé : « Ultimately, the architecture of the Constitution of Canada is inherently embedded within the constitutional text, infusing each provision with an *animating connection* to the Constitution as a whole<sup>44</sup>. »

La Cour suprême semble faire sienne cette interprétation en ce qu'elle réutilise ensuite abondamment le concept d'architecture constitutionnelle. D'abord, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* — renvoi rendu public quelques semaines avant celui qui portait sur la réforme du Sénat et pour lequel elle avait évidemment déjà pris connaissance du mémoire des *amici curiae* dans cette affaire —, la Cour suprême mentionne la question de l'architecture constitutionnelle à quelques reprises. De manière plus circonscrite, les références à celle-ci portent alors uniquement sur la place que prend la Cour suprême dans l'architecture constitutionnelle canadienne. Par exemple, elle aborde « le consensus politique et social de l'époque [du rapatriement de 1982] selon lequel la Cour suprême constitue un élément essentiel de l'architecture constitutionnelle du Canada<sup>45</sup> », de même que le « rôle de la Cour suprême dans l'architecture de la Constitution<sup>46</sup> ». Elle souligne aussi que l'abolition des appels au Conseil privé de Londres en 1949 a « entraîné de profondes répercussions sur l'architecture constitutionnelle du Canada<sup>47</sup> ». Ainsi, bien qu'elles soient peu nombreuses, les références à l'architecture de la Constitution occupent une place néanmoins centrale dans les motifs du tribunal. En fait, avec le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* et l'utilisation qu'elle y fait

40. *Id.*, par. 136.

41. *Id.*, par. 137.

42. *Id.*, par. 37.

43. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

44. D. JUTRAS et autres, préc., note 38, par. 33 (l'italique est de nous).

45. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 35, par. 100.

46. *Id.*, par. 87.

47. *Id.*, par. 82.

du conception d'architecture constitutionnelle, la Cour suprême donne l'impression de préparer le terrain pour sa prochaine décision où cette conception jouera un rôle encore plus singulier.

En effet, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême réaffirme le principe mis en avant dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « La notion d'architecture exprime le principe selon lequel "[c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure"<sup>48</sup> ». Reprenant ensuite l'argumentaire des *amici curiae* concernant les modifications constitutionnelles, elle écrit que « la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture<sup>49</sup>. »

De manière éclairante, la Cour suprême opère ensuite une distinction des plus intéressantes. Pour parler de ce que protège la procédure de révision, elle indique ceci : « Les termes qui y sont utilisés servent de guides pour déterminer quels aspects de notre système de gouvernement font partie du *contenu* constitutionnel protégé<sup>50</sup>. » Cette distinction entre *contenu* constitutionnellement protégé et *dispositions constitutionnelles* s'inscrit directement dans une conception de la Constitution comme formant un réseau. En effet, on ne cherche pas à protéger uniquement le *texte* des lois constitutionnelles, comme l'imposerait une conception positiviste. On veut surtout défendre la *structure* de la Constitution, le contenu de son architecture fondamentale, que ce contenu se trouve dans la Constitution écrite ou dans une loi ordinaire, qu'il soit dégagé de la jurisprudence ou encore qu'il soit simplement inhérent à la Constitution.

En faisant du concept d'architecture l'élément fondamental de son raisonnement, la Cour suprême lui donne aussi un contenu plus précis : « Autrement dit, la Constitution doit être interprétée de façon à discerner la structure de gouvernement qu'elle vise à mettre en œuvre. Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu'à son application<sup>51</sup>. »

48. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 36, par. 26.

49. *Id.*, par. 27.

50. *Id.*, par. 64 (l'italique est de nous).

51. *Id.*, par. 26. La Cour mentionne ensuite le concept d'architecture constitutionnelle, et ce, à plusieurs reprises : voir les paragraphes 53, 54, 59, 60, 70 et 97.

La Cour suprême propose donc une vision du constitutionnalisme canadien plus dynamique et mieux adaptée à la réalité institutionnelle du pays et à l'état de son droit constitutionnel plutôt composite. Lorsqu'elle parle d'*interactions* entre les dispositions, d'une *interprétation* tenant compte de l'ensemble de la structure et de *répercussions* sur l'architecture constitutionnelle, il est clair qu'elle envisage la Constitution comme un ensemble, un tout doté d'une certaine cohérence. C'est évidemment une conception qui se rapproche largement de celle qu'ont élaborée François Ost et Michel van de Kerchove : « L'architecture de la Constitution, ce n'est ni plus ni moins qu'une invitation à se débarrasser de notre conception positiviste héritée de la pyramide des normes de Kelsen pour en privilégier une beaucoup plus actuelle se rapprochant grandement du réseau<sup>52</sup>. » En toute cohérence avec ce qui précède, nous croyons donc qu'une structure constitutionnelle représentée par l'image de l'art qu'est l'architecture donne à la Constitution canadienne une forme plus intégrée et dynamique.

### 1.2.3 L'architecture constitutionnelle après les renvois de 2014— Le déploiement de l'image

Après ces deux renvois fondamentaux de 2014, où la Cour suprême a placé le concept d'architecture constitutionnelle au devant de la scène, la jurisprudence et la doctrine lui ont rapidement donné la réplique. D'abord, en jurisprudence, plusieurs décisions ont utilisé l'image de l'architecture constitutionnelle, pas seulement en citant la Cour suprême, mais en s'appropriant elles-mêmes le concept et en l'incluant dans leur propre lexique. Parmi les tribunaux ayant jusqu'à présent fait référence à l'architecture de la Constitution, on compte notamment la Cour d'appel du Québec<sup>53</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario<sup>54</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>55</sup>,

52. Dave GUÉNETTE, « La modification constitutionnelle au Canada – Quelle procédure de révision pour quelle Constitution ? », (2015) *R.B.D.C.* 417, 452.

53. *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654, par. 39 : « Ensuite, la Constitution, par son architecture et ses principes sous-jacents, incluant la *Charte des droits et libertés*, exige que les tribunaux et leurs juges soient indépendants de toute pression extérieure, agissent de manière impartiale et soient perçus comme tels par le public. »

54. *McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, par. 74 : « Rather than undermining freedom of expression, the oath amounts to an affirmation of the societal values and constitutional architecture of this country, which promote and protect expression. »

55. *Garber v. Canada (Attorney General)*, 2015 BCCA 385, résumé : « There is no error in allowing different actions to proceed in different courts, and the order is consistent with the constitutional architecture by which the superior courts of the province retain full inherent jurisdiction. »

la Cour d'appel fédérale<sup>56</sup> et quelques tribunaux de première instance<sup>57</sup>. Ceux-ci, sans avoir réellement donné une dimension nouvelle et originale à l'architecture constitutionnelle, contribuent néanmoins à en faire une utilisation plus soutenue et applicable à des matières allant au-delà des enjeux institutionnels de la fédération canadienne. En effet, alors que les renvois de 2014 portent sur la Cour suprême et le Sénat, les décisions qui ont suivi ont utilisé le concept d'architecture pour l'appliquer notamment à des matières comme les droits et libertés de la personne<sup>58</sup>, le fédéralisme et les droits des peuples autochtones<sup>59</sup> et même la compétence inhérente des cours supérieures au Canada<sup>60</sup>. L'image de l'architecture constitutionnelle joue donc un rôle de plus en plus important dans le raisonnement des juges de différentes instances au Canada.

L'architecture constitutionnelle inspire également les auteurs de doctrine. À cet effet, depuis les renvois de 2014, plusieurs se sont penchés sur cette notion<sup>61</sup>. La plupart d'entre eux ont alors insisté sur son apport à une vision plus large et englobante de la Constitution et de la procédure de révision qui la protège<sup>62</sup>, sur la *structure* que l'image de l'architecture dépeint<sup>63</sup> et sur le fait qu'une *interprétation* de la Constitution doit tenir compte de cette même structure<sup>64</sup>. Ainsi, de nombreux auteurs

56. *Galati v. Harper*, 2016 FCA 39, par. 11, 27, 29, 30 et 33.

57. Voir notamment : *Galati c. Canada (Premier ministre)*, 2014 CF 1088 ; *R. v. Bloom*, 2016 ONCJ 8 ; *Motard c. Canada (Procureure générale)*, 2016 QCCS 588.

58. *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, préc., note 53 ; *McAteer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 54.

59. *R. v. Bloom*, préc., note 57, par. 1 : « This case is one of many that illustrate, if here in miniature, the continuing tension between federal and provincial governments and First Nations peoples respecting the latters' claims to meaningful recognition of their "rights" to sovereignty, self-governance and self-determination. »

60. *Garber v. Canada (Attorney General)*, préc., note 55.

61. Voir notamment le numéro thématique de la *Revue de droit de McGill* en 2015, qui porte sur le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*.

62. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 236 ; Kate GLOVER, « The Supreme Court in a Pluralistic World: Four Readings of a Reference », (2015) 60 *R.D. McGill* 839, 846 : « It established that, for the purposes of Part V, an "amendment to the Constitution of Canada" can include changes to constitutional text as well as to constitutional architecture » ; D. GUÉNETTE, préc., note 52.

63. Noura KARAZIVAN, « De la structure constitutionnelle dans le Renvoi relatif au Sénat : vers une gestalt constitutionnelle ? », (2015) 60 *R.D. McGill* 793 ; D. GUÉNETTE, préc., note 52.

64. N. KARAZIVAN, préc., note 63 ; Kate GLOVER, « Structure, Substance and Spirit : Lessons in Constitutional Architecture from the *Senate Reform Reference* », (2014) 67 *S.C.L.R.* (2d) 221, 229 : « When we examine the Constitution through an architectural lens, we abandon the fiction that constitutional meaning is found in the content of explicit

sont demeurés dans la suite logique de la conception élaborée par la Cour suprême.

D'autres auteurs, poussant plus loin la réflexion, ont cherché à explorer davantage cette image de l'architecture, de manière à connaître non seulement sa réelle portée, mais aussi ses limites et ses imperfections. Leur raisonnement met par exemple en lumière que l'on pouvait déjà trouver depuis plusieurs décennies, dans la jurisprudence constitutionnelle, des références à la structure de la Constitution comme ayant une certaine force interprétative<sup>65</sup>, mais que le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat* «takes constitutional architecture further<sup>66</sup>» et donne à celle-ci une certaine force normative<sup>67</sup>. Néanmoins, on précise également que l'architecture constitutionnelle «remains, at the end of the day, an interpretative technique, not a full-blown legal norm<sup>68</sup>».

Certains auteurs insistent en outre sur «the flexibility of our constitutional architecture<sup>69</sup>», arguant que la Cour suprême a «rendu plus mouvante cette notion de structure. On se rapproche en effet de l'idée de chantier en perpétuelle construction plutôt que de celle d'architecture solide<sup>70</sup>.» De cette *flexibilité* et de ce *chantier en perpétuelle construction* de la structure constitutionnelle, deux courants de pensée émergent. Pour les uns, la notion d'architecture permet une meilleure cohérence de l'ensemble des sources de la Constitution du Canada : «La notion d'architecture, et peut-être encore plus de structure, renvoie à une certaine cohésion matérielle<sup>71</sup>.» Pour les autres, elle est plutôt synonyme d'ambiguïté : «the appeal to the constitution's broader architecture introduces ambiguity where a focus on a contextual reading [...] would have sufficed<sup>72</sup>» et d'obscurité : «the Court's appeal to the basic structure or architecture of the constitution ultimately obscures rather than clarifies the dividing line

---

language alone. We embrace the possibility that we cannot, and need not, explicitly capture in words the implicit values, tacit understandings and animating principles that underlie the Constitution. We come to appreciate the expressive character of structure.»

65. K. GLOVER, préc., note 62, 845.

66. *Id.*, 846.

67. *Id.* ; K. GLOVER, préc., note 64, 252 et 253.

68. Warren J. NEWMAN, «Of Castles and Living Trees: The Metaphorical and Structural Constitution», (2015) 9 *J. Parliamentary & Pol. L.* 471, 495.

69. Emmett MACFARLANE, «Unsteady Architecture: Ambiguity, the *Senate Reference*, and the Future of Constitutional Amendment in Canada», (2015) 60 *R.D. McGill* 883, 893.

70. N. KARAZIVAN, préc., note 63, 837 et 838.

71. *Id.*, 795.

72. E. MACFARLANE, préc., note 69, 900.

between the various amending procedures<sup>73</sup> ». De toute cette opération, c'est l'influence des juges et de leur interprétation constitutionnelle qui semble s'en trouver amplifiée : « A reliance on the concept of the constitution's architecture also gives the justices considerable discretion in choosing how to locate and define specific issues depending on how they view the broader governing structure<sup>74</sup>. »

En ce qui nous concerne, nous croyons que le concept d'architecture permet à la Cour suprême de remettre un peu d'ordre et de cohésion en droit constitutionnel canadien : « The notion of “architecture” reinforces a sense of internal logic and consistency (and thereby, legitimacy) attendant upon the *idea* of a constitution<sup>75</sup>. » En effet, malgré les critiques qui reprochent à la notion d'architecture d'être ambiguë et obscure — critiques fondées à certains égards —, celle-ci n'est qu'un moyen de pallier la désuétude, les vides et les silences de la Constitution formelle<sup>76</sup>. Si cette dernière était elle-même plus limpide, le recours à une représentation architecturale pour l'interpréter serait d'une utilité moindre. Ainsi, c'est en quelque sorte la nature du droit constitutionnel canadien qui impose, ou du moins qui rend plus approprié, la mise sur pied de ce type de concepts interprétatifs. Ceux-ci permettent alors d'y voir plus clair et de mieux comprendre la structure de l'ordre constitutionnel qui gouverne le pays<sup>77</sup>. En ce sens, nous sommes plutôt favorable à cette conception de l'architecture constitutionnelle, car nous y voyons un moyen d'éviter certaines conséquences et incohérences que la nature incomplète et parcellaire du droit constitutionnel canadien serait susceptible de produire.

Ainsi, il ressort clairement de notre analyse que le concept d'architecture de la Constitution est en plein déploiement depuis les renvois de 2014 et qu'il s'installe dans le paysage juridique canadien comme une nouvelle métaphore de la Constitution. Cette métaphore étant toujours relativement nouvelle, il demeure toutefois de nombreuses questions à propos de cette

73. *Id.*, 903.

74. *Id.*, 888.

75. W.J. NEWMAN, préc., note 68, 496.

76. Sur les vides et les silences de la Constitution, voir notre article publié dans le numéro thématique précédent de la revue *Les Cahiers de droit*, qui portait justement sur le silence : Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens – Expression d'une constitution encore inachevée », (2015) 56 *C. de D.* 411.

77. W.J. NEWMAN, préc., note 68, 496 : « Pedagogically, it assists in explaining why the Constitution is more than a series of legal provisions on paper. »

image de l'architecture constitutionnelle<sup>78</sup>, lesquelles nécessiteront éventuellement une clarification de la Cour suprême, de même qu'une étude plus exhaustive de la doctrine.

Or, si cette image de l'architecture a définitivement un impact sur la représentation que l'on peut se faire de la *structure* de la Constitution canadienne, son apport en tant que *métaphore* n'est pas non plus négligeable. En effet, une métaphore juste et porteuse n'est en rien superflue en droit constitutionnel canadien, comme en témoigne celle de l'*arbre vivant*, qui a été citée à d'innombrables reprises. En ce sens, nous croyons que l'*architecture* représente elle-même une métaphore appropriée et contemporaine de la structure de la Constitution du Canada. Nous aborderons maintenant cette autre *dimension artistique* de l'architecture constitutionnelle.

## 2 L'architecture constitutionnelle et son potentiel comme métaphore de la Constitution

Si, pour Shakespeare, *le monde est un théâtre* où certains ont le rôle d'être triste<sup>79</sup>, Verlaine, lui, n'a nul besoin de ce rôle pour sentir son cœur être blessé, *les sanglots longs des violons de l'automne* lui suffisant amplement<sup>80</sup>. Pour sa part, Berlioz voit dans *l'amour un flambeau, une flamme*<sup>81</sup>, alors que Mahler évoque *le chant de la Terre* pour exprimer et masquer tout à la fois sa profonde tristesse<sup>82</sup>. Ces quatre grands artistes emploient la figure de style métaphorique de manière à donner à leurs propos un sens et une charge différente. Comparant le vent d'automne au son que fait un violon, Verlaine rappelle l'émotion mélancolique parfois ressentie à l'écoute d'une mélodie jouée à l'aide de cet instrument. Assimilant le monde à un théâtre où tous ont leur rôle à jouer, Shakespeare imprègne son personnage d'une destinée qui lui est toute tracée et sur laquelle celui-ci n'a que peu d'influence. Berlioz, pour sa part, use de la métaphore pour illustrer le sentiment d'amour bipolaire entre Béatrice et

78. K. Glover, préc., note 64, 250 :

Of course, many questions remain for future cases : What is the scope of the constitutional architecture that is entrenched ? How do we determine the difference between entrenched and unentrenched architecture ? What are the essential features of the institutions that comprise Canada's constitutional architecture ? Are there architectural elements, like the unwritten principles perhaps, that cannot be amended under Part V ? At what point does an amendment to the constitutional architecture take us outside the existing constitutional scaffolding and into a new constitutional order ?

79. *Le marchand de Venise*, pièce de théâtre de William Shakespeare.

80. *Chanson d'automne*, poème de Paul Verlaine.

81. *Béatrice et Bénédict*, opéra d'Hector Berlioz.

82. *Le chant de la Terre*, symphonie de Gustav Mahler.

Bénédict, alors que Mahler se réfère au chant de la Terre pour verbaliser le paradoxe intérieur intense qu'il vit lors d'une période sombre au crépuscule de son existence. L'architecte Frank Lloyd Wright utilise lui-même une métaphore lorsqu'il fait l'éloge de la cinquième symphonie de Beethoven, qualifiant celle-ci de « noblest thought-built edifice in our world<sup>83</sup> ».

L'emploi d'une métaphore et son choix parlent autant de la créativité de celui qui la met en avant, de son état d'esprit et de ses centres d'intérêt que de l'objet sur laquelle elle porte. Une métaphore permet également à celui qui la reçoit d'en avoir sa propre compréhension et de l'appréhender selon sa vision des choses. Ce procédé de langage sert donc tant son auteur que l'amateur de littérature, de poésie, de théâtre ou de musique classique qui en bénéficie. En représentant une réalité à travers un prisme nouveau, la métaphore lui donne ainsi un sens plus imagé et chargé d'une connotation différente. En outre, elle possède un potentiel explicatif et pédagogique important. Malgré son caractère imparfait<sup>84</sup>, elle permet notamment d'illustrer une situation complexe, et éventuellement difficile à décrire, à l'aide d'une image pouvant en résumer rapidement et efficacement les grandes lignes.

Les juristes n'hésitent d'ailleurs pas à user de la métaphore pour décrire leur objet d'étude<sup>85</sup>. Déjà, nous avons abordé les métaphores de la *pyramide* pour illustrer un ordre juridique hiérarchisé et celle du *réseau* comme représentation plus dynamique de cet ordre juridique. Ces deux conceptions, en cherchant à décrire des réalités fort complexes à travers de simples images, représentent des métaphores porteuses d'une créativité certaine. La Constitution du Canada a elle-même été l'objet de nombreuses métaphores par le passé. Nous aborderons maintenant quelques-unes

83. L.S. DUSHKES, préc., note 1, p. 111.

84. W.J. NEWMAN, préc., note 68, 497 : « It must be acknowledged, however, that it remains a metaphor, and all metaphors are imperfect analogies for reality. »

85. Voir par exemple : François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 67 ; Louise LALONDE, « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », (2012) 68 *R.I.E.J.* 49. Il est par ailleurs intéressant de noter le dialogue et les échanges entre ces auteurs au sujet de leurs propres métaphores. Voici ce qu'écrit Lalonde à la page 53 :

La métaphore du balcon, reprise par Ost et van de Kerchove [...], dépeint la nécessité du recours à une matrice disciplinaire externe au phénomène juridique, dont la distance éloigne de la scène, tout en offrant la possibilité de comprendre la dynamique des acteurs au-deçà et au-delà du texte. Au balcon, la métathéorie réflexive substitue les coulisses, au sens propre, comme arrière-scène octroyant à la fois la distance tout en permettant l'observation de la scène et de ses faces cachées. Les coulisses sont dans leur acception figurée les lieux cachés et méconnus.

de celles-ci (2.1), pour ensuite nous pencher sur le potentiel explicatif et descriptif de la métaphore de l'architecture constitutionnelle (2.2).

## 2.1 Les différentes métaphores de la Constitution —

### *De l'arbre vivant au dialogue*

La Constitution du Canada et le droit constitutionnel du pays ont vu, au rythme de l'évolution historique de la fédération, de nombreuses métaphores être employées pour les décrire. Certaines avaient pour objectif de représenter la structure de la Constitution canadienne, alors que d'autres concernaient davantage la description du rôle de certaines institutions. Ces métaphores ont toutes utilisé des images — parfois plutôt originales — pour décrire une réalité relativement complexe. Dans cette partie, nous aborderons, en premier lieu, l'image de l'*arbre vivant* comme métaphore ayant véritablement marqué le droit constitutionnel canadien (2.1.1) ; nous examinerons, en second lieu, quelques autres métaphores un peu moins notables, mais permettant tout de même de démontrer que le fait de se représenter son objet d'étude à l'aide de cette figure de style est un exercice fréquent chez le juriste canadien (2.1.2).

### 2.1.1 L'arbre vivant de la Constitution —

#### **Une métaphore jurisprudentielle marquante**

Nous devons la métaphore de l'*arbre vivant* au Conseil privé de Londres. En 1930, celui-ci affirmait : « *The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention*<sup>86</sup>. » Ainsi, une constitution représentée par l'image d'un arbre vivant capable de grandir et d'évoluer à l'intérieur de ses limites naturelles permettait au Conseil privé de favoriser *une interprétation large et libérale* des textes constitutionnels canadiens<sup>87</sup>.

Cette métaphore part donc du double principe qu'il existe des éléments structuraux en droit constitutionnel canadien desquels on ne peut faire abstraction — comme les racines, le tronc de l'arbre —, mais également

86. *Edwards v. Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 124, 136 (l'italique est de nous).

87. Notons, par ailleurs, qu'il existe également en Belgique une métaphore constitutionnelle de l'*arbre vivant* ainsi présentée par Pierre WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 178 : « Les constituants n'ont pas enraciné dans le terreau belge un arbre mort mais un arbre vivant. Dans son tronc et ses branches la sève circule. C'est une condition essentielle pour que cet arbre ne soit pas arraché au premier orage politique. Au contraire, le vent jouant dans ses branches doit faciliter la floraison et le développement de nouveaux rameaux. »

que la Constitution poursuit toujours son évolution naturelle, notamment à travers ses branches et ses feuilles. C'est d'ailleurs le principal apport de cette métaphore : elle établit un *principe d'interprétation évolutif* pour la Constitution canadienne, donc beaucoup plus en phase avec une vision dynamique et créative de cette dernière. Ce faisant, elle refuse du même coup le courant d'interprétation originaliste<sup>88</sup>.

Ce courant d'interprétation évolutif règne donc depuis presque toujours dans la jurisprudence constitutionnelle au Canada<sup>89</sup>. La Cour suprême se sert d'ailleurs de ce principe régulièrement pour rejeter des interprétations allant à l'encontre de l'évolution *naturelle* non seulement de la Constitution, mais aussi de la société qui constitue son environnement<sup>90</sup>. C'est le cas par exemple de ses motifs dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*<sup>91</sup>, où elle refuse la possibilité que la notion de *mariage* soit un concept figé par la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>92</sup> : « Le raisonnement fondé sur l'existence de “concepts figés” va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne<sup>93</sup>. » Réaffirmant que l'interprétation évolutive représente *l'un des principes les plus fondamentaux* en droit constitutionnel canadien, la Cour suprême insiste du même coup sur l'importance de la métaphore de *l'arbre vivant*<sup>94</sup>.

88. Marc VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la *common law* ? Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien », dans Ghislain OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, p. 41, à la page 50 : « Cette métaphore de l'“arbre vivant” exprime un rejet de longue date des méthodes d'interprétation dites “originalistes” en droit constitutionnel canadien. »

89. *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 144 : « La métaphore de “l'arbre vivant” illustre bien la manière dont notre Constitution peut, avec le temps, s'adapter aux réalités nouvelles. »

90. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9 : « À la première étape de l'analyse, pour déterminer la rubrique de compétence, la Cour adopte une approche évolutive de façon à ce que le pacte confédératif puisse répondre aux réalités nouvelles. La Cour a d'ailleurs employé à de nombreuses reprises la métaphore de l'arbre vivant. »

91. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.

92. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

93. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 91, par. 22.

94. Voir aussi le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 27, par. 52 : « Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [...] “arbre vivant” selon la célèbre description [du Conseil privé]. »

Ainsi, il devient indéniable que cette métaphore occupe une place centrale dans l'univers constitutionnel au pays. Elle est citée à de nombreuses reprises par la Cour suprême<sup>95</sup>, et le tribunal ne laisse aucun doute sur toute l'autorité qu'il y accorde : « Notre Cour a toujours souscrit au principe de l'arbre vivant, un précepte fondamental d'interprétation constitutionnelle<sup>96</sup>. » Toujours au sujet de cette métaphore, Stéphane Bernatchez et Marc-André Russell, quant à eux, affirment que « l'histoire constitutionnelle démontre qu'elle a eu un impact déterminant sur la façon d'interpréter la Constitution du Canada<sup>97</sup> ».

La métaphore de l'*arbre vivant*, loin d'entrer en contradiction avec celle de l'*architecture constitutionnelle*, s'inscrit plutôt elle aussi dans une conception dynamique et intégrée de l'ordre constitutionnel canadien<sup>98</sup>. En effet, « souvent utilisée par les juges de la Cour suprême du Canada pour expliquer leur démarche interprétative de textes constitutionnels qui contiennent inévitablement des notions floues<sup>99</sup> », cette métaphore et celle de l'architecture peuvent même avoir pour effet de se compléter. Alors que la représentation de la Constitution canadienne tel un arbre vivant met l'accent sur une *interprétation évolutive* du texte, la métaphore de l'architecture mise plutôt sur sa *structure intégrée et dynamique*. En ce sens, les métaphores de l'*arbre vivant* et de l'*architecture constitutionnelle*, loin de se contredire, nous semblent plutôt complémentaires. Elles peuvent donc parfaitement cohabiter simultanément comme métaphores justes et pertinentes dans le cas de la Constitution canadienne<sup>100</sup>.

95. Jeanne SIMARD et Marc-André MORENCY, « L'interprétation du droit par les juristes : la place de la délibération éthique », *Les Ateliers de l'éthique*, vol. 6, n° 2, 2011, p. 26, à la page 36 : « Dans nos recherches sur le site de la Cour suprême du Canada, nous avons répertorié au moins 17 jugements ayant recours spécifiquement à cette métaphore. »

96. *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 40.

97. Stéphane BERNATCHEZ et Marc-André RUSSELL, *Grandeur et misère de la théorie du dialogue en droit constitutionnel canadien*, Université libre de Bruxelles, 2008, p. 1, [En ligne], [dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme\_2/contributions/BERNATCHEZ\_et\_RUSSELL-2-20081217.pdf] (10 avril 2016).

98. Nous répondons ainsi à K. GLOVER, préc., note 62, 852, qui pose la question suivante : « [Is] there a problem of mixing metaphors when we focus on “constitutional architecture” within the “living tree” ? » Pour notre part, nous croyons plutôt que les deux peuvent et doivent cohabiter.

99. J. SIMARD et M.-A. MORENCY, préc., note 95, à la page 36.

100. À ce titre, il est intéressant de noter que même W.J. NEWMAN, préc., note 68, 473, pour qui les métaphores de l'arbre vivant et de l'architecture appartiennent à des catégories différentes – soit les *structural metaphors* pour l'architecture et les *animating metaphors* pour l'arbre vivant –, en vient à la conclusion que, « employed wisely, the metaphor of “constitutional architecture” can assist in construing the provisions of the

Rappelons d'ailleurs, à titre de rapprochement entre ces deux métaphores, une critique fréquemment adressée à l'image de l'*arbre vivant* qui est également faite à l'*architecture constitutionnelle* : toutes les deux ont pour effet d'octroyer une marge de manœuvre considérable aux magistrats en leur donnant un cadre relativement souple pour interpréter la Constitution. Effectivement, plusieurs auteurs estiment « que la métaphore de l'arbre vivant [...] favorise la création judiciaire du droit, surtout dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>101</sup> ».

L'image de l'*arbre vivant* et le principe d'interprétation qui l'accompagne ont donc marqué le droit constitutionnel du Canada. Aujourd'hui encore, on fait souvent référence à cette figure de style, preuve qu'une métaphore pertinente et juste de l'ordre constitutionnel canadien n'est en rien superflue. Peut-être eux-mêmes inspirés par le succès de l'image de l'*arbre vivant*—et laissant libre cours à leur imagination—, plusieurs auteurs de doctrine ont entrepris d'établir de nouvelles métaphores applicables au droit constitutionnel canadien. Nous en aborderons rapidement quelques-unes dans la section qui suit.

### 2.1.2 Quelques métaphores en doctrine—Une brève démonstration de la créativité des juristes

Nous l'avons dit précédemment, le recours à la métaphore en droit se justifie notamment par l'efficacité de ce processus. Ainsi, à l'aide d'une simple image, le juriste—se transformant alors en littéraire maniant aussi habilement la plume *froide* et *aride* du droit que la figure de style *fantaisiste* et *imaginative* de l'art<sup>102</sup>—est en mesure de décrire avec précision

---

Constitution without supplanting the competing – and equally important – metaphor of the “living tree” ». Il semble donc croire, lui aussi, que ces deux métaphores peuvent parfaitement cohabiter.

101. Stéphane BERNATCHEZ, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et sociétés*, vol. 19, n<sup>os</sup> 2-3, 2000, p. 89, à la page 99. À cette critique, la Cour suprême répond que « la doctrine de “l'arbre vivant” n'est pas foncièrement liée à une conception particulière de la fonction judiciaire » et qu'elle peut avoir pour effet « que le tribunal se contente de dire le droit [s'appliquant] au pays », ou encore plutôt de reconnaître « que le droit a changé [et] qu'il faut tenir compte de cette évolution » : *Canada (Procureur général) c. Hislop*, préc., note 89, par. 95.

102. Nous reprenons ici les termes de l'appel de textes du présent numéro thématique : LES CAHIERS DE DROIT, « Appel de textes », [En ligne], [www.cahiersdedroit.fd.ulaval.ca/fr/appele-de-textes] (10 avril 2016) : « De prime abord, droit et art ne font pas bon ménage. À l'aridité et à la froideur de l'un s'opposent la fantaisie et l'imagination attachées à l'autre. »

et concision une réalité juridique complexe<sup>103</sup>. Cela explique en partie la présence de si nombreuses métaphores en droit constitutionnel canadien. Parmi celles-ci, nous jetterons un bref regard sur celles du *mille-feuille* et de l'*île flottante* comme des représentations de la *structure* de la Constitution canadienne, puis sur celles du *dialogue*, de l'*arbitre*, du *gardien*, du *conseiller* et de la *tour de Pise*, illustrant plutôt le rôle et le positionnement de la Cour suprême au Canada.

D'abord, la métaphore du *mille-feuille*, « fondée sur l'idée de continuité historique » de la fédération canadienne, « véhicule bien l'idée d'un ordre juridique stratifié, où s'accumulent des couches successives de normes constitutionnelles écrites et non écrites forgées par les organes législatifs, exécutifs et judiciaires du Royaume-Uni, du fédéral et des provinces<sup>104</sup> ». En ce sens, c'est une représentation on ne peut plus pertinente de ce qu'affirment Jacques-Yvan Morin et José Woehrling : « La Constitution actuelle est en effet le produit d'une accumulation plus que centenaire de règles d'origine et de nature diverses<sup>105</sup>. » L'image du *mille-feuille* est donc caractéristique de la nature évolutive de la Constitution du Canada.

La métaphore de l'*île flottante*, elle, toujours pour décrire la structure de la Constitution, renvoie à une image « où le droit constitutionnel se veut composé d'un petit noyau de normes écrites, supralégislatives ou formelles qui [...] baigne dans un "magma" [...] où l'on retrouve un ensemble hétérogène de normes<sup>106</sup> » constitutionnellement matérielles. Ainsi, la métaphore de l'*île flottante*, plutôt que d'adopter une approche *historique* comme le fait celle du *mille-feuille*, insiste plutôt sur la distinction entre constitution formelle et constitution matérielle.

Il existe ainsi en droit constitutionnel canadien plusieurs métaphores ayant pour objectif de décrire la *structure* complexe de sa loi fondamentale. Par ailleurs, il est pour le moins singulier de constater la fréquence à laquelle celles-ci trouvent un fondement organique, le tout sans oublier les

---

103. Voir, à titre d'exemple, P. TAILLON et A. BINETTE, préc., note 24 : « la métaphore kelsenienne de la pyramide normative, devient, au Canada, concurrencée par d'autres métaphores également capables de rendre compte de la complexité des catégories de sources juridiques en présence ».

104. *Id.*

105. J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 23, p. 133.

106. P. TAILLON et A. BINETTE, préc., note 24.

nombreuses références au *fruit constitutionnel canadien*<sup>107</sup> qui ne serait pas mûr, ou encore à l'*absence d'appétit* pour la chose constitutionnelle<sup>108</sup>.

Outre les métaphores qui portent sur la structure de la Constitution, d'autres abordent le rôle de la Cour suprême et la manière dont elle entre en interaction avec les autres institutions de la fédération canadienne. La métaphore la plus significative à cet effet est certainement celle du dialogue<sup>109</sup>. Selon cette dernière, lorsque la Cour suprême se prête à l'exercice du contrôle de la conformité des lois avec la Constitution, elle entre alors dans une forme de dialogue avec les assemblées législatives du fédéral et des provinces. En effet, cette « métaphore a été proposée par la doctrine et reprise par la jurisprudence, afin de décrire l'action constitutionnelle des tribunaux [...] dans le cadre du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois<sup>110</sup> ».

D'abord l'œuvre de Peter Hogg et Allison Bushell<sup>111</sup>, la métaphore du dialogue propose d'analyser « la dynamique constitutionnelle de la *Charte canadienne des droits et libertés* sous l'angle d'un dialogue entre les tribunaux et les législateurs<sup>112</sup> ». Cette image a ensuite été reprise par la Cour suprême elle-même, d'abord dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*<sup>113</sup>, puis à de multiples autres reprises<sup>114</sup>, ce qui démontre ainsi le caractère adapté et la force probante de cette métaphore. Quant à son assise, c'est-à-dire ce que cette image tente d'illustrer, Jean Leclair affirme que « [l']approche dialogique se fonde sur l'idée que les assemblées législatives, autant que les tribunaux, ont un rôle à jouer dans l'interprétation de la Constitution<sup>115</sup> ».

107. Paul JOURNET, « Souveraineté: le fruit constitutionnel au congélateur », *La Presse*, 8 avril 2012, [En ligne], [www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201204/07/01-4513361-souverainete-le-fruit-constitutionnel-au-congeleateur.php] (10 avril 2016).

108. LA PRESSE CANADIENNE, « 71 % des Québécois ont un appétit constitutionnel », *Le Devoir*, 26 mars 2012, [En ligne], [www.ledevoir.com/politique/canada/345945/sondage-71-des-quebecois-ont-un-appetit-constitutionnel] (10 avril 2016).

109. Jean LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) *R. du B.* 377 ; S. BERNATCHEZ et M.-A. RUSSELL, préc., note 97.

110. S. BERNATCHEZ et M.-A. RUSSELL, préc., note 97, p. 1.

111. Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

112. S. BERNATCHEZ et M.-A. RUSSELL, préc., note 97, p. 1.

113. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

114. S. BERNATCHEZ et M.-A. RUSSELL, préc., note 97.

115. J. LECLAIR, préc., note 109, 381.

En plus de sa pertinence, reconnue par la Cour suprême, l'image du *dialogue* a en quelque sorte constitué le fondement de quelques autres métaphores de la Constitution, soit celles de l'*arbitre*, du *gardien* et du *conseiller*<sup>116</sup>. La métaphore de l'*arbitre* est employée pour illustrer le rôle de la Cour suprême dans les différends entre le fédéral et les provinces<sup>117</sup>. Elle prend racine dans la théorie du fédéralisme, où la présence d'un arbitre constitutionnel indépendant représente l'un des piliers essentiels<sup>118</sup>. La métaphore du *gardien*, pour sa part, sert plutôt à imaginer le rôle de la Cour suprême à l'égard du texte constitutionnel, particulièrement de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>119</sup>. L'institution agit alors à titre d'ultime rempart devant veiller à la protection de la loi fondamentale du Canada. Enfin, la métaphore du *conseiller* exprime le rôle de la Cour suprême lorsqu'on lui pose des questions sur des enjeux bien précis<sup>120</sup>, par exemple à l'occasion des procédures de renvoi de la part du gouvernement fédéral. La Cour suprême *conseille* alors ce dernier, à sa demande et sur des questions bien souvent fondamentales.

Enfin, en ce qui a trait aux tendances jurisprudentielles de la Cour suprême, mentionnons qu'il existe également la métaphore — que l'on doit à Maurice Duplessis — selon laquelle la Cour serait comme la *tour de Pise*<sup>121</sup>, en ce qu'elle pencherait toujours du même côté, soit celui des fédéralistes plutôt que centralisateurs. Si cette métaphore n'a pas un potentiel explicatif très étendu, elle demeure fort évocatrice quant à l'image qu'elle projette.

Ces différentes métaphores ne sont que quelques-unes de celles qui marquent l'étude du droit constitutionnel au pays<sup>122</sup>. L'emploi de cette figure de style, par le juriste canadien, est donc d'une certaine récurrence. À cet effet, l'architecture constitutionnelle représente elle-même une image

116. K. GLOVER, préc., note 62, 850 : « In this sense, they mirror another metaphor – institutional dialogue – that often frames conversations about the Court's institutional relationships. »

117. *Id.*, 849 : « The umpire metaphor is used to describe the Court's role in federalism cases. »

118. Eugénie BROUILLET, *L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003, p. 94-100.

119. K. GLOVER, préc., note 62, 849 : « the guardian metaphor is used in the Charter context ».

120. *Id.* : « as advisor, the Court counseled the federal executive on the proper procedure for amending the constitution ».

121. Sébastien GRAMMOND, « Le bouc émissaire », *Le Devoir*, 19 avril 2014, [En ligne], [www.ledevoir.com/politique/quebec/406000/le-bouc-emissaire] (8 juin 2016) : « la célèbre boutade de Duplessis voulant que la Cour suprême, telle la tour de Pise, penche toujours du même côté ».

122. Voir, par exemple, W.J. NEWMAN, préc., note 68, et son analyse des métaphores de la *tapisserie*, du *navire de l'État* et du *château* pour d'autres images à cet effet.

qu'il serait pertinent d'approfondir davantage de manière à en établir vraiment le potentiel en tant que métaphore.

## **2.2 Le potentiel de l'architecture constitutionnelle—Plaidoyer pour une métaphore moderne plus complète de la Constitution**

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le concept d'architecture de la Constitution étant toujours nouveau, plusieurs questions se trouvent en suspens par rapport à celui-ci et de larges pans de la métaphore demeurent inexplorés. Pour cette raison, nous croyons utile et pertinent de chercher à développer un peu plus l'image de l'architecture, de manière à possiblement en accroître son potentiel en tant que métaphore. Nous procéderons ainsi sur trois fronts. D'abord, nous examinerons l'intégration des acteurs à la métaphore (2.2.1), puis la nature dynamique et évolutive de la Constitution (2.2.2), pour enfin terminer par la situation de l'architecture constitutionnelle, elle-même partie intégrante de réseaux plus vastes (2.2.3).

### **2.2.1 L'intégration des acteurs à la métaphore— Un architecte constitutionnel ?**

«Is the Court a constitutional architect<sup>123</sup> ?» La question de Kate Glover n'est ni simple ni banale, d'autant plus qu'elle trouve écho dans une critique formulée à l'endroit de la pyramide des normes de Kelsen, soit que le rôle des acteurs est complètement exclu du raisonnement. Or, tenir compte de leur rôle dans une représentation du système juridique s'avère indispensable. C'est d'ailleurs une tâche à laquelle se consacre la conception en réseau de François Ost et Michel van de Kerchove.

Selon nous, le rôle de la Cour suprême n'est pas réellement d'être l'architecte de la Constitution—bien qu'elle soit parfois forcée de s'adonner à cette tâche. Ce rôle d'architecte devrait formellement appartenir au pouvoir constituant. C'est en effet à celui-ci qu'il revient d'écrire et de modifier la loi fondamentale, et lui seul peut se pencher sur les *plans* de la Constitution, imaginer des *structures inédites*, lui donner de *nouvelles formes* ou encore *créer* ce qui est toujours inexistant. Le rôle de la Cour suprême, pour sa part, devrait plutôt être d'opérationnaliser ce qui existe, de donner forme à la structure imaginée par le constituant. En ce sens, si la Cour suprême peut parfois agir à titre d'architecte de la Constitution, elle ne devrait le faire que lorsque le pouvoir constituant n'aurait pas précédemment exercé pleinement cette fonction, ce qui laisserait ainsi un vide à combler.

---

123. K. GLOVER, préc., note 62, 852.

À cet égard, nous croyons que le rôle de la Cour suprême s'apparente davantage à celui d'un *ingénieur* chargé de la bonne mise en œuvre du *chantier* constitutionnel. Le constituant, tout comme l'architecte, imagine la structure de sa construction. Cependant, pour que celle-ci prenne forme, un nombre imposant de considérations pratiques doit également entrer dans l'équation. Or, l'architecte et le constituant ne peuvent pas toujours prévoir l'ensemble de celles-ci, outre qu'ils laissent parfois sciemment à d'autres le soin de se pencher sur ces questions et ces enjeux, considérant que ceux-ci seront plus à même de prendre les décisions appropriées. C'est alors que le rôle de la Cour suprême devient central. À titre d'ingénieure de la Constitution, elle doit s'assurer du respect de cette dernière, toujours en cherchant à demeurer fidèle aux plans mis en avant par son architecte<sup>124</sup>.

### 2.2.2 La nature dynamique et évolutive de la Constitution — Une œuvre sans fin

«In a strange way, architecture is really an unfinished thing, because even though the building is finished, it takes on a new life. It becomes part of a new dynamic: how people will occupy it, use it, think about it<sup>125</sup>» : si cette affirmation de l'architecte Daniel Libeskind s'applique bien à sa discipline, elle est tout aussi vraie pour la Constitution canadienne. Ainsi, lorsque le créateur achève son œuvre, il accepte du même coup, d'une certaine manière, d'en *perdre* le contrôle. Il laisse dès lors ceux qui se l'approprieront en faire l'utilisation qui leur plaira, mais toujours en étant liés par les contraintes imaginées et créées par lui.

On peut aisément appliquer le même raisonnement à la Constitution canadienne. De par sa nature non seulement incomplète, mais aussi dynamique et évolutive, la loi fondamentale du Canada demeure sujette à des interprétations parfois différentes de ce que le constituant pouvait originellement avoir prévu. En effet, tout en mettant en place une fondation rigide, elle reste conçue pour s'adapter à divers impératifs et à l'évolution de la société. Or, c'est exactement ce qu'illustre l'image de l'*architecture constitutionnelle*. Ainsi, pour reprendre les termes de Noura Karazivan, «[on] se rapproche en effet de l'idée de chantier en perpétuelle construction plutôt que de celle d'architecture solide<sup>126</sup>».

---

124. Voir, par exemple, l'affaire *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, par. 18, où la majorité de la Cour suprême affirme ceci : «La primauté de notre Constitution écrite demeure l'un des préceptes fondamentaux de notre régime constitutionnel.»

125. L.S. DUSHKES, préc., note 1, p. 138.

126. N. KARAZIVAN, préc., note 63, 837 et 838.

En ce sens, de la même manière que l'on ne conçoit pas la concrétisation physique d'une œuvre architecturale comme une fin en soi, on ne peut non plus raisonner ainsi pour la Constitution du Canada. Ces deux types de construction sont empreintes d'un dynamisme certain et poursuivent donc leur évolution et leur travail d'adaptation à leur environnement tout au long de leur existence.

### 2.2.3 L'architecture constitutionnelle, elle-même composante de réseaux plus vastes

« Le droit public est-il toute la science politique, en est-il complètement distinct ?<sup>127</sup> » Cette question appelle directement à l'interdisciplinarité et pose en quelque sorte le problème de savoir dans quelle mesure les différentes disciplines peuvent interagir. Or, il nous semble que ce *chantier en perpétuelle construction* qu'est l'architecture constitutionnelle ne peut être perçu comme évoluant en complète autarcie. Il s'inscrit plutôt, à l'instar de plusieurs autres *constructions*, dans une série de réseaux encore plus vastes.

Tout comme l'architecture est une discipline qui côtoie, dans le champ de l'aménagement, le design industriel et l'urbanisme, le droit constitutionnel, lui, interagit inévitablement avec d'autres matières comme le droit administratif, le droit international et la science politique. Si la métaphore de l'*architecture* est appropriée en ce qu'elle permet de décrire les interactions se déroulant à l'intérieur de l'édifice constitutionnel canadien, elle ouvre également la voie à la représentation de nombreux rapports d'influence mutuels pouvant provenir de l'extérieur de celui-ci, et donc du même coup à son insertion dans un environnement toujours plus empreint de dynamisme. En ce sens, l'architecture constitutionnelle s'inscrit elle-même dans une série de réseaux plus vastes et englobants avec lesquels elle entre constamment en interaction.

Pensons, par exemple, à la place singulièrement importante qu'occupent les conventions constitutionnelles au Canada. Celles-ci, pourtant de nature politique et ne pouvant donc pas être sanctionnées par les tribunaux<sup>128</sup>, n'en constituent pas moins un pilier fondamental de la structure

127. Jeanne HOUDE et Benoît LETTRE, « Droit public et science politique », (1965) 6 C. de D. 71.

128. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 880 : « Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. »

constitutionnelle canadienne<sup>129</sup>. Or, les conventions rendent aussi nécessaire de situer la Constitution dans son contexte politique et donc dans un ensemble plus large que le domaine juridico-constitutionnel. Ce faisant, elles représentent un ordre juridique qui évolue non pas indépendamment de son environnement, mais plutôt dans une certaine symbiose avec ce dernier.

La Constitution et son architecture dynamique—à titre de composantes de réseaux plus vastes—sont donc inévitablement au centre de rapports d'influence mutuels avec d'autres systèmes extérieurs au droit constitutionnel. La métaphore de l'*architecture*, en situant l'édifice constitutionnel canadien dans son contexte, permet donc de bien mettre en lumière ces différentes interactions, tant internes qu'externes par rapport à la Constitution.

## Conclusion

L'image de l'architecture constitutionnelle nous a inspiré la présente démonstration dans le contexte d'une réflexion sur l'art et le droit. Comme nous invitait à le faire l'appel de textes du présent numéro thématique, «pourquoi ne pas voir ou rechercher dans le droit, dans sa substance et dans ses dérivés, des œuvres d'art<sup>130</sup> ?» C'est précisément à cet exercice que nous nous sommes prêté.

Dans un premier temps, nous avons examiné la *structure* de la Constitution du Canada que l'image de l'architecture dépeint. En calquant cette représentation sur l'art qu'est l'architecture, la Cour suprême démontre qu'elle conçoit la Constitution du Canada comme une construction ayant une structure fondamentale non seulement dynamique et évolutive, mais également comparable à celle d'une œuvre d'art dont il importe d'avoir une vision d'ensemble pour réellement en saisir l'essence. Dans un second temps, nous nous sommes penché sur le procédé artistique de la *métaphore* pour montrer que le recours à celui-ci est fréquent en droit canadien et que l'image de l'architecture de la Constitution est en quelque sorte sa plus récente matérialisation. Ainsi, l'architecture constitutionnelle est porteuse de deux dimensions créatives différentes, mais évidemment complémentaires. C'est une construction juridique, aux tendances artistiques, dont

---

129. C'est ce qu'a dégagé la Cour suprême dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, et qui a été repris notamment par J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 23, p. 134, et par Gérald-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits & libertés*, 3     d., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 10-13.

130. LES CAHIERS DE DROIT, préc., note 102.

l'objectif est de décrire de manière appropriée l'objet fort complexe qu'est la Constitution du Canada.

Le juriste — qu'il soit praticien ou universitaire et qu'il revête ses habits d'avocat ou de juge, d'étudiant ou de professeur, de législateur ou de constituant — imagine, crée et construit. Pour ce faire, il utilise ses connaissances et ses habiletés afin de les mettre au service d'œuvres juridiques qui porteront inévitablement en elles son influence singulière. Lorsqu'il écrit ou qu'il conceptualise, le juriste s'adonne donc à un exercice créatif à la fois artistique et juridique. Il est alors, à sa manière, un architecte de la discipline juridique, un artiste du droit.