

RETHINKING THE INVISIBLE CONSTITUTION: HOW UNWRITTEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES SHAPE POLITICAL DECISION-MAKING

*Vanessa A. MacDonnell**

“Unwritten” or “common law” constitutionalism has a long history in Canada. To date, the scholarship has tended to focus on the question of when, if ever, it is appropriate for courts to invoke unwritten constitutional principles. Less attention has been paid to how these principles shape political decision-making. In this paper, I suggest that focusing on the situations in which unwritten constitutional principles operate at their most visible and interventionist—to provide a warrant for courts to strike down laws or invalidate government action—emphasizes their less important, if more dramatic, applications. Rather, it is in the day-to-day application of these principles by the executive and the legislature that unwritten constitutional principles perform their most important role.

Le constitutionnalisme « non écrit » ou de « common law » ne date pas d'hier au Canada. À ce jour, la littérature académique s'est concentrée sur la question de savoir si et quand il est approprié pour les cours d'invoquer des principes constitutionnels non écrits. Moins d'attention a cependant été accordée à la façon dont ces principes peuvent influencer la prise de décision politique. Dans cet article, nous suggérons que de se concentrer sur les circonstances dans lesquelles ces principes opèrent de manière particulièrement visible et interventionniste — pour annuler une loi ou invalider une action gouvernementale — met l'accent sur leurs applications moins importantes, bien que plus spectaculaires. Nous soutenons que c'est dans l'application au quotidien de ces principes par les pouvoirs exécutif et législatif que les principes constitutionnels non écrits performant leur rôle le plus fondamental.

* Associate Professor, University of Ottawa Faculty of Law (Common Law Section) and Co-Director, uOttawa Public Law Centre. I am grateful to the participants in two workshops at the University of Ottawa Faculty of Law for their useful comments and suggestions—especially Ann Chaplin, Peter Oliver, Rosemary Cairns-Way, Michael Pal, Akis Psygkas, Kate Glover Berger, Mark Walters, Carissima Mathen, Maxime St-Hilaire, Warren Newman, Jonathan Shanks, Jean Leclair, Se-shauna Wheatle, Christina Lienen, Tracy Robinson, and Geneviève Cartier. I am also grateful to Jula Hughes, Howard Kislowicz, Richard Stacey, Wade Wright, Asha Kaushal, and the anonymous peer reviewers for their incisive critiques and suggestions.