

**COMMON LAW**  
**en poche**

# ***DROIT CONSTITUTIONNEL***

**Pierre Foucher**

**Volume**  
**3**

**BRUYLANT**  
**BRUXELLES**

**EB** **LES ÉDITIONS**  
**YVON BLAIS INC.**

**DROIT  
CONSTITUTIONNEL**

# **LA COMMON LAW EN POCHE**

sous la direction de  
**JACQUES VANDERLINDEN**

## **DROIT CONSTITUTIONNEL**

**PIERRE FOUCHER**

Professeur à l'Université de Moncton

Centre international de la common law en français  
École de droit  
Université de Moncton

## **Données de catalogage avant publication (Canada)**

Foucher, Pierre, 1956-

Droit constitutionnel

(La common law en poche)

Comprend des réf. bibliogr.

ISBN 2-89451-096-9

1.Droit constitutionnel. 2. Parlements. 3. Règle de droit. 4. Pouvoir judiciaire. 5. Pouvoir législatif. 6. Common law. I. Université de Moncton. Centre international de la common law en français. II. Titre. III. Collection.

K3165.F68 1996

342

C96-940472-7

© Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996

Toute reproduction d'une partie quelconque de ce volume par quelque procédé que ce soit est strictement interdite sans l'autorisation écrite de l'éditeur.

Dépôt légal: 2<sup>e</sup> trimestre 1996

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN: 2-89451-096-9



DANS LA MÊME COLLECTION

*Histoire du droit* par Jacques VANDERLINDEN

*Sources du droit* par Donald POIRIER

À PARAÎTRE

*Fiducies* par A. GRENON (1996)

*Preuve* par S. ROUSSELLE (1996)

*Biens réels* par G. SNOW (1997)

*Droit administratif* par P. FOUCHER (1997)

*Les personnes et les incapacités* par D. POIRIER (1997)

*Droit pénal* par M. GIROUX et E. O'SULLIVAN (1997)

*Sociétés commerciales* par R. L. LEBLANC (1997)

*Sûretés immobilières* par J. ROACH (1997)

## TABLE DES MATIÈRES

NOTE TECHNIQUE .....	XI
AVANT-PROPOS .....	XIII
INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE I - LA COMMON LAW ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL ...	7
1. LA GRANDE-BRETAGNE A-T-ELLE UNE CONSTITUTION?.....	7
2. LES SOURCES .....	9
CHAPITRE II - LE PRINCIPE DE LA SUPRÉMATIE DU PARLEMENT .....	19
1. CONSÉQUENCES DE LA SUPRÉMATIE DU PARLEMENT .	20
2. FONCTIONNEMENT DE LA SUPRÉMATIE .....	33
3. CONCLUSION SUR LA SUPRÉMATIE DU PARLEMENT ..	45
CHAPITRE III - LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT .....	47
1. LE SENS PREMIER DE LA <i>RULE OF LAW</i> .....	47
2. LA NOTION MODERNE DE PRIMAUTÉ DU DROIT .....	58

3.	CONCLUSION SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT . . . . .	71
----	---	----

<b>CHAPITRE IV -</b>	<b>LE PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE . . . . .</b>	<b>73</b>
----------------------	--	-----------

1.	LE POUVOIR JUDICIAIRE . . . . .	74
----	---------------------------------	----

2.	LES ÉLÉMENTS DE L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE . . . .	79
----	---	----

3.	CONCLUSION SUR L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE . . . .	96
----	--	----

<b>CONCLUSION -</b>	<b>LE DROIT CONSTITUTIONNEL DE COMMON LAW . . . . .</b>	<b>99</b>
---------------------	---	-----------

## NOTE TECHNIQUE

La collection « La common law en poche » est née dans une faculté de droit qui se trouve quotidiennement confrontée, depuis sa création, au problème de l'enseignement de la common law en français. Qui plus est, cette faculté est canadienne et, à ce titre, tributaire, dans un pays bilingue, d'autres formulations du droit en français de caractère officiel ou semi-officiel; celles-ci ont, en outre, évolué avec le temps sans que, par ailleurs, existe toujours un souci d'uniformité à l'échelle nationale. Il en résulte nécessairement, à l'occasion de la rédaction des ouvrages d'une collection comme celle-ci, des problèmes de choix des termes, du genre à leur attribuer, etc...

Nous avons, en ce qui nous concerne, adopté les principes suivants et décidé de :

- nous conformer, de préférence, à la terminologie adoptée par le Programme national de l'administration de la justice dans les deux langues officielles (PAJLO);
- suivre, à défaut de celle-ci, la terminologie proposée par le Centre de traduction et de terminologie de l'École de droit de l'Université de Moncton;
- laisser aux auteurs l'entière responsabilité de leur vocabulaire courant, sans perdre de vue que la collection doit pouvoir être lue dans l'ensemble de la francophonie, ce qui nous encourage à éviter, mais non à proscrire, les belgicismes, canadianismes et autres formes dérivées de la langue française qui refléteraient la nationalité des auteurs engagés dans l'entreprise;

- demander aux auteurs de suivre un minimum de conventions dans la préparation de leurs manuscrits. Ainsi :
- les adjectifs ne s'écrivent pas avec une majuscule (donc Cour suprême, Comité judiciaire du Conseil privé), sauf convention internationale, comme dans États-Unis ou Royaume-Uni;
- common law et equity s'écrivent en caractères romains et pas en italiques;
- les mêmes et *act* (que nous traduisons par loi) sont respectivement du féminin pour les deux premiers et du masculin pour le troisième (donc l'*equity* est introduite et le British North America Act).
- le mot État s'écrit avec une capitale quand il désigne une entité politique souveraine; il ne prend pas la capitale lorsqu'il s'agit d'une division d'un État. Ainsi : le Maine est un état qui fait partie de l'État américain.

## AVANT-PROPOS

Plusieurs réalités s'abritent sous le vocable common law. J'en retiendrai deux : la plus classique — nous parlerons de common law *stricto sensu* (s.s.) — se réfère au système juridique mis en place, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, par les rois d'Angleterre, système centré sur la production du droit par les juges royaux; la seconde sert à désigner, par extension — nous parlerons de common law *lato sensu* (l.s.) — l'ensemble du système juridique de l'Angleterre et des systèmes qui, de par le monde, en sont dérivés. Dans cette seconde acception, la common law incorpore l'*equity*, telle qu'elle a été définie par Donald POIRIER\*. Cette dernière a été adoptée dans le cadre de la collection « La common law en poche ». Référence sera faite éventuellement au sens strict — donc lorsque s'opposent common law et *equity* — quand le besoin s'en fera sentir; pour le reste, il s'agira du sens large.

À défaut d'une référence dans un dictionnaire comme le *Robert*, force nous a été de choisir un genre à donner au vocable lorsqu'il est utilisé en français. Malgré des opinions divergentes et un usage variable\*\*, nous avons consacré la pratique qui est celle du port d'origine de « La common law en poche », l'École de droit de l'Université de Moncton. Notre common law est donc féminine, comme le sont les navires dans la langue de Shakespeare. Qu'on veuille bien n'y voir qu'une convention et non la

---

\* *Les sources de la common law*, Collection "La common law en poche", Bruxelles-Cowansville, Bruylant-Yvon Blais, 1996.

\*\* Voir notamment G. ROUHETTE, « Le genre de "common law" », *Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, à la p. 311.

prétention de régler définitivement le redoutable problème de l'attribution de genres aux substantifs désignant un objet dont la vocation est d'être neutre.

Ceci dit, pourquoi se mettre la common law en poche? Parce que, étudiant, je souhaite soit acquérir une vue d'ensemble de la matière que je vais éventuellement choisir, dans la mesure où le curriculum m'y invite, soit, l'ayant choisie, m'en faire une idée globale qui éclairera mon cheminement progressif à travers elle. Parce que, enseignant, je crois utile que, parallèlement à une progression empirique et inductive à travers la méthode des cas, mes étudiants disposent d'un fil continu auquel je puisse les renvoyer lorsque je crois inutile de consacrer du temps de classe à un point de mon enseignement qui peut parfaitement être maîtrisé par eux sans intervention directe de ma part. Parce que, curieux de droit, quelle que soit ma formation, ma profession ou ma fonction, je veux m'éclairer au sujet de la common law et de l'une ou l'autre de ses diverses composantes.

La satisfaction de ces besoins multiples et variés impose à l'auteur un certain nombre de servitudes. Son ouvrage doit être :

- concis : une centaine de pages;
- accessible : d'une lecture aisée;
- encourageant : en donnant envie de poursuivre.

Ce sont là, assurément, de grandes ambitions, dont je ne sais si elles seront accomplies au fil de la publication de *La common law en poche*. J'en forme le vœu et serai toujours heureux d'accueillir critiques, recommandations et suggestions des lecteurs; elles sont le ferment du progrès.

Ce volume, le premier de la collection à aborder un aspect du droit substantif, est consacré au droit constitutionnel. Pas tellement, comme certains pourraient le croire, parce que cette branche du droit nous a paru fondamentale et devoir donc précéder les autres dans la présentation de la common law. Dans la programmation de nos volumes, le droit constitutionnel occupe en effet la vingtième place. Seuls sont en cause les hasards de la disponibilité des auteurs dans l'établissement d'un programme entamé il y a plus d'un an.

Ceci dit, le droit constitutionnel n'est certainement pas la première matière qui viendrait à l'esprit des lecteurs non formés à la common law et souhaitant l'aborder; elle l'est le plus souvent sous l'angle du droit privé. Ceci d'autant plus facilement que les enseignements de droit comparé privilégient souvent cette dernière partie du droit et que l'Angleterre, berceau de la common law, ne possède pas de constitution, au sens d'un document d'ensemble organisant les rapports politiques au sein de l'État; elle est, avec la Nouvelle-Zélande, l'un des rares, sinon des seuls États au monde présentant cette particularité. Ce point est suffisamment important pour que Pierre FOUCHER s'en explique dès son premier chapitre.

Et cependant. Nombre de juristes ignorent qu'elle fut sans doute, au milieu du XVIIe siècle, le premier pays au monde à se doter d'un document constitutionnel préfigurant les constitutions contemporaines. Après la première Révolution et l'abolition de la monarchie qui s'ensuivit en 1649, l'*Accord du Peuple* est adopté qui constitue la première constitution, au sens formel, de l'histoire. Il est suivi de projets parlementaires et enfin, en 1653, de l'*Instrument de Gouvernement* (c'est encore le nom que porte aujourd'hui la constitution suédoise) qui organise le Protectorat de Cromwell. L'État, aujourd'hui sans constitution est donc celui qui, historiquement, en fut pourvu le premier.



Après avoir écrit que peu de systèmes plongent autant leurs racines dans l'histoire que la common law, l'exception du droit constitutionnel vient ainsi apporter un premier démenti à ce que, par ailleurs, on peut considérer comme un truisme. Mais, ne dit-on pas que les Anglais sont grands amateurs de paradoxes? La publication de cet ouvrage à cette place dans cette jeune collection en est un nouveau témoignage.

Jacques Vanderlinden  
Professeur aux universités de  
Bruxelles, Moncton et Paris XII  
Directeur de la collection

## INTRODUCTION

Cet ouvrage présente sous une forme très synthétique le droit constitutionnel de common law. Il ne se veut ni un traité ni même une oeuvre analytique. Nous développons d'abord les sources du droit constitutionnel, puis présentons les conséquences juridiques des trois principes fondamentaux de cette branche du droit : la primauté du droit, la souveraineté du Parlement et l'indépendance judiciaire.

Nous avons puisé principalement dans la jurisprudence britannique, avec quelques emprunts à la jurisprudence canadienne ou australienne au passage. Les arrêts de la Cour suprême du Canada se sont révélés particulièrement utiles de deux façons : d'une part, ils développent fréquemment les principes sur lesquels se fonde le droit constitutionnel de common law, étant donné que le caractère fédéral du pays et la présence d'une constitution *partiellement* écrite ont pour conséquence de les porter à l'attention des tribunaux. De plus, la jurisprudence canadienne s'efforce de respecter la source anglaise du droit tout en l'adaptant aux réalités spécifiques d'un état fédéral doté d'une constitution incluant une charte des droits et libertés de la personne. D'autre part, le caractère officiellement bilingue du pays rend disponibles les sources britanniques en langue française. Voilà pourquoi, chaque fois que cela s'avérait possible, nous avons cité les jugements anglais dans leur traduction française de la Cour suprême du Canada. Qu'on n'y voie nullement une quelconque évaluation de la qualité relative des jugements de l'une ou l'autre des juridictions de common law, mais unique-

ment un moyen commode et officiel de faire connaître au juriste d'expression française les extraits de jugements de la common law adoptés par un tribunal.

Droit d'abord jurisprudentiel, donc, dans ses enjeux constitutionnels tout autant que dans toute autre branche du droit. Mais aussi droit difficile à cerner en raison de l'absence de spécificité du domaine. Cette problématique est explorée dans notre toute première section. Droit de plus incomplet, puisqu'une bonne partie des véritables règles **pratiques** du fonctionnement des institutions découle de normes qui, ne se trouvant pas dans l'ordre juridique officiel, n'en conservent pas moins un caractère obligatoire et contraignant; c'est l'objet de notre seconde section. Droit, enfin, dont les sources puisent à trois principes fondamentaux, à mi-chemin de la politique et de la norme juridique, principes qui sont intégrés aux décisions judiciaires et deviennent de ce fait même incorporés aux règles techniques de l'exercice du pouvoir et dont aucun n'a de prééminence réelle sur les autres. Ces principes sont exposés dans les trois chapitres qui suivent, avec certaines des conséquences juridiques qui en découlent.

Notre modeste but était de présenter l'ossature du droit public de common law. Si ces principes font effectivement partie du droit public de chaque *dominion*, ils ont bien entendu été adaptés selon les pays. Il en va de même des institutions : la monarchie constitutionnelle n'a plus cours dans plusieurs états du Commonwealth, certains sont des fédérations et d'autres sont des états unitaires centralisés. Voilà pourquoi nous n'avons pas inclus de descriptions ou d'analyses des institutions politiques : celles-ci diffèrent trop d'un état à l'autre et certaines n'ont rien à voir avec la common law. Toutefois, nous aimerions, en quelques lignes, présenter les caractères principaux des institutions de la Grande-Bretagne, puisque certains concepts ont une résonance dans l'ordre juridique.

La Grande-Bretagne est une monarchie constitutionnelle : c'est donc dire que son monarque est constitutionnellement investi de tous les pouvoirs. Il ou elle nomme les ministres; il ou elle est chef de l'armée; il ou elle sanctionne les lois; il ou elle convoque, préside, proroge ou dissout le Parlement; il ou elle nomme les juges et assure la justice dans ses propres tribunaux. En droit strict, le monarque britannique participe des trois pouvoirs de l'État, bien que juridiquement, le Parlement (dont il est membre : c'est le Roi-en-son-Parlement) soit au-dessus de lui.

Il convient de distinguer la personne du monarque de l'institution qu'est la Couronne. Celle-ci désigne, selon l'expression consacrée, l'ensemble des pouvoirs juridiques exercés collectivement au nom du Souverain. En ce sens technique, les pouvoirs de la couronne sont indivisibles puisque l'acte de tout représentant de la Couronne engage celle-ci. Mais puisque le Roi ou la Reine d'Angleterre règne aussi sur diverses possessions, dominions et ex-colonies, cela signifie-t-il que les gestes posés par les ministres d'un pays étranger engagent le gouvernement britannique? La fiction juridique cède ici le pas à la réalité politique : les pouvoirs de la Couronne sont divisés dans leur exercice. Voilà pourquoi on parlera de Sa Majesté *du chef de la juridiction concernée* : Sa Majesté *du chef* de la Grande-Bretagne, Sa Majesté *du chef du Canada*, Sa Majesté *du chef de l'Australie*...

La Grande-Bretagne est un état bicaméral par le fait de l'histoire et des traditions. Sa chambre haute remplit trois fonctions principales : assurer une révision sobre des lois; garantir la représentation d'intérêts mal servis par le processus électoral; agir comme un frein aux élans intempestifs des députés élus. La Chambre des Lords britannique comporte aussi un comité judiciaire dont nous aurons l'occasion de reparler et qui joue pour elle le rôle de Cour suprême. Les Lords sont nommés par la

Reine, sur l'avis du Premier Ministre. Certains pairages sont héréditaires tandis que d'autres ne durent que la vie du titulaire. Constitutionnellement, la Chambre des Lords fait partie du Parlement. Elle a les mêmes pouvoirs que la chambre basse, sauf qu'on ne peut y présenter en première lecture des lois monétaires et elle n'a qu'un veto suspensif sur de telles lois.

Quant à la chambre basse, ou Chambre des Communes, ses membres sont élus au scrutin uninominal à un tour, ce qui produit des gouvernements stables mais une certaine disproportion entre le nombre de sièges occupés à la Chambre et le pourcentage du vote populaire. L'élection a lieu au maximum tous les cinq ans et la chambre doit se réunir au moins une fois par année. Le choix de la date des élections et de la dissolution du Parlement appartient au Premier Ministre, qui en fait la demande officielle au Roi ou à la Reine.

Sous le régime du gouvernement responsable, les ministres sont choisis parmi les députés élus, membres du parti qui contrôle le plus grand nombre de sièges à la Chambre des Communes : on s'assure ainsi de la confiance de la Chambre. La Chambre des Lords a le pouvoir théorique de défaire le gouvernement mais ne l'exerce jamais en pratique, en raison des conventions de la constitution dont nous reparlerons. Sa Majesté est chef de l'exécutif mais est assistée dans ses tâches par un Conseil, le Conseil privé. Le Conseil privé est un organe purement honorifique; l'un de ses comités, le cabinet, exerce le véritable pouvoir politique. L'existence de ce cabinet n'est prévue ni dans les lois ni dans la jurisprudence; c'est une non-entité juridique. Le pouvoir exécutif s'exprime juridiquement au moyen d'arrêtés-en-conseils, s'il en reçoit l'autorité soit de la loi, soit des *prérogatives royales* que la common law lui reconnaît également, comme nous le verrons.

Il n'y a donc pas de séparation des pouvoirs au sens strict en common law. L'expérience américaine démontre cependant que rien, en principe, ne s'oppose à l'instauration d'un régime strict de séparation des pouvoirs. Bien que Montesquieu ne soit pas suivi en Albion, certains traits du régime juridique protègent bel et bien le fragile équilibre nécessaire à toute démocratie : voilà en quoi nos trois principes fondamentaux protègent le caractère démocratique de la Grande-Bretagne et des états qui s'en réclament.

Avant de nous y lancer, décrivons les sources du droit constitutionnel de common law.

## CHAPITRE I

### LA COMMON LAW ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL

#### 1. LA GRANDE-BRETAGNE A-T-ELLE UNE CONSTITUTION?

Les juristes britanniques invoquent « la Constitution » alors qu'il n'y a aucun texte juridique qui remplisse les caractères permettant de lui conférer cette appellation. En ce sens, le terme « constitution » désigne plutôt, dans la logique de la common law, l'ensemble de préceptes, règles jurisprudentielles et lois ordinaires qui organisent et régissent la vie de l'État. Certes, la plupart des États qui disposent d'une constitution écrite ne prétendent pas qu'elle contient l'ensemble des règles juridiques portant sur l'ordonnancement du gouvernement de la Nation; à côté de ce texte se présentent diverses lois spéciales ou ordinaires, des décrets et des arrêts importants de la jurisprudence constitutionnelle qui enrichissent et précisent le contenu de la loi fondamentale. Comment identifier, en Grande-Bretagne, les règles fondamentales qui, dans presque tous les autres pays, font précisément partie de la loi de base?

L'étude de la jurisprudence et des précédents judiciaires permet de dégager les trois grands principes qui fondent, en quelque sorte, tout le fonctionnement de la machine étatique. Ces principes jurisprudentiels sont **constitutionnels** au sens générique de ce terme : ils **constituent** le système; mais à la différence des principes politiques ou sociaux qui créent la constitution écrite mais y sont extérieurs, ces principes constitutionnels **font**

**partie** du droit constitutionnel lui-même en ce qu'ils ont été produits par le principal producteur étatique de normes juridiques, le pouvoir judiciaire.

Il s'agit donc d'un droit jurisprudentiel dont l'identité tient d'abord à la **nature** des questions étudiées. On doit donner du droit constitutionnel une définition **matérielle** plutôt que formelle, d'où une certaine confusion au sujet du champ même de la discipline<sup>1</sup>. Au sens matériel, le droit constitutionnel désigne cette branche du droit qui étudie la structure et le fonctionnement des institutions ainsi que leurs relations entre elles et avec les citoyens et citoyennes.

L'**objet** du droit constitutionnel ne pouvant être le texte de la Constitution, il sera formé de l'étude des relations des productions juridiques entre elles : le règlement ou la décision face à la loi, la loi face au jugement, la décision judiciaire face à la décision exécutive ou législative.

Le **sujet** du droit constitutionnel, et de cet ouvrage, sera donc d'abord le principe qui dirige l'action de l'**institution** qui produit le droit (le Parlement, la Couronne, le gouvernement, le pouvoir judiciaire) plutôt que l'institution elle-même. Il n'est pas pourvu à la création et au mode de fonctionnement de ces institutions dans un texte constitutionnel mais seulement dans des lois, des décrets exécutifs et des décisions judiciaires qui scrutent les deux premières à la lumière de la jurisprudence et des principes qu'elle a développés.

Le fait qu'il n'y ait pas de constitution écrite ne signifie nullement qu'il n'y ait pas de **Constitution**, au sens fonctionnel du terme, ni qu'il n'y ait pas de **droit constitutionnel**. De plus, dans tous les pays du Commonwealth se réclamant de la filia-

1 D'ailleurs, les traités de droit constitutionnel britanniques incorporent souvent le droit administratif : *Constitutional and administrative law*.



tion britannique, des constitutions écrites sont venues compléter l'édifice jurisprudentiel élaboré par les tribunaux de la mère-patrie et adapter les principes anglais aux réalités d'un texte ayant valeur supra-législative, les États-Unis ayant posé le modèle du genre.

Dans cette introduction, nous étudions les sources de ce droit et la hiérarchie des normes.

## 2. LES SOURCES

### 2.1 *La jurisprudence et la législation*

La jurisprudence représente, bien entendu, la source principale. Au fil des arrêts et des précédents se construisent les normes juridiques relatives au fonctionnement des institutions. Le fonctionnement du système est simple : un acteur étatique pose un geste (le Parlement adopte une loi, le gouvernement ou un autre organisme administratif prend certaines décisions) et une ou des personnes contestent son droit de le faire ou prétendent que certaines règles de procédure n'ont pas été suivies. Les contestataires intentent donc une procédure judiciaire devant une instance appropriée qui tranche l'affaire en se fondant sur les précédents antérieurs, sur certains principes et sur des règles générales de common law. C'est ainsi qu'une grande partie du droit constitutionnel britannique porte sur l'étendue et la limite des pouvoirs du gouvernement, soit en vertu des lois, soit en vertu de pouvoirs inhérents hérités de la monarchie et que l'on désigne sous le vocable général de « prérogative royale », confondant ainsi jusqu'à un certain point le droit constitutionnel et le droit administratif. Une autre partie du droit constitutionnel britannique portera sur l'interaction entre le pouvoir judiciaire et le Parlement, le premier se questionnant constamment sur sa

capacité à intervenir dans les affaires du second, soit pour déceler le sens d'un texte législatif, soit pour sanctionner un comportement dérogeant à des principes jurisprudentiels bien établis.

S'entendant comme une discipline définie selon sa matière, le droit constitutionnel de common law comprend ainsi certaines lois que l'on pourrait qualifier d'organiques, bien qu'elles aient été adoptées selon des procédures ordinaires et puissent être modifiées de la même façon<sup>2</sup>. Parmi ces lois, la jurisprudence a singularisé celles qui présentaient un caractère particulier en raison de l'importance de la matière dont elles traitaient : ces lois seront alors interprétées généreusement et de façon large et libérale, ou encore serviront à aider à l'interprétation d'autres lois<sup>3</sup>.

Formellement, la jurisprudence et la loi ordinaire sont donc les deux sources principales du droit constitutionnel de common law. La Grande-Bretagne n'a pas de « constitution », si l'on entend par là un texte où sont rassemblées les normes de gouvernement, hiérarchiquement supérieures à toute autre norme. Elle en a une pour peu que l'on veuille accepter une définition de « constitution » qui vise le contenu de la norme plutôt que sa situation juridique.

## 2.2 Les conventions constitutionnelles

Il est une autre source constitutionnelle extrêmement importante, curieuse et typique des régimes de common law : il s'agit de la « convention constitutionnelle ». La convention constitutionnelle s'apparente à la coutume à bien des égards, mais elle s'en distingue par deux éléments fondamentaux : elle n'est

2 Par exemple, le *Parliament Act (Loi sur le Parlement)*, 1 & 2 Geo V c. 13 (1911) et 12-13-14 Geo VI, c. 103 (1949).

3 Par exemple, le *Bill of Rights* de 1689 (1689), 1 Will & Mary c. 2).

pas une norme juridique au sens strict, susceptible de sanction judiciaire, et son mode de production est quelque peu différent de la coutume.

La convention constitutionnelle se définit comme une règle de conduite développée au fil des décennies entre les gouvernants eux-mêmes afin de régir l'exercice d'un pouvoir constitutionnel. D'après JENNINGS<sup>4</sup>, trois conditions sont requises pour en constater l'existence : des précédents, le comportement des acteurs et une raison d'être de la règle. Ainsi, on doit d'abord rechercher quelle est la pratique généralement suivie pour régler ce genre de questions. Ensuite, on examine ce que disent les politiciens eux-mêmes de la chose. Enfin, on devrait pouvoir identifier, dans la théorie politique générale, une raison d'être justifiant cette façon de procéder.

Beaucoup d'éléments distinctifs du gouvernement britannique reposent sur de telles conventions. JENNINGS cite en exemple le fait que les Ministres doivent obligatoirement détenir un siège à la Chambre des Communes ou à la Chambre des Lords<sup>5</sup>, comme la règle selon laquelle la Reine, qui, constitutionnellement, doit choisir le Premier Ministre, choisit obligatoirement le chef du parti politique ayant remporté une majorité de sièges à l'élection à la chambre basse. L'existence et les pouvoirs mêmes du Premier Ministre et de son cabinet ou conseil des ministres sont entièrement régis par les conventions; en droit, on ne connaît que le « Roi-en-Conseil » ou la Couronne, et dans les dominions, le gouverneur-en-conseil. Les conventions visent aussi les relations entre la Chambre des Lords et la Chambre des Communes, le pouvoir judiciaire, les procédures internes au sein des chambres d'assemblée.

---

4 I. JENNINGS, *The law of the constitution*, 5th ed., London, University of London Press, 1959, pp. 80-136.

5 *Id.* p. 85-86.

Tous les constitutionnalistes britanniques reconnaissent l'importance et le caractère flou et vague des conventions constitutionnelles.

Le pouvoir judiciaire ne peut que définir les conventions et constater leur existence ou leur inexistence. Il ne peut pas en sanctionner la violation. Lorsqu'un juge constate un conflit entre la norme juridique stricte et la convention, son devoir est d'appliquer la première<sup>6</sup>. Si un gouvernement, défait par un vote de non confiance en Chambre, refuse de démissionner et de recommander au Roi de dissoudre les chambres et d'organiser des élections, aucun tribunal ne pourra déclarer que les Ministres occupent illégalement leur siège; leurs décrets auront une force juridique et les tribunaux devront les appliquer.

Les conventions sont parfois utilisées par les tribunaux pour les aider à déterminer la portée et la précision d'une règle juridique formelle<sup>7</sup>. Une convention ne devient jamais une règle de droit par le simple passage du temps<sup>8</sup>. La raison invoquée par les tribunaux pour adopter cette position est que la convention constitutionnelle est d'abord une entente politique entre gouvernants, un *modus vivendi* pour organiser le plus efficacement possible l'exercice d'un pouvoir constitutionnel compte tenu des réalités politiques de l'époque. En tant qu'entente po-

6 DICEY, A. V., *The Law of the Constitution*, 8e édition, Indianapolis, 1982, p. 28.

7 *Ibralebbe v. R.*, [1964] A.C. 900 (concernant les appels d'un tribunal du Sri Lanka auprès du comité judiciaire du Conseil privé); *Copyright owners reproduction society v. E.M.I (Australia) Pty Ltd.* (1958), 100 C.L.R. 597 (concernant l'application d'une loi britannique sur les droits d'auteur en Australie).

8 L'une des plus éloquentes expositions de ce principe se trouve dans l'avis consultatif de la Cour suprême du Canada intitulé *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 754, pp.877-886

*litique*, la sanction en sera uniquement *politique*. Le tribunal peut la décrire et indiquer des violations potentielles, mais doit toujours appliquer le droit.

La convention constitutionnelle ne peut, formellement, contredire le droit positif; elle ne peut que l'adapter, faire tomber un pouvoir en désuétude, poser des conditions à l'exercice d'un autre. En cas de conflit entre les deux, un tribunal devra appliquer le droit positif. Pourtant, la convention constitutionnelle a une force morale et politique au moins aussi grande, sinon plus grande, que la règle de droit qu'elle interprète<sup>9</sup>.

On retrouve les conventions constitutionnelles dans les règles de formation du gouvernement, dans le choix de son chef, dans les règles d'exercice du pouvoir exécutif découlant de la « prérogative royale », dans les relations entre les deux chambres du Parlement, dans les relations entre la Grande-Bretagne et ses colonies, dans les relations entre gouvernements fédéral et provincial dans les fédérations.

Puisque par définition, les conventions constitutionnelles sont le produit de circonstances et d'une évolution historique, elles se modifient de la même façon. On peut donc assister à des changements dans le contenu des conventions sans heurts ni crises, si la classe politique et l'opinion s'entendent sur de nouvelles manières d'exercer le pouvoir. Mais ces changements sont lents et imperceptibles. On ne peut constater l'évolution d'une convention constitutionnelle qu'après coup, de même qu'on ne peut mesurer la force de son caractère obligatoire que si un acteur politique ose la défier.

---

9 Il existe au Canada une abondante jurisprudence sur le sens, le rôle et l'influence des conventions constitutionnelles. Voir le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, supra*, aux pages 853-859

Ainsi, en Angleterre, lors de l'élection de 1834, les conservateurs de PEEL furent battus mais PEEL refusa de transmettre la démission de son gouvernement au Roi avant que le Parlement soit convoqué. Puisque son parti politique ne détenait plus la majorité en chambre, il fut battu et dut démissionner. Quelques années plus tard, en 1868, DISRAELI subit une défaite électorale et offrit au Roi la démission de son gouvernement sans attendre une convocation du Parlement. GLADSTONE fit de même en 1874; en 1880 et 1886, le même phénomène se présenta. La convention constitutionnelle venait de changer : non seulement un gouvernement devait-il disposer de la confiance de la Chambre (garantie par une majorité à l'élection), mais la défaite électorale, même par quelques sièges, consacrait la démission du gouvernement sans que l'on ait besoin de vérifier si la confiance parlementaire existait encore<sup>10</sup>.

Les anciennes colonies britanniques ont hérité de plusieurs de ces conventions et en ont développé d'autres, propres à leur situation. Ainsi, par exemple, une convention importante concerne l'étendue et l'exercice des pouvoirs de la Reine ou du Gouverneur général en matière de dissolution des chambres. Quand, en 1975, le Gouverneur général d'Australie, après un vote de défiance du Sénat (élu) envers le gouvernement concernant une loi financière, a ordonné d'office la dissolution simultanée des deux chambres et la tenue d'élections générales, comme il en avait le pouvoir juridique, mais au mépris de la convention qui lui interdisait de le faire sans l'avis du Premier Ministre, il a fait le délice des constitutionnalistes de tout le Commonwealth<sup>11</sup>. Le geste était légal, sans conteste, mais était-il contraire aux

10 Voir DICEY, *supra.*, note 6, introduction pp. lxvi-lxvii.

11 MCMINN, W.G., *A Constitutional History of Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 1979, pp. 164-168; KATZ, L., *The Simultaneous Dissolution of Both Houses of the Australian Federal Parliament*, (1976) *Revue du Barreau canadien* 392; COORAY, L.J.M., *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, 1979, Legal Books Pty., Sydney, pp. 106-160.

conventions constitutionnelles? La convention avait probablement changé et le gouvernement devenait responsable devant le Sénat tout comme devant la chambre basse, ce qui est un élément nouveau dans le constitutionnalisme australien - et britannique (le gouvernement britannique qui est battu lors d'un vote à la Chambre des Lords ne démissionne pas nécessairement).

Pour bien comprendre le fonctionnement des institutions constitutionnelles dans un régime de common law, tout particulièrement en Grande-Bretagne, l'étude du droit formel et jurisprudentiel doit donc se compléter par un regard sur les conventions qui régissent l'exercice de certains pouvoirs particuliers : droit de dissolution des chambres, convocation des élections, choix du chef du gouvernement, choix du chef de l'opposition, sanction des lois, nomination des juges, des ministres et des ambassadeurs, etc. On dit que « la Reine règne mais ne gouverne pas », car Sa Majesté, bien que détentrice de tous les pouvoirs, n'en exerce aucun sans qu'il ne soit assujéti à une convention constitutionnelle.

Il serait pratiquement impossible et sans doute peu sage de codifier ces conventions. À l'occasion de l'accession de plusieurs pays à l'indépendance, on profita de l'occasion pour codifier certaines des plus importantes et des moins controversées; de même, le *Statut de Westminster* (1931) représente la codification et l'insertion dans l'ordre juridique positif de conventions qui avaient cours dans l'empire britannique depuis le début des années 1920. Le caractère flou, fluide et mouvant des conventions rend toute codification difficile, à moins que les usages soient tellement clairs et évidents que personne ne conteste plus l'existence d'un principe et que tous le respectent. Mais si tel est le cas, pourquoi le codifier? Il produit tous ses effets de toute façon.

La common law est ainsi un système juridique où l'histoire et les précédents tiennent une très grande place. Les sources historiques ne créent pas la norme, mais elles sont constamment utilisées pour éclairer le contexte factuel et la raison d'être d'une norme particulière. Ce droit se construit d'abord par l'accumulation des précédents; il en va de même en droit constitutionnel comme dans toute autre branche de la common law.

L'Angleterre fonctionne sous le même régime constitutionnel depuis près de 700 ans, sans interruption juridique ou presque<sup>12</sup>. Dans les circonstances, l'évolution lente et graduelle des normes, au fil des problèmes qui se présentaient et sans effort particulier de les systématiser dans un texte cohérent, a permis au droit de s'adapter aux réalités et aux grands principes du droit constitutionnel britannique de se forger une identité historique. Aussi, dans chacun des concepts que nous allons explorer, l'histoire tiendra-t-elle une place importante. Nous allons cependant nous concentrer sur l'histoire jurisprudentielle plutôt que sur l'histoire politique.

### *2.3 La hiérarchie des normes*

Dans les systèmes juridiques continentaux ainsi que dans les systèmes adaptés de la common law, il existe une hiérarchie des normes assez claire en vertu de laquelle les normes constitutionnelles ont préséance sur toutes les autres.

Dans le système britannique, il existe une hiérarchie des normes en ce sens que la loi a toujours préséance, sur le règlement, sur la décision administrative, sur la décision judiciaire. Comme nous le verrons, le Parlement britannique est souverain, omniscient. La manifestation juridique de sa volonté par le

---

12 En fait, seule la période 1641-1660 a vu un régime non monarchique, avec un texte écrit servant de constitution.



biais de lois prend donc - en principe - valeur de dogme. Mais puisqu'il n'y a pas de texte constitutionnel spécifique, la situation est beaucoup plus nuancée en ce qui a trait aux normes constitutionnelles elles-mêmes, puisqu'elles sont constitutionnelles par nature et non de manière formelle.

Les principes développés par la jurisprudence et assimilés par celle-ci à des normes constitutionnelles servent à résoudre des litiges ponctuels et concrets. Par exemple, quand il s'agit de décider si les commentaires diffamants d'un député, formulés en chambre et rapportés par la télévision nationale, exposent le diffuseur à une responsabilité civile délictuelle, des principes constitutionnels comme celui de la souveraineté parlementaire, telle qu'appliquée dans le contexte des débats en chambre, aideront le juge à interpréter le droit relatif à la diffamation de façon à s'accorder avec le principe<sup>13</sup>. Quand on se demande si une commission d'enquête peut forcer un ministre à comparaître devant elle pour témoigner de propos tenus à des réunions du Conseil des Ministres, le principe constitutionnel de la responsabilité ministérielle et celui de la confidentialité des discussions en Cabinet aideront la cour à trancher le litige. Ce faisant, celle-ci interprètera le principe à la lumière des faits et des réalités modernes et posera, dans son arrêt, les limites de l'immunité dans un contexte factuel donné<sup>14</sup>.

Certains principes fondamentaux ont servi de sources à de grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle britannique. Nous allons donc y consacrer une attention plus grande; il s'agit du principe de la primauté du droit, de la suprématie du

---

13 *Stockdale v. Hansard* (1839), 112 E.R. 1112.

14 Pour un exemple canadien, voir *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637. La Cour suprême du Canada a estimé que le principe constitutionnel de la confidentialité des documents du cabinet devait céder le pas au droit à un procès équitable, quand l'affaire au sujet de laquelle on réclame les documents est devenue d'intérêt historique.

Parlement et de l'indépendance judiciaire. Ces trois principes sont les piliers sur lesquels s'est édifié le système juridique de common law. Le contenu normatif de ces principes se retrouve essentiellement dans la jurisprudence, complétée par certaines lois fondamentales. Dans les pays nés de la tradition britannique, ces principes se sont doublés de règles écrites plus spécifiques mais ont conservé une valeur prééminente. En tant que tels, ces principes et leur contenu sont peut-être les seuls qui jouissent véritablement d'une position privilégiée dans la common law et représentent ce qui se rapproche le plus d'un texte constitutionnel doté de la suprématie formelle. Mais il ne faut pas s'y laisser prendre : ces principes, aussi fondamentaux et importants fussent-ils, ne sont pas à l'abri d'un pouvoir politique déterminé à les écarter. Mais ne pourrait-on en dire autant des règles formellement constitutionnelles dans certains états se réclamant de la démocratie?...

## CHAPITRE II

### LE PRINCIPE DE LA SUPRÉMATIE DU PARLEMENT

L'un des auteurs les plus respectés du constitutionnalisme britannique, Albert Venn DICEY, déclare sans ambages :

The sovereignty of Parliament is, from a legal point of view, the dominant characteristic of our political institutions.<sup>15</sup>

Cette suprématie du Parlement comporte deux volets : d'une part, le Parlement britannique est **omnicompétent**, c'est-à-dire qu'il peut légiférer sur toutes les matières, régir toutes les personnes, tous les êtres vivants et tous les objets animés ou inanimés, et sur tous les territoires relevant de la Couronne. En second lieu, **aucun organe**, national ou international, et surtout pas le pouvoir judiciaire, **ne détient le pouvoir de prononcer la nullité des lois du Parlement**.

Ce principe, qui est fermement établi dans la common law, est issu d'une longue évolution historique au cours de laquelle les luttes incessantes entre le Roi et le Parlement ont vu ce dernier obtenir la prééminence juridique. Toutefois, l'évolution du constitutionnalisme britannique a fait en sorte que l'exécutif, dont le Roi ou la Reine ne sont que la personnification, a repris le contrôle politique des institutions parlementaires. Il n'empêche qu'en droit, tout l'édifice constitutionnel britannique repose sur ce postulat fondamental : aucun pouvoir n'est au-dessus de celui du Parlement.

---

15 DICEY, A.V., *supra*, note 6, Introduction p. xxxvi.

Nous examinerons d'abord les conséquences de la suprématie parlementaire, puis toucherons un mot du fonctionnement du principe. Nous concluons par une description des adaptations du principe dans les États qui disposent de constitutions écrites.

## 1. CONSÉQUENCES DE LA SUPRÉMATIE DU PARLEMENT

Nous dégageons deux conséquences du principe constitutionnel de la suprématie du Parlement, l'une concernant l'existence même du Parlement et l'autre concernant l'étendue de son pouvoir.

### 1.1 *L'abdication des pouvoirs*

La première conséquence du principe est que le Parlement, détenteur de la souveraineté juridique, ne peut absolument pas renoncer à celle-ci au profit d'une autre autorité. C'est là un paradoxe découlant du principe lui-même : on ne peut renoncer soi-même à son pouvoir absolu. Si cette maxime est éventuellement discutable en science politique, elle représente une conséquence juridique, en common law, du principe fondamental. Par conséquent, tout geste de soumission que pose le Parlement britannique par rapport à une autorité extérieure à lui-même n'a pas de valeur constitutionnelle. Bien entendu, l'absolutisme du principe est tempéré par les réalités politiques du moment, voire par les conventions constitutionnelles ; mais l'expression juridique du principe conditionne la position britannique face à la réception en droit interne du droit international, face à l'autorité du Parlement à l'endroit de ses colonies, face aux référendums et face à une éventuelle charte constitutionnelle des droits et libertés.

### 1.1.1 *Le droit international*

Si les principes généraux du droit international sont présumés faire partie du droit anglais, les traités internationaux ne sont pas automatiquement incorporés en droit interne. Le Parlement doit, au moyen d'une loi spécifique, déclarer expressément qu'un traité fait partie du droit interne pour que l'on puisse l'invoquer devant les tribunaux et qu'il produise des effets juridiques<sup>16</sup>.

Il existe cependant en common law un principe d'interprétation selon lequel le Parlement est présumé vouloir respecter les principes du droit international. Une loi doit donc s'interpréter conformément à ces principes, mais au cas de conflit entre les deux, la loi aura préséance sur le droit international<sup>17</sup>. HOOD PHILIPS mentionne que ce principe est clair, même quand la loi contredit le droit international<sup>18</sup>.

À cet égard, l'adhésion de la Grande-Bretagne au Marché commun européen n'a pas manqué de créer un débat juridique qui persiste jusqu'à aujourd'hui. Puisque le Traité de Rome ne pouvait pas s'appliquer directement en droit interne, le Parlement a dû légiférer<sup>19</sup>. Mais s'il déclarait que les règles du Traité de Rome ont préséance sur les lois du Parlement, il renoncerait à sa souveraineté et liait les Parlements subséquents concernant la substance des lois, ce qu'il n'est pas autorisé à faire en droit constitutionnel britannique. Il a donc opté pour déclarer que tous les droits, toutes les obligations et tous les recours découlant du Traité sont présumés faire partie du droit interne sans

16 *McWhirter v. A.G.*, [1972] C.M.L.R. 882 (C.A.).

17 *Cooperative Committee of Japanese Canadians v. A.G. Canada*, [1947] A.C. 87, 104.

18 O. HOOD PHILIPS, *Constitutional and administrative law*, 7e édition, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 57-58.

19 *European Communities Act, 1972*, 20-21 El. II c. 68.

autre besoin d'incorporation<sup>20</sup>. Or en droit communautaire, ce dernier a préséance sur le droit national, ce qui contredit directement le principe constitutionnel de la suprématie du Parlement et lie, au mépris de la doctrine classique, les Parlements subséquents à celui de 1972. Le paragraphe 2(4) précise que les lois britanniques doivent s'interpréter et s'appliquer conformément au droit communautaire. Cette règle semble suivie par la jurisprudence qui applique la suprématie du droit communautaire sur le droit britannique antérieur à son adhésion; s'agissant des lois postérieures, elles sont interprétées en conformité du droit communautaire et seules des mentions expresses dans la législation britannique écarteraient celui-ci<sup>21</sup>.

### 1.1.2 Les référendums

Dans un tel système, on comprendra que l'idée même du référendum en tant que mode de gouvernement ne cadre pas avec les principes du constitutionnalisme britannique. En réalité, un référendum ne peut, logiquement, que produire un effet consultatif, car s'il lie le Parlement, ce dernier n'est pas souverain. En réalité, on utilise peu le référendum comme mécanisme de gouvernement, si ce n'est que pour des questions fondamentales<sup>22</sup>. Une loi référendaire peut cependant indiquer que le **gouvernement** est lié par les résultats.

Dans l'une des provinces canadiennes, le Manitoba, une loi permettait un droit d'initiative à un certain nombre d'électeurs; si un projet de loi adopté par l'assemblée législative était approuvé par un référendum subséquent, il entrait automatique-

20 Par. 2(1).

21 Voir le commentaire de Lord DENNING dans *Maccarthys Ltd. v. Smith*, [1979] 3 All E.R. 325 p. 329 et celui de Lord DIPLOCK dans *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 402, 415.

22 En Grande-Bretagne, le référendum sur l'entrée dans la CEE : *Referendum Act*, 1975.23-24 El. II c. 33.

ment en vigueur, sans avoir été sanctionné par le représentant royal dans la province, détenteur du pouvoir constitutionnel de donner sa sanction aux lois, le Lieutenant Gouverneur. Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, dernière instance judiciaire pour le Canada à l'époque, estima que cette loi référendaire était contraire aux principes constitutionnels applicables. Deux raisons furent invoquées, l'une étant technique et l'autre étant fondamentale. Techniquement, une législature provinciale canadienne n'avait pas le pouvoir de modifier les pouvoirs du Lieutenant Gouverneur, ce qui comprenait son droit de sanctionner les lois. Fondamentalement, le Conseil privé ajouta, dans une opinion incidente, qu'un Parlement ne pouvait pas abdiquer son pouvoir législatif en faveur d'une autre autorité (en l'occurrence, le peuple) puisque cela irait à l'encontre de la souveraineté parlementaire<sup>23</sup>. Par contre, un obiter récent dans un arrêt de la Cour suprême du Canada dit clairement que le Parlement peut engager le gouvernement à respecter les résultats d'un référendum<sup>24</sup>.

### 1.1.3 *Les colonies, les dominions et les territoires*

La possibilité pour le Parlement de légiférer concernant des territoires externes au territoire national lui permet donc de faire appliquer ses lois dans ses possessions et colonies actuelles, sans compter les parties du royaume qui ne font pas partie de l'Angleterre<sup>25</sup>.

Mais comment un Parlement souverain et omnicompetent peut-il alors conférer la souveraineté juridique à un État et libérer celui-ci du statut de colonie? Ce problème juridique a été résolu en 1931 par l'adoption d'une loi qui faisait suite à deux

---

23 *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935.

24 *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

25 Notamment l'Écosse, l'Irlande du Nord, les Îles de la Manche.

conférences impériales concernant l'autonomie des dominions britanniques. L'article 4 du *Statut de Westminster*<sup>26</sup> indique que le Parlement n'adopte aucune loi relative à un dominion à moins que celle-ci n'indique qu'elle a été adoptée à la demande et du consentement de celui-ci. Autrement dit, aucune loi britannique n'est censée s'appliquer à un dominion. Cette disposition a servi de modèle aux lois subséquentes qui ont octroyé une indépendance juridique aux États relevant de la Couronne, en omettant le caveat relatif à une demande locale. Ces lois d'indépendance abrogeaient aussi l'article 4 du *Statut de Westminster*, 1931, pour les fins de son application au nouvel État. Malgré le fait que ces clauses pourraient être - théoriquement - abrogées par le Parlement britannique<sup>27</sup>, elles donnent un effet juridique à une situation politique reconnue et admise, de sorte que l'indépendance juridique des États du Commonwealth est en réalité complète : le droit britannique n'a plus préséance sur le droit local ; la Grande-Bretagne ne légifère plus concernant l'ex-dominion ; ce dernier, pourvu qu'il respecte les procédures appropriées qui s'imposent à lui, peut modifier l'ordre juridique et constitutionnel à sa guise<sup>28</sup>.

Lorsque la Rhodésie du Sud déclara unilatéralement et illégalement son indépendance en 1964, le Parlement britannique, au mépris de la convention constitutionnelle voulant qu'il ne légifère plus pour ce territoire qu'à sa demande et de son consentement, réaffirma sa compétence complète. Cela s'avéra pratiquement vain, mais le Conseil privé dut reconnaître la légalité de la loi britannique ayant une portée extra-territoriale : le Parlement souverain pouvait affirmer son autorité constitutionnelle sur tout territoire. Le Conseil privé reconnut finalement

---

26 22 GeoV, ch. 4 (1931).

27 *British Coal Corporation v. R.*, [1935] A.C. 500, p. 520.

28 L'Île Maurice est devenue une république le 1<sup>er</sup> mars 1992 en modifiant l'art. 1 de sa constitution conformément aux procédures prévues.



que Londres était dans l'incapacité pratique de faire appliquer son droit et que la nécessité commandait au juge rhodésien d'appliquer le droit rhodésien<sup>29</sup>.

Le par. 1(2) du *Mauritius Independence Act* (1968) déclare qu'aucune loi du Parlement britannique adoptée après la date d'entrée en vigueur de l'indépendance n'est censée s'appliquer à Maurice comme faisant partie de ses lois. Selon le rédacteur même de cette disposition, le constitutionnaliste S.A. DE SMITH, il est désormais clair que l'omnicompétence du Parlement britannique ne s'étend plus à l'ordre juridique interne du nouvel État<sup>30</sup>.

L'article 2 du *Canada Act* (1982) a le même effet et le n° 17 de l'annexe à la *Loi constitutionnelle de 1982* abroge l'article 4 du *Statut de Westminster*, conformément au paragraphe 52(2) de ladite loi. Malgré une faible possibilité théorique que le Parlement britannique abroge la disposition (ce qu'il ne fera pas en raison des conventions constitutionnelles), la disposition s'impose à tout parlement subséquent, canadien ou britannique. Plus aucune règle de droit formel n'assujettit désormais le droit canadien au droit britannique.

Par ailleurs, tous les États issus de la colonisation britannique disposent de constitutions écrites octroyées par le Parlement de Grande-Bretagne ou confirmées par lui<sup>31</sup>.

Enfin, les droits et obligations, qui pouvaient exister dans le chef de la Couronne britannique à l'égard des populations de ces territoires, sont irrémédiablement transférés au nouveau pouvoir souverain; qui plus est, les ressortissants de cet État ne peu-

29 *Madzimbabuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645.

30 S.A. DE SMITH, *Constitutional and administrative law*, 6th ed. by R. BRAZIER, 1989, London, Penguin Books, p. 77-78.

31 HOOD PHILIPS, *supra*, note 18, p. 759.

vent plus contester des lois de leur pays devant des tribunaux britanniques (exception faite, dans certains cas, du Comité judiciaire du Conseil privé).

Ainsi, après le « rapatriement » de la Constitution canadienne en 1982, des autochtones du Canada ont intenté une poursuite devant la Cour d'appel de l'Angleterre en prétendant que cette opération enfreignait les droits qui leur revenaient en vertu de la jurisprudence britannique et des traités signés par les représentants de la Couronne et leurs tribus, avant la création du pays. Les tribunaux anglais rejetèrent leur action au motif qu'ils n'avaient plus compétence sur les droits découlant de la Constitution canadienne et que les obligations de la Couronne britannique avaient été complètement transférées à Sa Majesté du chef du Canada, soit à la fondation du pays en 1867, soit au plus tard en 1982<sup>32</sup>.

#### 1.1.4 Les déclarations constitutionnelles de droits

Un Parlement souverain ne peut admettre un contrôle de constitutionnalité de ses lois au nom de droits fondamentaux garantis par un éventuel *Bill of Rights*. Si, comme nous le verrons, le Parlement ne peut se lier lui-même ni lier ses successeurs quant au contenu des lois mais qu'il peut le faire quant à la procédure législative elle-même, la doctrine classique enseigne que le Parlement ne peut accepter d'être assujetti au contrôle de constitutionnalité, puisqu'il ne peut renoncer totalement à son omniscience. Un tel texte ne pourrait que viser la législation déléguée ou les décisions administratives, ou encore ne créer qu'une simple règle d'interprétation. Selon cette position, somme toute classique, du constitutionnalisme britannique, la seule fa-

---

32 R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Indian Association of Alberta, [1982] Q.B. 892 (C.A.)

çon d'en arriver à un contrôle de constitutionnalité effectif résiderait dans une rupture de la continuité juridique, dans un système où le Parlement ne serait plus souverain<sup>33</sup>. D'autres auteurs vont plus loin et avancent que rien, en principe, n'empêche réellement le Parlement de confier un mandat clair aux tribunaux concernant le contrôle judiciaire des lois au nom d'une loi fondamentale<sup>34</sup>. Il existe des techniques par lesquelles le Parlement souverain peut manifester sa volonté de faire prévaloir une loi fondamentale spécifiant qu'elle dispose de la primauté formelle sur les autres, à moins que la loi subséquente précise qu'elle doit produire ses effets nonobstant la loi fondamentale. Le Parlement pourrait toujours, dans l'avenir, modifier ou abroger la loi fondamentale; il pourrait aussi faire connaître clairement son intention d'y déroger, à défaut de quoi toute loi subséquente ou antérieure serait présumée respecter la loi fondamentale ou être inopérante.

## 1.2 *Le Parlement ne peut se lier pour l'avenir*

Ce problème a intéressé et fait discuter les constitutionnalistes britanniques depuis la fin du 18<sup>e</sup> siècle. Il est fort simple : comment une autorité souveraine peut-elle se limiter elle-même? Puisque par définition, le pouvoir souverain ne connaît aucune limite, il ne peut non plus s'autolimiter. Le Parlement ne pourrait donc lier ses successeurs concernant la substance des lois ou le processus de leur adoption. Quand le Parlement britannique exprime la volonté de cesser de légiférer concernant un territoire étranger, cela ne devrait pas, en théorie, empêcher un parlement subséquent de revenir sur sa décision et de passer outre à l'interdiction législative faite par un parlement antérieur. Derrière ce problème se profile un problème concret

---

33 WADE and BRADLEY, *Constitutional and administrative law*, 10th ed., London, Longman, 1985, p. 82.

34 DE SMITH, *supra*, note 30, p. 79.

d'interprétation législative : si le Parlement souverain peut défaire librement ce qu'un parlement antérieur a fait, cela signifie que la loi postérieure prime toujours sur la loi antérieure qui n'a donc pas besoin d'être explicitement abrogée pour cesser de produire tout effet, pour peu qu'un tribunal judiciaire constate la contradiction et donne effet à la loi postérieure. Cette théorie empêcherait aussi le Parlement de rigidifier certaines constitutions coloniales avant d'octroyer l'indépendance. Il serait impossible à ces nouveaux États issus du parlementarisme britannique de conférer à leur constitution la primauté formelle et de la mettre à l'abri de modifications intempestives par des gouvernements disposant d'une majorité parlementaire qui leur permettrait d'agir à leur guise.

DICEY exprime ainsi la vision traditionnelle selon laquelle le Parlement ne peut pas lier ses successeurs, puisqu'il est souverain<sup>35</sup>. BLACKSTONE dit que les lois du Parlement qui sont déroatoires aux pouvoirs de parlements subséquents ne peuvent lier parce que l'autorité de la législature du moment est absolue<sup>36</sup>. L'un des juges les plus prestigieux de la Grande-Bretagne, Lord REID, déclarait dans une conférence en 1972 que c'est une bonne doctrine constitutionnelle d'avancer que le Parlement ne peut lier ses successeurs. WADE avance que cette doctrine remonte à COKE, au 15<sup>e</sup> siècle; mais JENNINGS contredit cette thèse en soulignant que COKE avait, dans l'affaire du *Dr Bonham*<sup>37</sup>, reconnu qu'un tribunal pourrait prononcer la nullité et l'inapplicabilité d'une loi totalement absurde et inapplicable (ce qui n'est plus exact aujourd'hui). JENNINGS explique que COKE concevait néanmoins la suprématie du Parlement au sens où nous la discutons ici, du fait que le Parlement était la plus haute cour du royaume, dotée de la juridiction la plus étendue qui soit; en conséquence, il était contraire à l'ordre public et à la common

35 *Id.* p. 68.

36 BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, vol. 1 p. 90-91.

37 *Dr Bonham's case*, 8 Co. Rep. 107a.

law que la plus haute cour du pays limite elle-même sa juridiction et sa compétence<sup>38</sup>. COKE admettait que *quod leges posteriores priores contrarias abrogant*<sup>39</sup>. Toutefois, la formulation plus récente de ce concept, que l'on retrouve chez DICEY, s'appuie sur la notion de souveraineté.

En 1694, quelques années après l'accession de GUILLAUME et MARIE au trône, une loi limitait la durée des parlements à trois ans. En 1715, le Parlement adopta le *Septennial Act* par lequel la vie des parlements fut portée à 7 ans. Cela fut modifié par le *Parliament Act*, 1911, qui ramena la durée des parlements à 5 ans. Bien que la réforme de 1715 ait suscité maints commentaires, on reconnut que le Parlement souverain pouvait librement modifier sa propre durée.

En 1911 puis en 1949, le Parlement adopta une loi modifiant son fonctionnement : cette loi interdit à la Chambre des Lords d'adopter la première une loi financière et lui accorde un veto suspensif sur toute législation, qui peut être présentée à la sanction royale si la Chambre des Communes la réadopte après que la Chambre des Lords ne l'ait pas adoptée selon des conditions assez strictes. Aucune loi n'a été adoptée en vertu de ces procédures exceptionnelles. Les constitutionnalistes, s'étant interrogés sur le pouvoir du parlement de modifier aussi profondément sa composition<sup>40</sup>, ont conclu à la validité des *Parliament Act*, 1911 et 1949 au motif que le Parlement possède le pouvoir de changer sa composition. En effet, si le Parlement légifère sans que la Chambre des Lords ait donné son aval à la loi, le Parlement n'est plus constitutionnellement composé de chacun des trois organes, mais bien uniquement de deux : le Roi et la Chambre des communes. Mais les juristes semblent admettre

38 JENNINGS, *supra*, note 4, p. 318 ss.

39 Les lois subséquentes abrogent les lois antérieures qui leur sont contraires.  
2 Co. Inst. 685.

40 HOOD PHILIPS, *supra*, note 18, pp. 90-91 et notes.

que si la Chambre des Lords y consent elle-même, le Parlement peut l'abolir complètement et ainsi modifier librement sa composition<sup>41</sup>.

Dans *Vauxhall Estates v. Liverpool corp.*<sup>42</sup>, des demandeurs réclamaient une compensation pour expropriation en vertu d'une loi de 1919, alors qu'une loi de 1925 établissait des termes moins favorables et que la loi de 1919 comportait une clause visant à lui donner préséance sur d'autres schémas de compensation. Le tribunal appliqua la loi de 1925 et estima que celle-ci avait implicitement modifié celle de 1919. Cela fut confirmé par la Cour d'appel dans *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health*<sup>43</sup>; Lord MAUGHAM déclara qu'en vertu de la constitution de Grande-Bretagne, il est impossible pour le Parlement de préciser dans une loi qu'une loi postérieure ne peut pas l'abroger implicitement.

WADE mentionne que certaines choses, une fois faites, ne peuvent plus être défaites et cite en exemple l'article 2 du *Canada Act* par lequel la Grande-Bretagne cesse de faire appliquer ses lois au Canada. Si la Grande-Bretagne cherchait à contrevenir à ce principe, un tribunal canadien serait justifié de ne pas appliquer la nouvelle loi<sup>44</sup>. La suprématie du Parlement cède le pas aux réalités politiques du monde moderne. Même si le Parlement britannique a gardé pleine compétence sur l'Irlande du Nord, il ne peut remettre en question l'octroi de l'indépendance à l'Irlande proprement dite ni l'union avec l'Écosse.

41 Voir WADE, *supra*, note 33, p. 73.

42 [1932] 1 K.B. 733.

43 [1934] 1 K.B. 590; extrait de HOOD PHILIPS, *supra*, note 18, p. 61-62.

44 WADE & BRADLEY, *supra*, note 33, p. 72-74.

De plus, les juristes et la jurisprudence semblent admettre qu'un Parlement peut se lier par des conditions de procédure, par des clauses visant « le mode et la forme (*manner and form*) » des lois. Ce point est extrêmement important.

Dans l'affaire *A.G. New South Wales v. Thretowan*<sup>45</sup>, la Nouvelle-Galles du Sud avait adopté, en 1929, une loi en vertu de laquelle le Parlement ne pouvait présenter au Gouverneur, pour sanction royale, une loi visant à supprimer sa Chambre haute sans un référendum; on y disait aussi que cette restriction ne pouvait elle-même être abolie sans un référendum. En 1930, un nouveau Parlement issu des élections tenta d'abolir la Chambre haute sans passer par le référendum, invoquant la suprématie parlementaire. Le Comité judiciaire du Conseil privé conclut que la tentative était illégale et que la condition imposée par la loi de 1929 était purement procédurale, mais qu'il fallait s'y tenir. L'arrêt est toutefois basé explicitement sur l'article 5 du *Colonial Laws Validity Act* (1865), qui proclame sans équivoque la suprématie du droit britannique sur le droit colonial, suprématie qui ne fut abolie qu'en 1931 par le *Statut de Westminster*. Ainsi, l'arrêt n'a qu'une validité douteuse quant à son application au Royaume-Uni.

Par contre, dans *Bribery Commisioners v. Ranasinghe*<sup>46</sup>, le Comité judiciaire du Conseil privé analysait une loi de Ceylan visant à créer un tribunal spécial pour juger des crimes de corruption et à y nommer des commissaires, sans que la loi en cause n'ait été adoptée aux deux tiers des voix ni qu'un certificat du Président de la Chambre ne l'indique. Or l'Arrêté-en-Conseil qui créait le parlement de Ceylan et lui conférait ses pouvoirs spécifiait que toute modification de ses termes devait comporter un certificat du Président, reconnaissant que la loi modificatrice avait été adoptée aux deux tiers. Le Comité judi-

45 [1932] A.C. 526.

46 [1965] A.C. 172.

ciaire estima que la création du tribunal anti-corruption violait les règles de nomination des juges spécifiées dans l'Arrêté-en-Conseil. Il s'agissait donc d'une modification implicite, qui aurait requis un certificat. Le Parlement ceylanais plaidait qu'étant souverain, tout comme celui de Grande-Bretagne, il avait le pouvoir implicite de modifier n'importe quelle loi. Le Comité judiciaire le reconnut, mais ajouta que le Parlement devait néanmoins respecter les conditions procédurales lui permettant de légiférer. Bien que la position juridique de cette loi ceylanaise fût la même que celle de la Nouvelle-Galles du Sud dans *Thretowan*, le Comité judiciaire invoqua une raison plus fondamentale : un Parlement n'est pas au-dessus de la définition de ses pouvoirs, celle-ci fut-elle dans une loi ordinaire ou dans une loi constitutionnelle. Il déclara :

(...) une législature n'a pas le pouvoir de laisser de côté les conditions d'exercice du pouvoir législatif qui lui sont imposées par l'instrument même qui règle son pouvoir de faire des lois....Mais la proposition suivante est inacceptable : qu'une législature, une fois établie, ait quelque pouvoir inhérent provenant de sa simple institution de faire à majorité simple une loi valide lorsque l'instrument qui la constitue prévoit qu'une telle loi ne peut être valide que si elle est adoptée par un type différent de majorité ou par un processus législatif différent.<sup>47</sup>

Bien entendu, ces opinions visaient une loi issue d'une autorité britannique et assujettie par le fait même à la suprématie du droit britannique sur le droit local. Mais JENNINGS estime que cette règle est valable même pour le Parlement de Westminster.

Ainsi, il serait possible pour un Parlement non assujetti à une constitution écrite de lier ses successeurs au moyen d'une procédure contraignante. Mais la règle de fond demeure qu'un

47 *Idem*, p. 197-199. Traduction de la Cour suprême du Canada dans *Mer-cure c. Saskatchewan*, [1988] 1 R.C.S. 234 p. 277.



Parlement ne peut pas lier ses successeurs quant à la substance des lois. Grâce à l'introduction de conditions de procédure, un Parlement souverain peut néanmoins rendre plus difficiles les modifications à une loi fondamentale et lui conférer une certaine suprématie législative. De plus, les États issus de la décolonisation et ayant reçu leur constitution de la Grande-Bretagne sont, après l'indépendance, assujettis à la même règle : ils doivent respecter les conditions spéciales de modification de leur loi constitutionnelle pour opérer dans la légalité.

## 2. FONCTIONNEMENT DE LA SUPRÉMATIE

### 2.1 *Portée et effet de la loi*

#### 2.1.1 *Suprématie des lois du Parlement*

Une loi du Parlement validement adoptée ne peut absolument pas être remise en question devant un tribunal. Ce dernier doit se contenter de veiller au respect des formalités que la législation elle-même impose au Parlement. HOOD PHILIPS<sup>48</sup> rapporte que lorsque le chanoine Selwyn tenta de contester la validité de la sanction royale donnée à la loi qui abolissait l'Église d'Irlande en 1869, comme étant contraire au serment du couronnement et à l'*Act of Settlement*, la réponse judiciaire fut sans équivoque : aucun organe judiciaire du pays n'a le pouvoir de remettre en question la validité d'une loi et une loi du Parlement est supérieure à toute décision judiciaire<sup>49</sup>. Ainsi, personne ne peut contester le fait que le Parlement a lui-même limité la durée de son existence à 5 ans ni le fait que nonobstant cette auto-limitation, il a prolongé cette durée pendant les deux guerres au-delà de ce temps. On ne peut non plus nier le fait que le Parle-

48 HOOD PHILIPS, *supra*, note 18, p. 51.

49 *Ex p. Selwyn*, (1872) 36 J.P. 54.

ment, dont la Chambre des Lords fait partie, a limité les pouvoirs de celle-ci en matière d'adoption de lois, particulièrement de lois financières<sup>50</sup>.

### 2.1.2 Règles d'interprétation législative

Puisque le Parlement souverain peut manifester librement sa volonté, les tribunaux ont développé divers principes d'interprétation législative découlant de cette suprématie. En premier lieu, comme nous l'avons mentionné, la loi postérieure prime toujours sur la loi antérieure en cas de conflit. Un Parlement conserve donc toujours la possibilité de modifier une norme juridique, sans nécessairement devoir abroger la première.

Par ailleurs, la loi produit des effets continus et ne s'éteint pas par le non-usage. Si un Parlement a légiféré sur une question, puis que la loi est tombée en désuétude, elle n'est cependant pas abrogée tant qu'une loi postérieure ne la contredit ou ne l'abroge explicitement. Il arrive parfois que l'on « redécouvre » de vieux textes législatifs oubliés mais non abrogés et qu'on leur donne un effet juridique.

Dans l'arrêt canadien *R. c. Mercure*<sup>51</sup>, le Parlement du Canada avait, en 1877, imposé à l'Assemblée législative d'un territoire fédéral l'obligation d'adopter ses lois en français et en anglais. Toutefois, en raison de circonstances politiques, le territoire avait cessé cette pratique depuis 1891. En 1905, ce territoire accéda au statut juridique d'état fédéré, de province canadienne. La loi qui lui conférait ce statut se contentait de proclamer que le droit antérieur était incorporé automatiquement au

50 DICEY s'interroge sur la validité de cette mesure : *supra*, note 6, p. xxxvii ss., pour conclure que l'effet du *Parliament Act, 1911*, 1 & 2 Geo. V, c. 13, est de répartir différemment la souveraineté entre les deux chambres du Parlement sans la transférer de l'une à l'autre.

51 *Supra*, note 47.

droit de la nouvelle province, tant que celle-ci ne l'aurait pas modifié. Or la Cour suprême du Canada estima que l'obligation de législation bilingue faisait partie du droit territorial en 1905, donc avait été incorporée au droit provincial. N'ayant pas été modifiée, elle était toujours en vigueur. Il s'agissait d'une condition procédurale (visant le mode d'adoption des lois) qui, par conséquent, s'imposait aux législatures subséquentes, jusqu'en 1988; toutes les lois adoptées en anglais seulement étaient donc nulles. Cependant, l'Assemblée législative souveraine pouvait supprimer la condition et réadopter rétroactivement ses lois en anglais seulement, ce qu'elle fit, au mépris des droits historiques de la petite minorité canadienne française de la province.

Le Parlement peut décider de faire rétroagir ses lois; les tribunaux reconnaîtront et appliqueront les lois rétroactives<sup>52</sup>. Comme nous venons de le constater, cette rétroactivité peut servir à valider des lois déclarées invalides par les tribunaux lorsque des conditions de procédure n'auraient pas été respectées.

La rétroactivité peut aussi servir à imposer des taxes, à créer de nouveaux crimes, à accorder le pardon. Elle peut servir à renverser les effets d'une décision judiciaire non appréciée par le pouvoir. WADE et BRADLEY<sup>53</sup> mentionnent que certains gouvernements se sont servis de leur majorité parlementaire pour faire adopter des lois qui écartaient le résultat de décisions judiciaires gênantes ou pour créer des infractions rétroactives. Bref, il n'existe en droit anglais aucune limite juridique à la rétroactivité des lois. Toutefois, les principes d'interprétation développés par la jurisprudence tempèrent la rigidité du principe : seule une déclaration claire et expresse de son effet rétroactif, dans la loi elle-même, réussira à lui conférer cet effet. Autrement, la loi parle pour l'avenir.

52 *Tracom S.A. v. Sudan Oil Seeds co. Ltd.*, [1983] 1 W.L.R. 1026, 1030, cité dans HOOD PHILIPS, *supra*, p. 53.

53 WADE and BRADLEY, *supra*, note 33, p. 67.

### 2.1.3 *La portée extra-territoriale des lois*

Un autre effet important de la suprématie parlementaire est la capacité du Parlement de légiférer et de chercher à faire appliquer son droit en dehors du territoire national. Ainsi, le Parlement peut chercher à faire appliquer son droit dans la zone économique des 200 milles ou sur le plateau continental. Il peut assujettir des citoyens britanniques à ses lois internes même lorsqu'ils se trouvent à l'étranger. Pratiquement, cette souveraineté est soumise aux impératifs du droit international, mais en droit britannique, un tribunal est obligé de reconnaître et d'appliquer une loi ayant une portée extra-territoriale.

### 2.2 *Respect des privilèges parlementaires*

L'une des caractéristiques les plus fondamentales de la suprématie du Parlement réside dans sa totale autonomie quant à ses procédures internes et dans les privilèges exorbitants que lui reconnaît la common law concernant la conduite de ses affaires, qu'elle appelle la *lex et consuetudo parlamenti*, la loi inhérente du Parlement. L'origine historique de ce concept vient du fait que le Parlement fut d'abord une Cour, la plus haute Cour du Royaume. Par conséquent, un tribunal de droit commun ne pouvait bien entendu prétendre exercer un pouvoir supérieur à celui-là<sup>54</sup>.

Par définition, ces privilèges se présentent comme des exceptions au droit général, des aires d'immunité absolue et d'étanchéité entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. REDLICH en donne la définition suivante :

---

54 R. MCGREGOR DAWSON, *The Government of Canada*, 5e éd. 1970, p. 337-338; E. MAY, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 21st ed. By C.J. BOULTON. London: Butterworths, 1989.

[traduction] ... la somme des droits fondamentaux de la Chambre et de ses membres pris individuellement vis-à-vis des prérogatives de la Couronne, de l'autorité des tribunaux ordinaires et des droits spéciaux de la Chambre des lords.<sup>55</sup>

L'obtention par le Parlement de ces privilèges, qui forment en eux-mêmes un droit séparé, *sui generis* et distinct de la common law, provient de longues luttes entre la Couronne britannique et le Parlement, surtout au 15<sup>e</sup> siècle. Dès le 16<sup>e</sup> siècle, un équilibre relatif s'était établi entre ces deux institutions. Les tribunaux, qui ont eux aussi cherché à consolider leur pouvoir et leurs fonctions, ont finalement admis qu'ils n'avaient plus aucun contrôle sur les privilèges parlementaires et que la common law devait prendre acte de leur existence. Ainsi le juge en chef Lord Coleridge a-t-il pu écrire en 1884, dans *Bradlaugh c. Gossett*<sup>56</sup> :

Ce qui se dit ou se passe dans l'enceinte du Parlement ne peut pas faire l'objet d'un examen devant une cour de justice. Sur ce point, tous les juges ayant pris part aux deux grands arrêts qui épuisent la question — *Burdet c. Abbott* [(1811), 14 East 1, 104 E.R. 501] et *Stockdale c. Hansard* [(1839), 9 Ad. & E. 1, 112 E.R. 1112] — sont d'accord et formels. La compétence qu'ont les chambres sur leurs propres membres, leur droit d'imposer une discipline à l'intérieur de leurs murs, sont absolus et exclusifs. Pour employer les termes de lord Ellenborough, «Ils sombreraient sans cela dans l'inefficacité et le mépris absolus» [14 East 1, 104 E.R. 501, à la p. 559 E.R.]

55 J. REDLICH, *The Procedure of the House of Commons*, vol. I. Translated from the German by A. Ernest Steinthal. London: Archibald Constable & Co., 1908, p. 46; traduction de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting c. Nova Scotia*, [1993] 1 R.C.S. 319, jugement du juge en chef Lamer p. 342.

56 (1884), 12 Q.B.D. 271, p. 275; traduction de la Cour suprême du Canada, *ibid.*

Cette vieille décision est intéressante à plus d'un titre. Bradlaugh, élu à la Chambre des communes, était un athée; il ne pouvait donc prêter le serment d'allégeance et occuper son siège. La Chambre l'autorisa par résolution à produire une affirmation solennelle en lieu et place, mais dans *Clarke v. Bradlaugh*<sup>57</sup>, la Cour d'appel le condamna à une amende au motif que la loi sur les serments parlementaires ne l'autorisait pas à faire une déclaration. Il fut néanmoins réélu mais la Chambre refusa de lui faire prêter serment et autorisa le sergent d'armes à l'expulser. Il réclama une injonction pour empêcher l'exécution de la résolution; elle lui fut refusée au motif que cette fois, le tribunal n'avait pas compétence pour décider de sa capacité à siéger. Si la Cour pouvait appliquer une loi imposant une pénalité à ceux qui auraient fait des affirmations solennelles illégalement, elle ne pouvait cependant pas décider qui pouvait siéger et voter ou non.

L'objet premier des privilèges est d'assurer un fonctionnement le plus efficace possible des assemblées législatives. Ainsi, les tribunaux peuvent définir l'étendue d'un privilège ou le décrire, mais ils s'abstiennent totalement d'intervenir dans son exercice. Cette règle fait elle-même partie de la common law.

Dans *Stockdale v. Hansard*<sup>58</sup>, Hansard avait publié, sur l'ordre de la Chambre des Communes de Londres, un rapport d'inspecteurs de prison disant que des livres obscènes publiés chez Stockdale circulaient dans les prisons du Royaume. Stockdale poursuivit Hansard en diffamation. Hansard gagna la première cause au motif que les faits publiés étaient vrais; dans une seconde action, Hansard reçut l'ordre de la Chambre de plaider que celle-ci invoquait le privilège parlementaire du contrôle sur la diffusion des travaux pour résister à des actions en diffam-

57 (1881), 7 Q.B.D. 38 (C.A.).

58 (1839), 9 Ad & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112.

mation. La Cour rejeta l'argument, au motif que c'étaient les tribunaux de droit commun qui avaient l'autorité de définir la nature et l'existence de privilèges; une simple déclaration par une des Chambres ne suffisait pas. Lord Coleridge ajouta que les privilèges comprenaient ce qui était nécessaire aux travaux de la Chambre.

L'affaire eut deux séquelles. D'abord, condamné à des dommages-intérêts, Hansard vit certaines sommes d'argent saisies par les sherifs du Middlesex; quand la Chambre fut de nouveau en session, elle cita les sherifs pour outrage au Parlement et les fit emprisonner. Ils contestèrent la légalité de leur détention mais la Cour refusa de faire enquête sur la véracité des motifs allégués par la Chambre, soit le bris de privilège, estimant que cette fois il s'agissait des affaires internes du Parlement et que la Chambre avait droit au même respect et à la même déférence qu'une cour de justice<sup>59</sup>. En second lieu, le Parlement adopta le *Parliamentary Privilege Act*, 1840, étendant son privilège aux personnes diffusant des travaux du Parlement.

Il existe deux catégories de privilèges : les privilèges collectifs des chambres et les privilèges individuels des députés.

### 2.2.1 *Les privilèges collectifs des chambres*

Les Chambres législatives disposent de certains privilèges relatifs à la conduite de leurs affaires internes. On peut mentionner le contrôle exclusif des procédures internes, le contrôle de la qualité de député et du droit de participer aux travaux, l'expulsion des étrangers, le contrôle de la publication des débats.

---

59 *The Case of the Sheriff of Middlesex*, (1840), 11 A & E 273.

Le contrôle exclusif des procédures internes crée une barrière entre les travaux de l'Assemblée et les tribunaux judiciaires. Ceux-ci, on l'a vu, doivent accepter une loi telle qu'elle se présente, pourvu que les procédures législatives d'adoption aient été respectées. Les tribunaux ne sont pas autorisés à s'informer du respect des procédures parlementaires elles-mêmes. Cette règle a été maintes fois appliquée par les tribunaux.

Dès 1842, dans *Edimburgh & Dalreith co. v. Wauchope*<sup>60</sup>, la Cour d'appel d'Angleterre a indiqué que le tribunal ne pouvait que consulter le registre parlementaire pour s'assurer que la loi avait été adoptée par la Chambre des Communes et la Chambre des Lords et reçu la sanction royale. Il ne peut examiner ce qui s'est passé pendant l'introduction, la discussion et les procédures d'adoption des lois. Les tribunaux doivent appliquer la loi comme ils la trouvent. Dans *Labrador co. v. R.*<sup>61</sup>, une compagnie voulait attaquer une loi anglaise au motif que les procédures d'adoption n'avaient pas été régulièrement suivies. Le Comité judiciaire du Conseil privé rejeta l'action au motif que s'il y avait eu erreur, seule la législature avait le pouvoir de la corriger. Récemment, dans *Pickin v. British Railway Board*<sup>62</sup>, un demandeur alléguait que la Chambre avait été trompée dans l'adoption d'une loi d'intérêt privé. Le Conseil privé refusa d'entendre l'argument au motif que ce qui se passait à l'intérieur des chambres ne regardait pas les tribunaux mais relevait des assemblées elles-mêmes.

La règle est étendue aux dominions et aux anciennes colonies<sup>63</sup>. Ceux-ci disposent des privilèges nécessaires à leur fonctionnement, mais leurs constitutions peuvent les autoriser à éten-

---

60 (842), 8 E.R. 279.

61 [1893] A.C. 104.

62 [1974] A.C. 765.

63 *Tukino v. Motea District Maori Land Board*, [1941] A.C. 308, 322-323.



dre ceux-ci dans des limites qu'elles indiquent. En l'absence d'autorisation constitutionnelle, les assemblées des dominions disposent des privilèges que la common law estime nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils sont moindres que les privilèges de la Chambre des Communes britannique<sup>64</sup>.

L'un des privilèges les plus importants est celui de l'autonomie sur la conduite des affaires internes. L'assemblée peut statuer sur les remontrances, les suspensions ou les expulsions et déclarer un siège vacant. DE SMITH soutient même que ce pouvoir permettrait à un gouvernement d'utiliser sa majorité parlementaire pour expulser tous les députés de l'opposition<sup>65</sup>. Il reconnaît cependant que dans l'ère moderne, on n'expulse les députés que pour bris de privilèges parlementaires, outrage au Parlement ou culpabilité criminelle.

Dans *Harnett v. Crick*<sup>66</sup>, le Comité judiciaire du Conseil privé a confirmé que la Chambre des Communes avait le droit de suspendre un député en attendant un verdict criminel et avait le droit d'expulser ledit membre pour faire exécuter son ordre. Le député expulsé ne peut donc pas poursuivre le président de la Chambre pour réclamer des dommages-intérêts : si la Chambre a commis un délit, celui-ci est protégé par le privilège. Dans *MacLean c. Nova Scotia*, la Cour suprême de la province de Nouvelle-Écosse confirme le pouvoir exclusif d'une assemblée parlementaire de déclarer un siège vacant<sup>67</sup>. McLean avait été expulsé et son siège déclaré vacant après qu'il eut été reconnu coupable de fraude électorale. Ses électeurs le reportèrent néanmoins au pouvoir à l'élection suivante, car si une Chambre peut expulser un membre ou le disqualifier, elle ne peut l'empêcher de se représenter et d'être réélu. Le cas de John Wilkes est de-

64 *New Brunswick Broadcasting v. Nova-Scotia*, *supra*, note 55.

65 DE SMITH, *supra*, note 30, p. 323.

66 [1908] A.C. 470.

67 (1987), 35 D.L.R. (4th) 306.

meuré célèbre dans les annales britanniques. Député turbulent et démagogue, il fut expulsé et réélu à trois reprises en 1770, jusqu'à ce que la Chambre offre son siège au second candidat. Il fut néanmoins réélu en 1774 et cette fois, la Chambre ne prit aucune mesure contre lui.

Les Chambres des Communes et des Lords ont aussi le pouvoir exclusif d'expulser les étrangers et de contrôler l'accès à leurs locaux. Leur autonomie à cet effet est totale et les tribunaux ne peuvent, pour aucune raison, contester l'exercice de ce pouvoir. En réalité, la Cour suprême du Canada reconnaît implicitement que le Parlement a le droit de siéger à huis clos s'il le désire<sup>68</sup>.

Ainsi dans *Rapworth v. Coventry*<sup>69</sup>, un tribunal reconnaît le droit absolu du Parlement d'interdire les manifestations qui empêcheraient d'accéder à son enceinte. La Cour suprême du Canada estime quant à elle que le public n'a accès aux lieux de débats et à l'enceinte que sur permission de la Chambre; cela comprend les corridors, les escaliers et les fumoirs<sup>70</sup>. Un des arrêts les plus importants sur la question est *New Brunswick Broadcasting*<sup>71</sup>. Le président d'une assemblée législative avait ordonné qu'on ne filme pas les débats parlementaires et qu'on expulse les journalistes qui contreviendraient à cet ordre. Une chaîne d'information avait contesté cette ordonnance et l'expulsion de son journaliste, au motif qu'un tel geste contrevenait à la liberté d'expression. La Cour suprême rejeta l'argument : l'ordonnance relevait du privilège parlementaire d'expulsion des étrangers, lequel faisait partie du droit constitutionnel canadien tout comme du droit constitutionnel britannique. Les tribunaux devaient donc respecter l'autonomie du Parlement à cet égard et

68 *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, note 55.

69 [1967] 1 W.L.R. 663.

70 *Paysan c. Hubert*, [1904] 34 R.C.S. 400.

71 *Supra*, note 55.

même la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui fait aussi partie de la Constitution du Canada, ne pouvait s'appliquer à l'existence ou à l'exercice du privilège.

Enfin, les Chambres ont la liberté totale de contrôler la diffusion de leurs débats. Nous verrons dans la prochaine section les implications de ce privilège pour les députés eux-mêmes.

### 2.2.2 *Les privilèges individuels des députés*

Les privilèges individuels des députés, comme les privilèges collectifs des Chambres, sont tributaires de l'histoire. En 1689, quand Guillaume, prince d'Orange et Marie Stuart accèdent conjointement au trône d'Angleterre, ils doivent signer un texte (le *Bill of Rights*) au sein duquel on retrouve notamment, à l'article 9, la reconnaissance de la liberté absolue de parole des députés. Cette immunité est acceptée et respectée par les tribunaux. Elle ne se limite pas aux débats et englobe d'autres privilèges nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

Un député dispose d'une immunité de poursuite pour les déclarations faites dans l'exercice de son mandat. Ce privilège est absolu : un député est complètement libre de dire ce qu'il veut dans l'enceinte parlementaire et à l'occasion des travaux de la Chambre. Il subira des sanctions parlementaires s'il contrevient au règlement de la Chambre, mais ne sera poursuivi ni au civil ni au criminel.

Dans *Chenard c. Arissol*<sup>72</sup>, un député de l'Assemblée législative des Seychelles en poursuivait un autre en diffamation en raison d'une question posée pendant les travaux parlementaires. Le Comité judiciaire du Conseil privé réitéra la jurispru-

---

72 [1949] A.C. 127.

dence britannique applicable et rejeta l'action au motif que le privilège est absolu. Il vient d'une nécessité inhérente au bon déroulement des travaux.

Un député peut ainsi communiquer à une assemblée législative des informations soumises à la non-publication et les rendre publiques par la même occasion. Cependant, l'immunité ne s'étend pas automatiquement aux publications des travaux de la Chambre ni aux journalistes et aux médias d'information, à moins que la loi elle-même les rende applicables<sup>73</sup>. Les lois étendent généralement l'immunité aux stations de télévision qui diffusent textuellement les déclarations litigieuses, sans les commenter; aux médias écrits qui les citent «verbatim»; aux rapports officiels des débats. Toutefois, l'immunité n'est alors pas absolue et les responsables des médias doivent faire preuve de prudence avant de décider de diffuser ou publier une déclaration litigieuse : la diffusion et le compte rendu ne doivent pas être malveillants.

Dans *Church of Scientology of California v. Johnson-Smith*<sup>74</sup>, un député avait fait des commentaires désobligeants concernant l'Église de scientologie sur les ondes d'une station de télévision. Dans une action en diffamation, l'Église désirait déposer des extraits du *Hansard*, le journal officiel des débats publié sous l'autorité de la Chambre, pour prouver la malveillance du député. La Cour d'appel rejeta la demande. Le privilège s'étend à l'examen des procédures de la Chambre pour justifier une cause d'action, même si la cause d'action elle-même vient d'un acte posé en dehors du cadre des travaux. Les extraits du

---

73 Ce fut le cas en Angleterre avec le *Parliamentary Papers Act (1840)*, 3 & 4 Vict. c. 9, adopté en conséquence de l'affaire *Stockdale c. Hansard*, *supra*, note 58.

74 [1972] 1 Q.B. 522 (C.A.).

*Hansard* ne peuvent être utilisés devant une Cour de Justice pour remettre en question ce qui est dit pendant les travaux de la Chambre.

L'immunité s'applique aux déclarations faites pendant les travaux de l'Assemblée; une déclaration faite par le Premier Ministre du Canada dans son bureau a été jugée protégée par l'immunité parce qu'il s'agissait d'un prolongement d'une déclaration faite en Chambre<sup>75</sup>.

Les députés jouissent aussi d'une immunité d'arrestation et de comparution pour outrage au tribunal, et de comparution comme témoins, pendant la durée d'une session. Ils sont aussi protégés contre les perquisitions et les saisies dans leurs bureaux. Mais ils ne disposent pas d'une immunité d'arrestation pour les infractions pénales ou criminelles qu'ils commettent et qui ne sont pas autrement liées à leur mandat de député.

### 3. CONCLUSION SUR LA SUPRÉMATIE PARLEMENTAIRE MODERNE

La suprématie parlementaire fait figure de dogme en Grande-Bretagne. Toutefois, l'environnement politique et économique moderne conduit à nuancer et relativiser cette position. La Grande-Bretagne ne règne plus sur un empire où le soleil ne se couche jamais; elle fait partie d'organismes internationaux et de traités économiques ayant des conséquences immédiates, bien qu'indirectes, sur le régime juridique. Les forces politiques modernes ne permettent plus au Parlement d'exercer véritablement l'ensemble de ses pouvoirs. L'exécutif domine et contrôle les travaux des chambres.

---

75 *Roman corp. v. Hudson Bay co.* (1972), 1 O.R. (2d) 444 (Cour d'appel de l'Ontario).

D'autre part, dans les pays fédéraux, la souveraineté parlementaire est divisée entre deux ordres législatifs : c'est là l'essence même du fédéralisme. Une constitution écrite règle le partage des compétences législatives entre les deux niveaux et la suprématie parlementaire est limitée par le cadre constitutionnel du partage des compétences. Un tribunal a donc le pouvoir de prononcer la nullité de lois adoptées en l'absence de toute compétence constitutionnelle. La suprématie du Parlement est assujettie à une première limite découlant de la structure de l'État et ne s'exerce qu'à l'intérieur de ce cadre. Enfin, dans la plupart des démocraties modernes, une charte des droits et libertés fait partie de l'ordre constitutionnel et offre au juge constitutionnel un instrument additionnel pour contrôler et limiter le pouvoir théoriquement absolu du Parlement.

Notons qu'au Canada, une clause de dérogation expresse<sup>76</sup> permet à une autorité législative qui le déclare explicitement de soustraire une de ses lois à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette faculté constitue une reconnaissance de la suprématie ultime du Parlement sur le juge, fût-ce le juge constitutionnel. La Cour suprême a reconnu la liberté totale d'une autorité législative de l'invoquer pour quelque motif que ce soit<sup>77</sup>.

On constate donc qu'il n'y a qu'en Angleterre que la suprématie du Parlement opère pleinement à titre de principe constitutionnel fondamental. Il demeure intact en théorie, bien que les facteurs non juridiques qui encadrent son exercice le rendent de plus en plus éloigné des véritables réalités du pouvoir. Toutefois, cela ne semble pas présenter de véritable problème pour la stabilité de l'ordre juridique britannique, puisque deux autres principes complètent le premier.

---

76 L'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Annexe B du *Canada Act*, 1982 c. 11 (U.K.).

77 *Ford c. Procureur Général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

### CHAPITRE III

#### LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT

Aristote, le premier, a dit que le gouvernement des lois est préférable au gouvernement des hommes, manifestant ainsi l'attachement de la civilisation occidentale à la règle juridique, à l'état de droit, au fait de régir son comportement conformément à des lois relativement précises, claires et connues, ou à des règles de droit dûment dégagées de la jurisprudence des tribunaux.

En droit britannique, le principe de la suprématie parlementaire est complété par celui de la primauté du droit, sens moderne de l'expression consacrée : *The Rule of Law*.

Ce principe se trouve au coeur même de la common law, et comme le premier, a acquis un sens quelque peu différent qu'au moment de sa formulation en 1885 par DICEY. Découlant plus de la théorie politique que du droit positif, le principe a néanmoins des conséquences juridiques précises que nous allons dégager.

#### 1. LE SENS PREMIER DE LA *RULE OF LAW*

Écrivant en 1885 et soucieux d'expliquer à ses contemporains les rouages de la constitution britannique, DICEY identifia ce concept comme l'un des plus fondamentaux de la common law constitutionnelle et contrasta ce régime avec celui du continent, tel qu'il le concevait à l'époque.

Selon DICEY, qui fait remonter ce principe au temps de la conquête normande, au 11<sup>e</sup> siècle, le concept est aussi flou et indéfini que fondamental : il s'agit de la suprématie du droit. Ce concept comprendrait trois volets : la garantie contre l'arbitraire, l'égalité formelle complétée par le recours devant les tribunaux ordinaires et l'aversion pour les déclarations de droits fondamentaux.

### *1.1 Protection contre l'arbitraire*

Tout d'abord, aucun homme ne peut être puni, se voir infliger des souffrances physiques ou des atteintes à ses biens, sauf en cas de violation de la loi établie par un tribunal ordinaire. Ici, la règle de droit est contrastée à l'arbitraire ou même au pouvoir discrétionnaire. Selon DICEY, dès qu'il y a discrétion, il y a place pour l'arbitraire et l'arbitraire du Roi signifie l'insécurité des sujets. Selon lui, l'irrespect royal pour le droit est inhérent au système de gouvernement français<sup>78</sup>.

En ce premier sens, DICEY manifeste sa méfiance à l'endroit de toute délégation discrétionnaire de pouvoir, qui porte en germe la possibilité de l'arbitraire. En réalité, cela signifie que l'exécutif d'un État doit être soumis tant au Parlement qu'au pouvoir judiciaire. Le Parlement confère ses pouvoirs à l'exécutif et le judiciaire en contrôle l'exercice. Il n'y a donc pas, sous ce système, de « domaine de la loi » ni de « domaine du règlement », pas plus que l'exécutif ne peut se réclamer, au contraire du Parlement ou du pouvoir judiciaire, d'un quelconque « pouvoir inhérent », sous réserve de la prérogative royale, elle-même sévèrement contrôlée par les tribunaux. Le Parlement souverain peut bien entendu déléguer une parcelle plus ou moins considérable de son pouvoir à l'exécutif, mais il y a une limite ultime à cette délégation : l'exécutif doit respecter l'objet de la

---

78 *Supra*, note 6, p. 112-114.



loi dans l'exercice de son pouvoir et ne peut poser aucun geste pour lequel il ne puisse se réclamer d'une règle de droit existant soit dans la loi, soit dans la common law.

Le développement de cette idée remonte effectivement loin dans le Moyen Âge. Déjà, en 1215, quand Jean sans Terre se voit contraint par ses barons en armes de signer la *Magna Carta*, la Grande Charte, en vertu de laquelle il s'engage à respecter certains privilèges des Lords (dont celui d'être jugés par leurs pairs et celui de ne pas voir lever d'impôts sans leur consentement), la classe politique anglaise manifeste l'idée - encore embryonnaire - que le pouvoir royal peut être contraint par un texte. En 1610, dans l'affaire des proclamations, le tribunal refuse au roi le pouvoir de créer des crimes par décret, cette fonction devant relever du Parlement<sup>79</sup>. Cet important arrêt établit que les pouvoirs que le Roi tire de ses prérogatives royales sont limités par le droit commun du pays, celui des tribunaux ou celui du Parlement, seul compétent pour les abolir. Ce principe fondamental ôtait aux monarques le droit d'étendre leurs pouvoirs juridiques à leur guise. Un peu plus tard, la Cour estima que le pouvoir royal de dispenser une personne de l'application de la loi était limité, mais faisait quand même partie des prérogatives du Roi d'Angleterre. Jacques II utilisa cette règle pour accorder une dispense quasi générale des lois religieuses, ce qui fut la cause immédiate de la Glorieuse Révolution. Le *Bill of Rights* de 1689 consacra cette évolution en cherchant à assujettir la monarchie à une règle juridique préétablie; les articles 1 et 2 supprimaient le pouvoir royal d'accorder des dispenses<sup>80</sup>. En 1765, dans *Entick v. Carrington*<sup>81</sup>, un tribunal annula une saisie au motif que le Secrétaire d'État n'avait, ni en common law ni selon les lois du royaume, le pouvoir d'émettre un mandat géné-

79 *Case of Proclamations*, (1610-11), 12 Co. Rep. 74.

80 WADE & BRADLEY, *supra*, note 33, p. 62.

81 (1765), 19 St. Tr. 1029, p. 1066.

ral de perquisition et saisie. Peu après, dans *Campbell v. Hall*<sup>82</sup>, la Cour affirma que le pouvoir royal de légiférer par décret sur des territoires conquis (lesquels, par le fait de la conquête, tombent dans le patrimoine de la Couronne) s'éteint lorsque la colonie est dotée par le Parlement d'une assemblée législative locale. Ainsi, les tribunaux britanniques imposèrent au Roi, puis plus tard aux officiers royaux qui exerçaient le pouvoir exécutif en son nom, les limites de la common law. Par ailleurs, le Parlement gagna le droit définitif de contrôler les pouvoirs de l'Exécutif, de les augmenter ou les diminuer à sa guise. Ainsi est né ce premier sens de la Primauté du droit, qui n'est rien d'autre que le principe de légalité : tout pouvoir tire sa source d'une règle de droit.

Mais la notion diceyenne selon laquelle tout pouvoir discrétionnaire mène nécessairement à l'arbitraire est sujette à caution. L'État moderne ne peut plus être gouverné sans déployer de vastes pouvoirs discrétionnaires nécessaires pour faire face aux complexités des exigences du gouvernement. Toutefois, DICEY visait surtout **la source** du pouvoir exécutif. En effet, il est inconcevable pour lui et pour tout juriste britannique que l'exécutif dispose de pouvoirs inhérents, qu'il se donne à lui-même, directement. De même, la notion selon laquelle l'exécutif constitue une branche autonome de l'État, à laquelle la constitution attribue des pouvoirs et des prérogatives spéciaux, est totalement étrangère au droit britannique. Pour la common law, la séparation des pouvoirs n'est pas un principe absolu; elle doit s'entendre selon la *rule of law*. La position de la Couronne est donc juridiquement subordonnée au Parlement ou aux tribunaux qui expriment le droit commun. Si l'exécutif est la branche qui dispose du pouvoir politique, elle est celle dont la position juridique est en théorie la plus faible.

---

82 (1774), 1 Cowp. 204.

DICEY se préoccupait beaucoup de la liberté et de la propriété privée des citoyens britanniques. Il concevait donc la *rule of law* comme un rempart protégeant les honnêtes citoyens britanniques contre les excès du gouvernement et de ses sbires. DICEY était conservateur et le resta durant toute son éminente carrière. Ainsi, à moins qu'un policier ou un officier public puisse se justifier par une quelconque règle de droit, une personne est libre de vaquer à ses occupations sans interférence des agents officiels de l'État. Les pouvoirs d'arrestation et de détention sont limités et contrôlés par les tribunaux, notamment par la procédure d'*habeas corpus* (littéralement : ayez le corps), au moyen de laquelle toute personne détenue doit être conduite devant un juge ordinaire qui vérifiera la légalité de cette détention et, soit remettra le prisonnier en liberté, soit décidera ce qu'il convient d'en faire conformément au droit. Les notions de détention préventive ou de garde à vue sont étrangères à la *rule of law* et il faut une intervention explicite du Parlement pour les instaurer. DICEY serait sans doute inquiet de constater la prolifération des pouvoirs spéciaux que les législations modernes accordent aux inspecteurs de tout acabit pour faire respecter des régimes législatifs et des systèmes de réglementation fort détaillés, car il prônait une intervention minimaliste de l'état et ne concevait pas que ce dernier doive intervenir pour contrôler les forces économiques du marché, redistribuer la richesse, assurer la santé et la sécurité publiques, protéger l'environnement et conserver les ressources naturelles. Le premier sens de la primauté du droit a donc dû évoluer pour s'adapter aux contingences modernes.

## 1.2 L'égalité formelle et le recours devant un tribunal ordinaire

La seconde notion défendue par DICEY est que toutes les classes de citoyens sont soumises au droit ordinaire du pays, administré par les tribunaux ordinaires du pays. Ni Roi, ni ministres, ni aucun pouvoir dans l'État ne disposent de privilèges spéciaux ou d'un régime juridique distinct administré par des

tribunaux distincts. Le droit britannique ne connaît donc pas le droit administratif au sens français ou européen de ce terme. L'administration publique est soumise aux règles de droit privé, telles qu'appliquées par les tribunaux ordinaires et adaptées au besoin par la common law qui reconnaît les réalités du pouvoir. Ainsi, les officiers publics sont personnellement responsables des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs fonctions, s'ils outrepassent les cadres de leur mandat.

Ainsi, le Premier Ministre d'une province canadienne, le Québec, fut condamné à verser des dommages-intérêts à un membre des témoins de Jéhovah. Le Premier Ministre, en l'absence de toute autorité législative ou de common law, avait ordonné à un officier public que l'on annule le permis de restaurateur d'un certain RONCARELLI et qu'on ne le lui redonne jamais, au motif qu'il versait les cautions requises pour faire libérer ses coreligionnaires emprisonnés. La Cour suprême estima que ce geste posé sans aucune autorité légale constituait un délit qui avait causé des dommages à RONCARELLI et que le Premier Ministre n'était pas au-dessus des lois ordinaires de la responsabilité civile délictuelle<sup>83</sup>.

De même, un procureur de l'État peut être poursuivi et condamné à verser des dommages-intérêts s'il intente une poursuite criminelle malveillante contre une personne subséquemment libérée faute de preuve<sup>84</sup>.

DICEY consacre d'ailleurs le douzième chapitre de son ouvrage à contraster les mérites et défauts de la common law avec ce qu'il perçoit comme étant les mérites et défauts du droit administratif français, pour conclure à la supériorité théorique de la première sur le second. Il croyait que l'on ne pouvait avoir de droit administratif sans tribunal spécialisé dans le domaine.

83 *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

84 *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

Or les analyses plus récentes montrent que chaque système a ses mérites propres et réussit, tant bien que mal, à poser certaines limites à l'exercice du pouvoir exécutif. On ne peut non plus nier l'autonomie moderne du droit administratif américain, pourtant issu de la même source théorique. Par ailleurs, si Lord REID pouvait écrire dans *Ridge v. Baldwin*<sup>85</sup> que l'Angleterre n'avait pas de système de droit administratif parce qu'elle n'en avait pas besoin, Lord DIPLOCK constatait, en 1984, la prolifération de règles relatives au contrôle judiciaire de la légalité des décisions administratives pour conclure au développement d'un véritable système de droit administratif britannique<sup>86</sup>.

L'égalité formelle devant le droit ne suffit plus à rendre compte de la réalité. D'une part, le législateur crée une multitude de distinctions; l'égalité formelle empêchant le juriste de contester la création de ces inégalités, il a fallu développer la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, la jurisprudence américaine sur le 14<sup>e</sup> amendement à la Constitution des États-Unis et la jurisprudence des États membres du Commonwealth, qui fonctionnent sous une constitution écrite garantissant la protection contre la discrimination, pour dépasser le modèle diceyen d'égalité et approfondir la notion juridique d'égalité. Par ailleurs, au temps même de DICEY, il était faux d'affirmer que la Couronne et l'exécutif étaient soumis aux mêmes règles de droit que l'ensemble de la population. La Couronne jouissait de certains privilèges et de certaines immunités, limitées, il est vrai, par la common law, mais exorbitantes par rapport au droit général : les prérogatives royales.

Les **prérogatives royales** représentent le résidu des pouvoirs absolus du Roi. Bien que le Parlement ait le **pouvoir** de légiférer concernant les fonctions et les privilèges de la Cou-

85 [1964] A.C. 40.

86 *Mahon v. Air New Zealand*, [1984] A.C. 808. HOOD PHILIPS, *supra*, note 18, p. 32.

ronne et de l'Exécutif, il n'a pas nécessairement exercé ce pouvoir de sorte qu'il subsiste certains privilèges et certaines immunités qui sont reconnues à la Couronne britannique et à ses mandataires en vertu de la common law. Toutefois, ces privilèges et ces immunités ne sont pas définis par la Couronne elle-même et le seul fait qu'elle les revendique ne les rend pas exécutoires en droit. Il appartient alors aux tribunaux de décider si un privilège ou une immunité existent, quelle est leur étendue et quelle en est la portée. Tout comme les privilèges parlementaires, les pouvoirs de prérogative sont assujettis à la common law en l'absence de lois qui les consacraient.

C'est au chapitre des immunités que la jurisprudence se montre la plus généreuse. DE SMITH en fait la liste suivante (l'expression « Sa Majesté » désignera ici la Couronne en sa capacité institutionnelle, c'est-à-dire le pouvoir exécutif, le gouvernement; s'agissant de la personne royale en sa capacité personnelle, la situation peut s'avérer différente.) :

- Sa Majesté ne peut commettre de crime ni de délit civil (« The King can do no wrong »); cette immunité a été partiellement levée par loi en matière de délit civil.
- Sa Majesté est un créancier privilégié. Elle est toujours payée la première.
- Le temps ne joue pas contre Sa Majesté : aucune prescription ne lui est applicable (cette immunité a été abolie par loi dans la plupart des cas).
- La loi ne s'applique pas à Sa Majesté, sauf mention expresse ou par implication nécessaire. Cette curieuse prérogative subsiste toujours mais fait l'objet d'une interprétation restrictive puisqu'elle va clairement à l'encontre de la primauté du droit.
- Sa Majesté est exempte du paiement de taxes.
- Sa Majesté a le devoir d'étendre sa protection à ses nationaux à l'étranger.

- Sa Majesté a le devoir de protéger les enfants et exerce une compétence *parens patriae*, prérogative qu'elle exerce maintenant et depuis fort longtemps par l'intermédiaire de ses tribunaux.
- On ne peut obtenir d'injonction contre Sa Majesté.
- Les biens de Sa Majesté ne peuvent être saisis ni taxés.
- Sa Majesté peut refuser de divulguer des renseignements pour raisons d'intérêt public, y compris des documents gouvernementaux à l'occasion d'un litige.
- En tant que Fontaine de la Justice, Sa Majesté garde le pouvoir de nommer les juges et de créer des tribunaux pour l'administration de la common law.

Plusieurs de ces immunités de prérogative ont été réglementées, voire supprimées, par la législation. Celles qui subsistent font l'objet d'une abondante jurisprudence concernant leur étendue et leur limite. Mais leur seule existence dément l'idée selon laquelle l'exécutif est soumis au même droit que l'ensemble de la population.

D'autre part, s'agissant des **pouvoirs de prérogative**, ils sont aujourd'hui fort peu nombreux, ayant été remplacés par la loi. On peut mentionner, avec DE SMITH :

- la déclaration de guerre,
- la signature de traités,
- la nomination des ambassadeurs et des plus hauts fonctionnaires de l'État,
- en général, la conduite des affaires internationales et les décisions qui s'y rattachent,
- le pardon et la grâce,
- l'émission de passeports,
- la conduite et la cessation de poursuites pénales (exercées par des **procureurs de la couronne**),
- l'octroi de chartes d'incorporation de sociétés commerciales,

- l'octroi de franchises,
- la perception de frais sur les ponts et traversiers,
- l'impression et la publication des lois et des documents officiels du gouvernement<sup>87</sup>.

### *1.3 Les droits comme conséquence du fonctionnement des institutions*

Le troisième énoncé de DICEY postule que les droits sont la conséquence, plutôt que la source, du bon fonctionnement des institutions. Ce point aide à comprendre pourquoi la Grande-Bretagne ne sent pas réellement le besoin de se doter d'une Déclaration des Droits. À quoi bon? Si le Parlement souverain, démocratiquement élu, au sein duquel, selon les conventions de la Constitution, la loyale opposition de Sa Majesté dispose de tous ses droits, développe les consensus sociaux nécessaires au bon gouvernement et si la common law, bien administrée par les tribunaux ordinaires du pays, offre aux personnes lésées un recours adéquat et efficace, tout en contrôlant l'exercice des pouvoirs du gouvernement et en veillant au respect de certains principes fondamentaux qu'elle développe depuis des siècles, que pourrait ajouter une Déclaration constitutionnelle de droits fondamentaux? La Grande-Bretagne a d'ailleurs ratifié la *Convention européenne des Droits de l'Homme* et s'il se présente un problème réel qui a échappé à l'équilibre délicat réalisé au sein du système, la Cour de Strasbourg est toujours là en guise de recours ultime. Mais en réalité, dans la culture juridique de common law hors de la Grande-Bretagne, les Déclarations de Droits ne sont utiles que pour compléter la jurisprudence ordinaire; souvent, elles constitutionnalisent les principes qu'elle avait déjà reconnus. Les tribunaux continuent d'ailleurs à jouer un rôle important dans leur interprétation et leur application.

---

87 Pour une excellente synthèse, voir DE SMITH, *supra*, note 30, pp. 11-152.



Les **droits** des sujets britanniques sont intégrés au droit commun du pays puisque celui-ci n'a pas de constitution écrite. Selon Hood Philips, la primauté du droit agit comme règle morale et ressemble aux directives de politique étatique des constitutions de l'Irlande ou de l'Inde; il doute de l'utilité d'une déclaration de droits<sup>88</sup>. Toutefois, l'effet positif d'une déclaration des droits et libertés dans une société moderne commanderait que l'on étudie sérieusement la question.

Par ailleurs, on peut aussi remettre en cause l'idée selon laquelle les tribunaux ordinaires, et eux seulement, administrent le droit. La prolifération d'organismes administratifs de toutes sortes qui interprètent, appliquent et sanctionnent les lois les plus diverses, dément la pérennité de ce postulat. Toutefois, il est vrai qu'en droit anglais, il n'existe pas de juridiction spécialisée. L'idée d'une Cour constitutionnelle ou d'un Conseil d'État, dotés de compétences exclusives et limitées, est totalement étrangère au système. Les tribunaux ordinaires, de la Haute Cour jusqu'à la Chambre des Lords, ont compétence pour connaître de toute question de droit. Ne reconnaissant pas l'autonomie du droit constitutionnel ou du droit administratif (ni de quelque autre branche du droit, d'ailleurs), le droit britannique ne reconnaît pas non plus la nécessité de faire administrer ces régimes juridiques par des tribunaux spécialisés. Ce principe, dit de l'« unité de juridiction », comporte des avantages et des inconvénients. D'une part, il évite aux plaideurs la nécessité de devoir suspendre l'audition d'une affaire pour saisir un tribunal spécialisé d'une question ponctuelle; ils peuvent obtenir une réponse immédiate du tribunal devant lequel ils se présentent. De plus, on s'assure d'une certaine unicité du droit, puisque le même tribunal établit les règles juridiques dans tous les domaines, selon les besoins. D'autre part, le maintien d'un tribunal général empêche le déve-

loppement d'une jurisprudence spécialisée, attentive aux nécessités et aux réalités du pouvoir. C'est par d'autres moyens que la common law doit évoluer et s'adapter.

## 2. LA NOTION MODERNE DE PRIMAUTÉ DU DROIT

### 2.1 *L'existence continue d'un système juridique*

Il arrive parfois qu'un territoire se retrouve sous l'autorité d'un pouvoir illégalement exercé : guerre civile, insurrection, situation d'urgence nationale, etc. Le juge constitutionnel est alors parfois confronté à des problèmes difficiles et a toujours privilégié l'existence et le maintien d'une norme quelconque à l'anarchie complète.

Pendant la guerre civile américaine, la Cour suprême des États-Unis a reconnu la validité de mesures prises par le gouvernement insurrectionnel. Lorsque la Rhodésie a illégalement accédé à l'indépendance, le Comité judiciaire du Conseil privé a reconnu la validité des mesures prises par le gouvernement illégalement au pouvoir. Quand Chypre a dû suspendre sa constitution au moyen d'une loi ordinaire, en violation des prescriptions constitutionnelles elles-mêmes, afin de faire face à une insurrection, les tribunaux ont accepté de donner à la loi inconstitutionnelle une portée opérante. Au Pakistan, la Cour suprême a dû reconnaître la validité de certains décrets adoptés en toute hâte après que les tribunaux du pays eurent déclaré les lois inconstitutionnelles. Bien que le « gouvernement par décret » fût lui-même inconstitutionnel, les tribunaux ont dû en reconnaître la nécessité pour préserver l'ordre juridique.

Ainsi, la primauté du droit, en ce sens primaire, est confondue avec l'ordre public, la nécessité de vivre sous une règle juridique adoptée par un pouvoir politique. Cette notion ne reflète pas toute la profondeur de l'idée de Primauté du droit, puis-

que plusieurs régimes dictatoriaux fonctionnent sous l'empire de lois et de constitutions qui leur accordent les pleins pouvoirs et leur permettent de brimer les droits et la démocratie les plus élémentaires. Mais la primauté du droit commande d'abord, cela va presque de soi, l'existence d'un **système juridique organisé**.

L'une des expositions les plus intéressantes de cette conception vient d'une situation inusitée survenue dans une province canadienne. En vertu de la Constitution (et non d'une simple loi ordinaire), la province du Manitoba devait adopter ses lois en français et en anglais. Elle ne le faisait plus depuis 1891. Des tribunaux d'instance inférieure avaient signalé l'inconstitutionnalité de cette pratique, mais en vain : le gouvernement avait persisté à ignorer l'exigence constitutionnelle et le problème était peu à peu tombé dans l'oubli, jusqu'à ce qu'il soit ravivé par un commerçant francophone qui contesta une contravention aux lois sur la circulation routière, au motif que cette loi ainsi que toutes les lois provinciales adoptées depuis 1891 étaient inconstitutionnelles. La Cour suprême du Canada lui donna raison. Elle déclara :

La constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative; une société fondée sur la primauté du droit. Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution.<sup>89</sup>

---

89 Renvoi : *Droits Linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 783.

Mais au nom dudit principe, la Cour ne pouvait tolérer le vide juridique découlant d'une déclaration d'invalidité d'un siècle de législations diverses. Invoquant les arrêts ayant reconnu l'état de nécessité, la Cour ajouta :

Le principe de l'état de nécessité ne sert pas, dans cette jurisprudence, à justifier des lois qui sont au-dessus de la Constitution; il sert au contraire à garantir le principe non écrit, mais inhérent, de la primauté du droit qui doit être à la base de toute la constitution. Dans chaque cas où on a appliqué le principe de l'état de nécessité, c'est soit l'organe exécutif, soit l'organe législatif du gouvernement qui a réagi à l'état de nécessité pour voir ensuite ses actes contestés devant les tribunaux. Cependant, ce fait ne diminue en rien l'importance générale de ces précédents qui démontrent que les tribunaux ne permettront pas que la Constitution serve à créer le chaos et le désordre.

La Cour maintint la validité temporaire des lois inconstitutionnelles et donna au gouvernement un délai de 5 ans pour les traduire et les réadopter, ce qui fut fait.

## *2.2. Le principe de légalité et la justice naturelle*

Puisque tout pouvoir doit tirer sa source d'une règle juridique, on a vite reconnu, en Grande-Bretagne, que l'exécutif était soumis aux lois et qu'il devait être en mesure d'exciper d'une habilitation législative pour justifier tout exercice de son pouvoir. L'une des missions les plus importantes du pouvoir judiciaire fut donc de vérifier la conformité de l'exercice d'un pouvoir avec l'habilitation législative. Ce contrôle judiciaire de la légalité de toute décision administrative occupe une très grande part de l'activité judiciaire.

Lord DIPLOCK affirma dans *Council of Civil Service Union v. Minister for Civil Service*<sup>90</sup> qu'il y avait essentiellement trois motifs de contrôle judiciaire des décisions administratives : l'il-légalité, l'irrationalité et le vice de procédure. Chacun de ces trois motifs s'inspire de la primauté du droit.

La jurisprudence a développé diverses règles permettant de vérifier l'étendue de la compétence d'un organisme administratif ou d'un officier public et la conformité de ses actes avec ce pouvoir<sup>91</sup>. Le fondement même de l'exercice repose dans un aspect de la notion de *rule of law*, le principe de légalité. Si un pouvoir conféré par une loi à un organisme ou un officier public n'est pas respecté, les actes posés en vertu de ce pouvoir sont invalides. Le tribunal ne questionnera pas la **sagesse** ou le **fond** de la mesure, mais uniquement sa **légalité**. Un tribunal doit aussi s'assurer que l'exercice d'un pouvoir délégué respecte l'objet premier de la loi, « the four corners of the act »<sup>92</sup> et que la décision prise n'est pas déraisonnable au point qu'aucune personne saine d'esprit n'aurait pu la prendre<sup>93</sup>.

Par ailleurs, une riche et abondante jurisprudence a exploré les exigences procédurales qui doivent entourer le **processus** décisionnel. Cela découle aussi, indirectement, des préceptes de DICEY : puisque les droits des individus découlent du **fonctionnement** des institutions, des procédures justes devraient normalement produire des résultats justes. Tout manquement aux règles procédurales conduirait à un risque que la décision soit injuste : cela entraîne sa nullité, que les tribunaux ont le pouvoir de prononcer. Ces exigences procédurales s'imposent à tout décideur, mais avec une sévérité accrue lorsque celui-ci

90 [1985] A.C. 374, p. 410.

91 *Anisminic v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 47.

92 *Carltona v. Commissioner of Works*, [1943] 2 All E.R. 540.

93 *Associated Provincial Picture House v. Wednesbury corp.*, [1948] 1 K.B. 223.

exerce un pouvoir décisionnel qui entraînera de graves conséquences pour les droits et obligations de l'administré (on dit alors que le décideur a un devoir d'agir judiciairement, *a duty to act judicially*; certains arrêts ont transcrit ce devoir dans une expression malheureuse mais courante : exercer un pouvoir quasi-judiciaire).

Deux maximes latines forment l'ossature de ce code de procédure jurisprudentielle, pure création de la common law : *audi alteram partem* (littéralement : « écoute l'autre partie ») et *nemo judex in sua causa* (« personne n'est juge dans sa propre cause »). L'administration publique doit donc traiter **équitablement** les administrés en leur donnant le droit à **un avis** les informant de la décision que l'on s'apprête à prendre à leur endroit et le droit à une **audition** où ils pourront faire valoir leur point de vue<sup>94</sup>. Ces exigences ne s'appliquent pas à la fonction législative proprement dite<sup>95</sup> mais deviennent de plus en plus contraignantes selon que l'on se rapproche du modèle quasi-judiciaire.

D'autre part, les administrés ne doivent entretenir aucune **crainte raisonnable de partialité** à l'égard de l'officier public qui prend une décision les concernant. S'agissant d'un conflit d'intérêts, le critère est sévère : une personne raisonnable, bien informée des faits et au courant de tous les éléments, entretiendrait-elle une crainte raisonnable de partialité<sup>96</sup>? Mais s'agissant des préjugés et déclarations publiques avant la décision, on se contentera, si le décideur exerce des fonctions politiques ou législatives (par exemple, un Ministre), d'exiger de sa part qu'il ne fasse pas montre d'un esprit fermé, imperméable à tout argument contraire à son point de vue<sup>97</sup>.

94 *Ridge v. Baldwin*, [1964] AC 40.

95 *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019.

96 *R. v. Sussex, JJ, ex p. McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

La complexité de la vie administrative moderne a conduit les tribunaux à développer une série de distinctions et catégories relativement à ces droits, mais leur essence est demeurée intacte depuis le 18<sup>e</sup> siècle. D'autre part, les juridictions de common law opérant sous l'empire de constitutions écrites, tout en conservant l'essentiel de ce modèle, s'en sont quelque peu éloigné en manifestant de plus en plus de respect et de déférence à l'endroit des organismes administratifs<sup>98</sup>.

### ***2.3 La responsabilité contractuelle et délictuelle de l'administration***

Puisque sous le régime de la primauté du droit, tous sont formellement égaux devant le droit ordinaire du pays, on devrait s'attendre à ce que le régime de responsabilité contractuelle et délictuelle de l'administration publique obéisse aux règles de droit privé. Or la common law, complétée par certaines législations, a développé une série de règles complexes et pas toujours logiques ni compatibles avec les postulats de DICEY. S'il est vrai qu'en théorie, il n'existe pas de corps de règles organisé en un code ou un arrangement législatif cohérent, comme dans le système continental, on ne peut plus, aujourd'hui, avancer que le régime juridique de l'administration publique obéit strictement aux mêmes règles que celles que l'on applique aux individus.

Cela tient au fait que malgré le développement de la suprématie du Parlement, de vastes pans du droit des contrats et de la responsabilité civile délictuelle n'avaient fait l'objet d'aucune loi. La common law réglait entièrement ces matières. Or celle-ci reconnaissait depuis bien avant la révolution que Sa Majesté,

---

97 *Franklin v. Minister of Town and Country Planning*, [1948] A.C. 87; *Association des Résidents du Vieux Saint-Boniface c. Cité de Winnipeg*, [1991] 3 R.C.S. 1170.

98 C'est le cas aux États-Unis et au Canada. Ces questions seront développées dans le volume de cette Collection sur le droit administratif.

source de toute justice et du droit, ne pouvait logiquement être tenue responsable en délit et devait demeurer libre de se délier de ses obligations contractuelles au nom des exigences du gouvernement du Royaume. Ces prérogatives royales furent développées et conservées par la jurisprudence, qui les adapta aux circonstances du moment au gré des causes.

### 2.3.1 *Responsabilité contractuelle*

Historiquement, les sujets du Roi pouvaient lui soumettre une **pétition de droit** (« petition of right ») en vue de recouvrer une propriété confisquée sans droit par l'un de ses agents. Cette procédure exceptionnelle devait cependant porter la mention *fiat justitia* (que justice soit faite), soit l'autorisation de Sa Majesté, accordée sur l'avis du Secrétaire d'État aux Affaires intérieures conseillé par le Procureur général. La raison en était simple : le Roi ne pouvait pas être traîné devant ses propres tribunaux, dont il était la source. Puisqu'il n'y a pas de notion d'État en droit britannique et que les Ministres et fonctionnaires ne sont que des agents de Sa Majesté (à moins qu'ils n'aient reçu de pouvoirs spécifiques du Parlement), le citoyen ne pouvait pas poursuivre la Couronne sauf avec la permission de son détenteur.

En 1860, le *Petition of Rights Act*<sup>99</sup> étendit la procédure de la pétition de droit à la revendication issue d'un contrat liant la Couronne et à des dommages-intérêts pour bris de contrat. Mais la procédure demeurait lourde. Parallèlement, divers problèmes furent mis à jour concernant la responsabilité délictuelle et les procédures civiles contre le gouvernement. Ce besoin de réforme fut comblé en 1947 par l'adoption d'une loi concernant

---

99 *Petition of Rights Act (1860)*, 23 & 24 Vict., c. 34.



les procédures contre la Couronne (*Crown Proceedings Act*<sup>100</sup>, 1947). Celle-ci abolit la procédure du *fiat* et accorde aux particuliers un droit de recours contre la Couronne.

Les règles substantives du droit général des contrats sont donc applicables à la Couronne, mais avec certaines modifications. La capacité de contracter de la Couronne est identique à celle d'une personne privée; elle n'a pas à se réclamer d'une autorité législative. Tout agent ayant l'autorité de lier la Couronne engage celle-ci par contrat, auquel cas il ne sera pas personnellement lié<sup>101</sup>.

Il est une règle fondamentale et exorbitante du droit commun que les auteurs estiment difficile à cerner : le principe veut que la Couronne ne peut, par contrat, renoncer à l'exercice de sa discrétion. STREET<sup>102</sup> avance que la Couronne ne peut pas être empêchée, par contrat, d'exercer des pouvoirs que lui confère la loi ou la common law dans l'intérêt public.

L'arrêt de principe sur la question est l'affaire de l'*Amphitrite*<sup>103</sup>. Lors de la première guerre mondiale, la Grande-Bretagne avait avisé les pays neutres que leurs navires pouvaient être détenus s'ils mouillaient dans un port britannique. Le gouvernement s'était engagé à permettre à l'*Amphitrite* de mouiller et décharger sa cargaison, mais à son arrivée, il lui interdit l'accès à un port. Dans une pétition de droit, les propriétaires poursuivirent la Couronne pour bris de contrat. La Cour d'appel rejeta leur demande au motif que la Couronne ne pouvait, par contrat, prendre des engagements qui l'empêcheraient d'exer-

100 *Crown Proceedings Act* (1947), 10-11-12 Geo. VI c. 44.

101 Ce vieux principe est établi depuis le 18e siècle : *Macbeath v. Haldiman*, (1786) 1 T.R. 172.

102 STREET, H., *Governmental Liability*, Cambridge, Cambridge University Press, 1953.

103 *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R.*, [1921] 3 K.B. 500 (C.A.).

cer ses pouvoirs discrétionnaires. La Cour distingua entre les contrats commerciaux, qui lieraient la Couronne, et les autres dont elle pourrait se dégager au besoin. Donc, même si la Couronne est liée par les contrats qu'elle conclut, elle peut s'en dégager librement et sans pénalité s'il s'agit d'exercer des pouvoirs discrétionnaires de prérogative ou ceux délégués par la loi en vue de l'exécution d'une politique publique. Cette règle s'éloigne considérablement de l'idée que DICEY défendait en 1885.

La jurisprudence subséquente a cherché à cerner et à établir des distinctions dans le principe dégagé dans *Amphitrite*, qui demeure appliqué sporadiquement. La doctrine met en doute la survie et la portée du principe, mais il demeure valable. Quant à la distinction entre contrats commerciaux et autres contrats, elle n'a pas donné lieu à d'autres arrêts et ne semble faire aucune différence.

### 2.3.2 Responsabilité délictuelle

En common law, il n'existe pas de notion générale de faute conduisant à la responsabilité. Chaque délit est défini séparément par la jurisprudence ou la loi. Le principe général de common law veut que l'officier public soit personnellement responsable des délits qu'il commet, même en sa capacité officielle. L'arrêt *Entick v. Carrington*<sup>104</sup> consacre la responsabilité personnelle des agents de l'État pour avoir perquisitionné et saisi des documents au domicile du demandeur en vertu d'un mandat de perquisition illégal. L'arrêt canadien *Roncarelli c. Duplessis*<sup>105</sup> a condamné un Premier Ministre à verser des dommages-intérêts pour avoir donné un ordre illégal.

---

104 *Supra*, note 81.

105 *Supra*, note 83.

D'autre part, un employeur public (autre que Sa Majesté) est responsable des actes délictueux posés par ses employés dans l'exercice de leurs fonctions, tout comme l'est un employeur privé<sup>106</sup>, sous réserve de diverses exceptions.

Par contre, historiquement, Sa Majesté elle-même ne pouvait commettre de délit, ni personnellement ni par l'entremise de ses agents : *the King can do no wrong*. Le fondement historique de cette maxime est double : d'une part, Sa Majesté ne peut être traînée devant ses propres tribunaux pour se faire appliquer son propre droit; d'autre part, puisque Sa Majesté représente l'autorité suprême dans le Royaume, elle ne peut pas commettre de délit lorsqu'elle pose des actes puisqu'ils sont nécessairement pour le bien du Royaume. Au Moyen Âge, la raison était plus profonde : gouvernant de droit divin, Sa Majesté n'était comptable de ses gestes devant aucun être humain. Même la pétition de droit ne pouvait être utilisée contre la Couronne en matière de délits. L'État prit l'habitude d'indemniser ses fonctionnaires reconnus responsables par un tribunal et en 1947, le *Crown Proceedings Act* rendit la Couronne responsable au même titre qu'une personne majeure et capable (avec deux exceptions : les forces armées et le service postal).

La jurisprudence a développé divers critères venant limiter et compliquer l'application à l'État des principes généraux de responsabilité pour négligence. Elle exige que celui-ci ait un devoir de diligence à l'endroit du demandeur, devoir qui naîtra si l'action administrative relève des opérations courantes mais non si elle relève du développement d'une politique générale, à la discrétion du gouvernement<sup>107</sup>.

106 *Mersey Docks and Harbour Board Trustees v. Gibbs*, [1866] 1 H.L. 93.

107 *Anns v. Merton Council*, [1978] A.C. 728.

Deux arrêts récents de la Cour suprême du Canada ont appliqué cette distinction aux décisions gouvernementales, quoique la cour se soit divisée à quatre contre trois sur l'application réelle de la distinction : si les quatre majoritaires estiment que la distinction existe mais qu'en l'espèce, il s'agit de décisions de politique générale, les trois minoritaires pensent que la distinction n'existe pas et qu'il n'y a aucun devoir de diligence que l'on puisse imposer à la Couronne.

Dans *Brown*<sup>108</sup>, une voiture avait dérapé sur une route glacée que le ministère des Transports, malgré des appels de la police, avait tardé à recouvrir de sel. La majorité, appliquant *Anns*, estima que la décision de prolonger l'horaire d'été (qui prévoyait moins d'inspections) au ministère des Transports était une décision de politique générale; d'autre part, il y avait eu négligence des employés du ministère dans l'opération du service et la façon dont ses agents avaient répondu à l'appel des policiers, mais celle-ci n'avait pas contribué à l'accident. Deux juges estimèrent que l'obligation de diligence quant aux routes est une exception au principe général que la Couronne n'a aucune obligation de diligence à l'endroit du public. Un juge fut d'avis qu'il n'y avait, de toutes façons, aucune obligation de diligence puisqu'il s'agissait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et facultatif.

Dans *Swinamer*<sup>109</sup>, un arbre pourri s'était détaché et avait écrasé une voiture stationnée en bordure de la route, tuant une passagère et en blessant un autre. L'inspection de la route avait été faite il y a quelque temps déjà et le ministère des Transports avait réduit la fréquence de ses inspections. Une majorité de juges de la Cour suprême du Canada déclara que la décision d'inspecter les arbres morts en bordure des routes relevait de la

108 *Brown v. B.C. Ministry of Transportation and Highways*, [1994] 1 R.C.S. 420.

109 *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur Général)*, [1994] 1 R.C.S. 445.

politique, pour laquelle le ministère n'avait aucun devoir à l'endroit du public et ne pouvait être reconnu responsable de négligence. Il n'y avait pas eu de négligence non plus dans la façon dont les inspections avaient été conduites.

Malgré certains efforts pour assujettir le gouvernement aux règles générales du droit privé en matière de responsabilité, il subsiste donc, en common law, plusieurs zones grises et règles d'exception, de sorte que l'idée diceyenne d'égalité devant le droit n'est pas applicable à l'État lui-même. Par contre, on aurait avantage à s'écarter du modèle diceyen de responsabilité personnelle des agents de l'État, puisqu'il devient de plus en plus difficile d'identifier une personne responsable de la commission d'un délit quelconque; souvent, la « machine gouvernementale » est la cause de dommages sans que l'on puisse identifier une ou des personnes précises à l'origine de décisions ni le lien causal entre telle décision et un dommage donné. Une réforme du droit de la responsabilité de l'État, dans le sens de la doctrine française, pourrait être intéressante mais ne fait l'objet, jusqu'à présent, d'aucune pression politique.

## *2.4 Règles substantives d'équité et d'égalité*

La croyance selon laquelle des procédures justes produiront des résultats justes s'est avérée, à l'usage, comporter des failles importantes. Par ailleurs, l'état minimaliste de DICEY n'est plus qu'un vestige du passé : l'état est aujourd'hui impliqué dans une multitude d'activités au nom de l'intérêt public ou de l'équité. La loi devient alors le véhicule privilégié d'intervention et la primauté du droit acquiert un sens plus substantif. La Déclaration de Delhi de 1958 marque une première étape dans ce développement d'une conception substantive de l'État de droit ou d'une conception plus large de la Primauté du droit.

Ainsi, à l'instar de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>110</sup> et des Cours suprêmes du Canada<sup>111</sup> et des États-Unis<sup>112</sup> qui font de la précision législative une condition de l'État de droit et, dans certains cas, un droit reconnu par la constitution, la common law commence à reconnaître que la législation doit comporter un certain degré de précision pour être reconnue comme telle. Exiger du législateur qu'il adopte des dispositions assez précises pour mériter l'appellation de lois et ne pas appliquer celles qui ne respectent pas ce critère s'approche de près de la **substance**, même si l'on peut dire qu'on demeure au stade de la **procédure**.

Par ailleurs, si nous avons mentionné comment les juristes britanniques abordent la **technique** par laquelle le Parlement pourrait adopter une Charte des droits, il convient d'évoquer ici les **motifs** pour lesquels il pourrait le faire. La common law comporte des limites en elle-même : certaines de ses règles sont discriminatoires ou arbitraires, tandis qu'elle est impuissante à offrir des remèdes adéquats dans d'autres cas. On ne peut non plus s'en remettre alors à la seule sagesse du législateur : l'histoire abonde d'exemples où celui-ci ne fut pas un modèle de vertu démocratique. Le système électoral britannique et la complexité des problèmes peuvent conduire les citoyens à douter de la valeur du processus parlementaire pour garantir réellement les droits et libertés. Une notion moderne de la Primauté du droit incorpore aujourd'hui une préoccupation fondamentale pour les droits et libertés de la personne consacrés dans un texte ayant valeur supralégislative et administré par les tribunaux. Bien que la question ait été à l'étude dans les milieux juridiques bri-

---

110 Affaire *Sunday Times*, Cour Eur. D.H., arrêt du 26 avril 1979, série A no. 30; affaire *Barthold*, Cour Eur. D.H., arrêt du 25 mars 1985, série A, no 90; affaire *Malone*, Cour Eur. D.H., arrêt du 2 août 1984, série A no 2..

111 *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

112 *Smith v. Goguen*, 415 US 566 (1974); *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 US 156 (1972).

tanniques dans les années 1970, cela n'a pas conduit à une action législative en ce sens. Dans les juridictions issues de la colonisation britannique (y compris la nouvelle Afrique du Sud démocratique), les déclarations fondamentales des droits et libertés administrées par les tribunaux sont monnaie courante.

Le droit à un recours judiciaire fait aussi partie de l'arsenal moderne de la Primauté du droit. Inscrit au par. 2(3) du *Pacte International sur les Droits Civils et Politiques*, il représente l'exécution judiciaire du droit; on ne peut donc priver les citoyens d'un accès à un recours devant les tribunaux pour revendiquer leurs droits. D'une technique procédurale, le recours est devenu un droit fondamental en lui-même, un élément important de la primauté du droit.

### 3. CONCLUSION SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT

Dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, le juge Gonthier écrivait :

Il faut écarter l'attitude de non-intervention qui a imprégné le développement de la théorie de la primauté du droit et privilégier une conception plus globale de l'État, considéré comme une entité soumise au droit et agissant par l'intermédiaire du droit.<sup>113</sup>

Une telle approche s'éloigne donc des postulats de DICEY et se rapproche du consensus de la communauté internationale sur le sens de l'expression « Primauté du Droit ». DICEY n'avait élaboré que trois éléments : le principe de légalité, le principe de l'unité de juridiction et le principe d'égalité formelle. Chacun de ces principes trouve un écho dans le droit moderne de la common law, que ce soit le droit criminel, le droit administratif, le droit constitutionnel ou le droit privé. Mais chacun a subi de

---

113 *Supra*, à la page 641.

profondes modifications qui rendent sa pertinence moins évidente. La jurisprudence moderne se réfère encore à la primauté du droit comme à l'un des piliers du constitutionnalisme de la common law, comme le principe en vertu duquel les autres opèrent : c'est au nom de la primauté du droit que la *Loi constitutionnelle* jouit de la préséance formelle sur tout autre texte, que la volonté du Parlement, exprimée par des lois, a une valeur absolue et que l'on doit garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire.



## CHAPITRE IV

### LE PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire est maintenant reconnu en droit international et constitutionnel comme l'un des piliers d'un régime démocratique<sup>114</sup>. En common law, ce principe prend une connotation toute particulière compte tenu de la position prééminente du pouvoir judiciaire dans l'ordonnement juridique du pays. Largement tributaire des conventions constitutionnelles, ce principe entraîne des conséquences juridiques importantes sur les pouvoirs et les immunités des tribunaux.

L'administration de la justice relève des prérogatives royales : la justice, en common law, est rendue au nom du Roi qui en est la fontaine<sup>115</sup>. Toutefois, depuis le 15<sup>e</sup> siècle les rois et reines d'Angleterre ne rendent plus la justice que par l'entremise de juges et de cours de justice dont l'existence, les compétences et les procédures de nomination et de destitution relèvent aujourd'hui largement de la loi. Au début du 17<sup>e</sup> siècle, COKE indiqua à JACQUES I que s'il pouvait assister aux procès et délibérations du tribunal, il ne pourrait pas y donner son opinion<sup>116</sup>.

---

114 *Déclaration Universelle sur l'Indépendance de la Justice*, Montréal, 1983.

115 BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, vol. I p. 266, explique que le Roi n'est pas la source de la justice mais son distributeur.

116 *Prohibition del Rey*, (1607) 12 Co. Rep. 63.

## 1. LE POUVOIR JUDICIAIRE

Nous avons mentionné que la Grande-Bretagne fonctionne sous le principe général de l'unité de juridiction. Dans plusieurs pays dotés de constitutions écrites, seules les institutions judiciaires peuvent exercer le pouvoir judiciaire, conformément à la doctrine de la séparation des pouvoirs : cela signifie que le Parlement ne peut pas créer des organismes non judiciaires et leur confier des fonctions judiciaires, sans modifier la Constitution.

Dans l'affaire *Liyanage v. R.*<sup>117</sup>, le Comité judiciaire du Conseil privé a statué qu'une loi du Parlement ceylanais destinée à modifier les règles générales du droit criminel, afin de juger des membres d'un groupe accusé de complot insurrectionnel, violait la Constitution puisqu'elle aboutissait à une usurpation du pouvoir judiciaire. D'après la Constitution de Ceylan, le pouvoir judiciaire devait être exercé par une instance judiciaire et non par le Parlement. Celui-ci avait usurpé le pouvoir des tribunaux en supprimant la présomption d'innocence, en nommant dans la loi les accusés, en imposant des sentences automatiques, en créant des crimes rétroactivement et en faisant en sorte que le tribunal saisi de l'affaire n'avait d'autre choix que de condamner les accusés aux peines prévues. Le Parlement devait se cantonner dans son rôle législatif et ne pas usurper le pouvoir judiciaire. Cette règle est d'application douteuse en droit britannique : le Parlement souverain pourrait, en théorie, prononcer lui-même jugement contre des accusés (il le fait d'ailleurs pour faire respecter ses privilèges internes). Mais une convention constitutionnelle fait respecter ce principe et le pouvoir législatif ne s'ingère pas dans le fonctionnement interne des tribunaux, pas plus que le pouvoir judiciaire ne s'ingère dans le fonctionnement interne du Parlement.

---

117 [1967] 2 A.C. 259.

En pratique, il n'en va pas nécessairement ainsi. La séparation des pouvoirs n'est pas aussi rigide que dans les pays romanistes. En réalité, le Parlement a longtemps été lui-même une cour de justice plus préoccupée de trancher des litiges et d'entendre des pétitions que de faire les lois<sup>118</sup>. Le Parlement a conservé parmi ses privilèges découlant de la *lex et consuetudo parlamenti* celui de condamner les individus - à la peine d'emprisonnement s'il le faut - pour outrage au Parlement. Si le Parlement ne rend plus la justice, rien ne l'empêche de légiférer pour corriger ou contredire les effets d'une décision judiciaire. Par ailleurs, le Parlement conserve le pouvoir de déléguer des fonctions judiciaires à des organismes qui ne relèvent pas des tribunaux. Toutefois, en raison de la Primauté du droit, ces organismes sont assujettis à une étroite surveillance de la part des tribunaux ordinaires, tant pour les contenir à l'intérieur de leurs compétences législatives que pour assurer le respect des règles de justice naturelle. Dans un tel cas, la délégation porte sur un pouvoir très ponctuel et précis dans un domaine d'activité identifiable, pouvoir que l'on qualifie de « quasi-judiciaire ». Ce pouvoir se reconnaît à l'aide de certains critères établis par la jurisprudence :

- l'organisme est établi par l'État;
- l'organisme tranche un litige entre deux parties, un *lis inter partes*;
- l'organisme rend sa décision en appliquant à des faits une norme juridique préétablie, plutôt que de trancher sur la base de considérations de politique générale et d'intérêt public (*policy*);
- l'organisme statue sur des droits et obligations des parties;
- l'organisme rend une décision finale et non une recommandation ou un rapport.

---

118 J. GOUGH, *The Idea of Fundamental Law in the English Constitutional history*, Oxford, Oxford University Press, 1955. En Français : *L'Idee de Loi fondamentale dans l'Histoire constitutionnelle anglaise*, collection Leviathan, Paris, P.U.F., 1992.

La structure judiciaire de la Grande-Bretagne est relativement simple. La Haute Cour (*High Court*) comporte trois divisions : le Banc de la Reine, la Famille et la Chancellerie. La division du Banc de la Reine se subdivise encore en division criminelle et civile. Au-dessus de ce tribunal se trouve la Cour d'appel, présidée par le « Maître des Rôles » (*Master of the Rolls*) et la plus haute cour du pays, l'équivalent de la Cour suprême, soit le Comité judiciaire de la Chambre des Lords, composé de 11 juges. Ces derniers, formellement, font partie de l'une des chambres législatives. Le Comité judiciaire de la Chambre des Lords est présidé par le **Lord Chancellor**, qui est aussi l'orateur (*speaker*) de la Chambre (équivalent du président) et ministre membre du gouvernement (équivalent du ministre de la Justice); mais par convention constitutionnelle, il ne siège pas lors de l'audition des appels ni ne rend jugement. Aucun des Lords qui n'est pas nommé *Lord of Appeal in Ordinary* n'y siège non plus; par ailleurs, les Lords juges, toujours par convention constitutionnelle, ne siègent pas à la Chambre pour le débat et l'adoption des projets de loi, des résolutions et des questions politiques. L'exécutif compte aussi une instance purement judiciaire : le Comité judiciaire du Conseil privé, qui entend en instance finale les appels des territoires coloniaux et de certains états indépendants ayant choisi de conserver sa compétence. Le Comité judiciaire ne rend pas de jugements : il conseille Sa Majesté qui, par convention, adopte toujours le décret-en-conseil que recommande le Comité judiciaire. En pratique, il est composé des mêmes personnes que le Comité judiciaire de la Chambre des Lords, auxquels peuvent s'ajouter certains juges d'États étrangers.

La fonction du Comité judiciaire de la Chambre des Lords, de même que celle des autres tribunaux, demeure strictement juridictionnelle. Ces instances ne peuvent conseiller le gouvernement de Sa Majesté sur une question de droit (le Comité judi-

ciaire du Conseil privé a, lui, cette compétence<sup>119</sup>). Ils ne font que trancher des litiges soumis par des parties privées selon les règles générales de saisine et de qualité pour agir en droit privé.

L'essence de l'indépendance judiciaire découle du fait que les juges doivent être libres de vaquer à leurs occupations sans ingérence indue de l'extérieur, ni des deux autres pouvoirs étatiques, ni de groupes ou d'organisations privées. Mais en réalité, une convention constitutionnelle tient le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire à une saine distance l'un de l'autre, au-delà des structures et des pouvoirs juridiques. Lord LANE a pu écrire : « Peu de préceptes constitutionnels sont plus généralement acceptés en Angleterre, le pays qui se glorifie de n'avoir aucune constitution écrite, que la nécessité pour le pouvoir judiciaire d'être à l'abri de toute influence indue et d'être autonome dans son propre domaine de compétence »<sup>120</sup>. Le juge en chef de l'État de Tasmanie a défini l'indépendance comme signifiant la possibilité pour le juge d'exercer ses fonctions constitutionnelles en étant exempt de toute dépendance réelle ou apparente vis-à-vis de l'État<sup>121</sup>.

L'indépendance comporte un volet personnel et un volet institutionnel : le juge doit être à l'abri de toute influence et le tribunal, en tant qu'institution, doit aussi être libre de tout contrôle par un autre pouvoir. Alors que l'impartialité définit un état d'esprit du juge, l'indépendance vise une relation, un statut.

119 *Judicial Committee Act (1833)*, 3 & 4 Will. IV, c. 41, art. 4.

120 « Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration », dans SHETREET, S. et DESCHÊNES, J., *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, edited by SHIMON SHETREET and JULES DESCHÊNES, Dordrecht, The Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 125; traduction de la Cour suprême du Canada dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56 p. 71.

121 Sir Guy GREEN, « The Rationale and some aspects of judicial independence », (1985), 59 Australian Law Review 135.

L'indépendance ne signifie pas l'absence de tout lien ou de toute relation. Comme le dit la juge MACLACHLIN de la Cour suprême du Canada :

Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Les lois régissent la nomination et la mise à la retraite des juges; elles dictent les modalités de l'exercice de leurs fonctions et de leur rémunération.(...)Des relations de ce genre sont inévitables et nécessaires entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement. La condition capitale du maintien de l'indépendance judiciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les « pouvoirs et fonctions » essentiels du tribunal, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. Suivant mon interprétation de l'arrêt *Beauregard c. Canada*, il est nécessaire d'éviter les incidents et des rapports qui pourraient avoir des répercussions sur l'indépendance du pouvoir judiciaire relativement à deux fonctions judiciaires cruciales : l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution.<sup>122</sup>

Cette indépendance découle d'évolutions lentes et parfois tumultueuses aux 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> siècles. SHETREET<sup>123</sup> et LEDERMAN<sup>124</sup> ont démontré que cette évolution s'inscrit dans l'utilisation du pouvoir judiciaire par le Parlement dans sa lutte contre les prérogatives royales. Le Parlement, en garantissant certains droits fondamentaux aux juges royaux, ne cherchait pas nécessairement à les rendre plus autonomes en raison de la désirabilité de ce principe mais surtout en vue de les affranchir

122 *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

123 *Judges on Trial. A Study of the Appointment and the Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Company, 1976, introduction.

124 « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *Revue du Barreau Canadien* 769-809 et 1139-1179.

de la tutelle royale. Les juges eux-mêmes ont peu à peu acquis de l'assurance, surtout au 18<sup>e</sup> siècle, dans leur tâche constitutionnelle de prononcer la nullité de certains actes exécutifs, de délimiter et définir l'étendue des privilèges parlementaires tout comme de celle des prérogatives royales. L'indépendance judiciaire, comme tout le droit constitutionnel britannique, est issu de l'évolution historique plutôt que de sa proclamation solennelle dans un texte fondamental.

## 2. LES ÉLÉMENTS DE L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

On reconnaît généralement trois éléments principaux à l'indépendance judiciaire : l'inaMOVibilité, la sécurité financière et l'autonomie institutionnelle. Dans chaque cas, un tribunal chargé d'évaluer si les règles juridiques applicables se conforment à cet impératif doit appliquer un test objectif : une personne raisonnable, bien informée et appliquant au problème un jugement pratique, éprouverait-elle une crainte raisonnable quant à l'indépendance de ce tribunal<sup>125</sup>? Ce critère est inspiré de celui que la common law applique dans l'étude de l'impartialité des organismes exerçant des pouvoirs quasi-judiciaires, **impartialité** qui, rappelons-le, fait partie des préceptes de la **justice naturelle**.

### 2.1 *Inamovibilité*

#### 2.1.1 *Nomination et destitution*

La nomination des juges des tribunaux ordinaires, en première instance ou en appel, relève du pouvoir exécutif en raison des lois (en Grande-Bretagne) ou un mélange des lois et de la Constitution (dans les anciennes colonies). Dans les monarchies

---

125 Voir *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

constitutionnelles, en raison de la convention constitutionnelle, le représentant royal agit sur recommandation de diverses personnes (le Premier Ministre ou le juge en chef du plus haut tribunal - ou encore le Lord Chancellor pour les nominations aux tribunaux britanniques supérieurs), tandis qu'aux États-Unis, le Sénat a le pouvoir de refuser les candidats du Président à la Cour suprême. Il n'y a pas d'écoles de magistrature ni de carrière judiciaire : les juges accèdent au banc à partir de la pratique privée et la principale condition de qualification réside dans leur réputation au Barreau. Il n'y a pas non plus, officiellement, de système de promotion d'un tribunal inférieur à un tribunal supérieur. DE SMITH constate cependant une pratique établie depuis le début des années 1980, à l'effet de nommer d'abord des juges à temps partiel avant de les faire accéder à des postes à temps plein et de ne nommer des juges d'appel qu'à partir des tribunaux de première instance, ou des juges de la Chambre des Lords qu'à partir de la Cour d'appel<sup>126</sup>.

La nomination à un tribunal n'est pas toujours exempte d'esprit partisan : on voit régulièrement d'anciens ministres, d'anciens avocats ayant défendu le gouvernement au pouvoir et d'anciens militants du parti accéder à des postes de juges. Cet esprit n'est pas une cause de récusation. Toutefois, les pratiques actuelles (on ne peut encore parler de **conventions**) font en sorte que les Premier Ministres évitent de procéder à des nominations trop outrageusement partisans.

Les juges n'ont pas été à l'abri de la vindicte des Rois : COKE lui-même a perdu son poste pour avoir rendu certaines décisions défavorables à Jacques I<sup>127</sup>, mais déjà à l'époque l'opinion majoritaire prétendait qu'il fallait invoquer une inconduite,

---

126 P. 372.

127 F. MAITLAND, *Constitutional history of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1919, p. 270-271.



alors que cette notion était encore très vague<sup>128</sup>. Depuis lors, l'*Act of Settlement* (1700) garantit le droit des juges des principaux tribunaux d'occuper leur siège durant bonne conduite, *quamdiu se bene gesserint*, mais ils peuvent être démis par le Roi ou la Reine sur adresse des deux chambres<sup>129</sup> (la convention constitutionnelle exigerait que Sa Majesté respecte une demande en ce sens des Chambres). Il semble que les Chambres n'aient aucune raison spéciale à donner pour présenter une adresse - elles peuvent ainsi interpréter à leur guise la notion de « bonne conduite » - et que le Roi ou la Reine conservent la prérogative de démettre eux-mêmes, sans intervention des chambres législatives, les juges qu'ils nomment, pour mauvaise conduite. Par mauvaise conduite, on peut entendre une condamnation criminelle ou la persistance à ne pas exécuter ses fonctions. L'incapacité physique ou mentale n'est pas couverte. Il y a eu une seule adresse de récusation acceptée (en 1830, contre un juge écossais) et très peu ont été présentées depuis le début du 20<sup>e</sup> siècle. En vertu des conventions, une adresse devrait être présentée d'abord à la Chambre des Communes. D'après la loi, le Lord Chancellor peut déclarer vacant un siège d'une cour supérieure (autre que la Chambre des Lords) pour cause d'incapacité permanente<sup>130</sup>. Les juges britanniques et ceux du Commonwealth disposent, généralement, de garanties d'indépendance intéressantes par rapport à leurs homologues des pays romanistes. Dans plusieurs pays du Commonwealth, les procédures de démission impliquent de meilleures garanties, soit par l'implication d'une commission judiciaire ou d'un Conseil de la magistrature pendant le processus, soit même par un renvoi au Comité judiciaire du Conseil privé.

---

128 *Earl of Shrewsbury's Case* (1611) 9 Co. Rep. 42.

129 Voir aujourd'hui le *Supreme Court Act* (1981), 29 & 30 El. II, c. 54, art. 11(3) pour les juges des tribunaux de première instance et d'appel et l'*Appellate Jurisdiction Act* (1876), 39 & 40 Vict. c. 59 art. 6 (juges de la Chambre des Lords).

130 *Supreme Court Act*, art. 11(8) et 11(9).

### 2.1.2 *Incompatibilités de fonctions et devoir de réserve*

Tout juge salarié, sauf un juge de la Chambre des Lords, est disqualifié d'occuper un siège au Parlement<sup>131</sup> (les *Lords of Appeal in Ordinary* occupent un siège à la Chambre des Lords mais en raison des conventions constitutionnelles, ils s'abstiennent de tout débat partisan ou politique). En vertu des règles de justice naturelle, un député ne pourrait pas siéger comme juge à temps partiel. Les juges ne peuvent faire de politique partisane; par convention, ils ne sont pas membres de partis politiques pendant qu'ils occupent leur siège. Dans plusieurs juridictions, ils n'ont pas le droit de vote. Les codes d'éthique et les conventions constitutionnelles leur imposent aussi un strict devoir de réserve : ils doivent s'abstenir de commentaires publics et de discours sur des projets de loi ou des questions politiques controversées.

Un débat entoure ainsi une juge de la Cour du Québec. Celle-ci, qui siège à une division de la cour s'occupant des enfants, a critiqué publiquement les actions du gouvernement en matière de protection de la jeunesse, dans les médias, par des livres et par des actions d'éclat. Avertie puis suspendue par le Conseil de magistrature (officiellement présidé par son juge en chef, qui a porté plainte contre elle mais qui n'a pas pris part aux débats ou au vote sur la plainte), elle a contesté la compétence de celui-ci au motif d'apparence de partialité. La Cour suprême du Canada a rejeté sa demande et permis au Conseil de former un comité d'enquête disciplinaire<sup>132</sup>; elle entend maintenant contester le code de déontologie et le devoir de réserve au motif qu'ils contreviennent à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. En Grande-Bretagne,

131 *House of Commons Disqualification Act (1975)*, 23 & 24 El. II, c. 24 art. 1.

132 *Ruffo c. Conseil de Magistrature*, Cour suprême du Canada, 14 décembre 1995.

une telle contestation serait inutile; un juge ayant gravement manqué au devoir de réserve devrait soit démissionner, soit être relevé de ses fonctions<sup>133</sup>.

Il est un domaine où on permet aux juges de participer à la vie publique : ils peuvent présider des commissions royales d'enquête sur des scandales ou des catastrophes. Le gouvernement demande aux juges de présider ces enquêtes et ceux-ci, en général, acceptent. Toutefois, ces fonctions doivent être exercées avec prudence : le juge doit s'en tenir au mandat que lui confie le gouvernement et réserver ses commentaires pour son rapport final. Il ne peut présider de procès concernant des événements soulevés devant la commission d'enquête qu'il présidait. D'autre part, la convention constitutionnelle interdit formellement à un juge de participer à des comités et commissions parlementaires ou politiques convoquées par des partis.

## 2.2 Sécurité financière

L'*Act of Settlement* prévoyait que le salaire des juges devait être déterminé et établi. Toutefois, celui-ci provenait du trésor royal et demeurait relativement bas; les juges recevaient donc des allocations des plaideurs. En 1826, une loi augmenta le salaire des juges et leur interdit de recevoir d'autres paiements. La *Supreme Court Act* (1981) prévoit que le salaire des juges est prélevé sur le fonds consolidé du revenu (il n'a donc pas à être approprié annuellement). La loi prévoit aussi qu'à la demande du gouvernement, le salaire des juges peut être examiné par une commission consultative.

---

133 La doctrine est généralement favorable à une plus grande liberté d'expression pour les juges : MACKAY, W., « Judicial Free Speech and Accountability : Should Judges Be Seen But Not Heard? », (1995) 3:2 *Revue nationale de Droit constitutionnel*, p. 159-243.

Aux États-Unis, on estime que la réduction de salaire porte atteinte à l'indépendance de la magistrature. Un débat jurisprudentiel a cours au Canada sur cette question puisque les salaires des juges de plusieurs provinces ont été réduits dans un effort de rationalisation des dépenses de l'État<sup>134</sup>. En Grande-Bretagne, l'exécutif ne pourrait probablement pas de son propre chef baisser les salaires, mais le Parlement pourrait le faire ou permettre au gouvernement de le faire<sup>135</sup>.

## 2.3 *Autonomie institutionnelle*

### 2.3.1 *Sens général*

Comme la common law respecte l'autonomie interne du Parlement et maintient, au besoin certaines immunités de prérogative en faveur de l'exécutif, ceux-ci se doivent de respecter l'autonomie interne des tribunaux. Cela ne signifie pas que les juges et les tribunaux soient à l'abri de tout contrôle et fonctionnent complètement en vase clos. Si plusieurs de leurs pouvoirs sont inhérents, en ce sens qu'ils découlent du développement historique des tribunaux royaux, d'autres découlent maintenant des lois. Le Parlement souverain pourrait, en théorie, abolir les tribunaux. Le Parlement exerce donc un certain contrôle en conférant aux tribunaux, surtout aux tribunaux dits « inférieurs », la plupart sinon la totalité de leurs pouvoirs actuels. L'exécutif, quant à lui, nomme la plupart des juges et s'occupe des questions d'administration de la justice. Mais l'essence de l'autonomie et de l'indépendance comprend un contrôle du tribunal lui-même sur les fonctions essentielles à l'exercice des responsabilités judiciaires. Cela comprend l'assignation des juges aux

134 Créé une dépendance : *R. v. Campbell* [1995] 2 W.W.R. 469; n'affecte pas l'indépendance : *Lowther v. P.E.I.* (1995), 123 D.L.R. (4th) 648 et *Manitoba Provincial Judges Association v. Manitoba (Minister of Justice)* (1995), 125 D.L.R. (4th) 149. Ces affaires sont devant la Cour suprême du Canada.

135 HOOD PHILIPS, *supra*, note 18, p. 336.

causes, le fonctionnement des séances de la Cour, l'ordre de présentation des causes, l'allocation des salles d'audience, le personnel du greffe du tribunal. Toutefois, cela ne comprendrait pas, au plan institutionnel, le contrôle du budget, les avantages sociaux, les vacances et les questions qui ne sont pas strictement liées aux fonctions judiciaires<sup>136</sup>.

Au moins un arrêt canadien applique les critères de l'indépendance judiciaire à des organismes administratifs créés par simple loi, au motif que l'indépendance fait partie de l'impartialité, qui elle s'applique aux organismes administratifs<sup>137</sup>. Cette innovation a jeté un doute sur la validité de plusieurs organismes administratifs dotés de pouvoirs quasi-judiciaires.

### 2.3.2 *Pouvoir de punir pour outrage au tribunal*

L'indépendance entraîne des conséquences juridiques importantes. La principale est sans doute le pouvoir inhérent des tribunaux de punir pour outrage au tribunal, ce qui représente un outil puissant pour faire respecter l'autonomie judiciaire.

Le pouvoir de punir pour un outrage de nature criminelle est inhérent à la fonction judiciaire exercée par les tribunaux royaux. Il se distingue de l'outrage civil en ce qu'il vise à protéger et préserver l'autorité judiciaire, tandis que le premier vise uniquement à faire exécuter un droit privé. Selon la Cour suprême du Canada :

La Primauté du droit est le fondement de notre société; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas. La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leurs procédures et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû.

136 *Valente c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

137 *Canadien Pacifique c. Bande Indienne Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Pour ce faire, les tribunaux ont, depuis le XIII<sup>e</sup> siècle, exercé le pouvoir de punir pour outrage au tribunal.

Ces mêmes tribunaux ont jugé nécessaire de distinguer l'outrage civil et l'outrage criminel. La personne qui viole simplement une ordonnance de la Cour, par son omission de respecter les heures de visite prévues dans une ordonnance de garde d'enfant, par exemple, est considérée avoir commis un outrage civil. Toutefois, si la violation est accompagnée d'un élément de transgression publique de la procédure du tribunal qui vise à amoindrir le respect que la société a envers les tribunaux, l'outrage devient criminel.(...)L'essence de l'infraction n'est pas un préjudice réel ou potentiel à des personnes ou des biens; d'autres infractions traitent de ces cas. C'est plutôt la violation manifeste, constante et flagrante d'une ordonnance de la cour sans égard à l'effet que cette violation peut avoir sur le respect dû aux décisions de la cour.<sup>138</sup>

Nous regrouperons les outrages au tribunal de nature criminelle en trois grandes catégories :

- (i) outrage direct (*contempt in the face of the court*);
  - (ii) outrage découlant de l'entrave à la justice;
  - (iii) outrage découlant de l'affront à la dignité de la Cour (*contempt by scandalizing the court*).
- (i) Outrage direct

L'outrage *in facie* vise à permettre au juge de veiller au bon déroulement des procédures se déroulant devant lui. Il peut donc sanctionner immédiatement et sommairement toute interruption, toute insulte ou menace envers lui-même, les avocats,

---

138 *United Nurses c. Alberta (A.G.)*, [1992] 1 R.C.S. 901, j. McLachlin p. 931-932.

les parties ou les témoins, tout refus de répondre aux questions<sup>139</sup>, le fait de refuser d'obéir à un ordre de la cour, d'employer un langage abusif ou insultant, de crier, de chanter, d'interrompre les débats<sup>140</sup>. Puisque la procédure est sommaire (le juge devient l'accusateur, cite la partie pour outrage au tribunal, écoute sa défense et prononce instantanément son verdict et sa sentence), ce pouvoir doit être exercé avec discernement et tact<sup>141</sup>.

(ii) Outrage découlant de l'entrave à la justice

L'outrage résultant d'une entrave au cours de la justice obéit aux mêmes impératifs mais les faits ne sont plus à la connaissance directe du juge. Toute action qui a pour but ou effet de priver une personne de l'accès aux tribunaux constitue un tel outrage.

Dans *Raymond v. Honey*<sup>142</sup>, un directeur de prison a ouvert une lettre adressée à l'avocat d'un prisonnier et refusé de la lui transmettre. Il a ensuite intercepté la requête du prisonnier à la

139 Y compris, pour un journaliste, de dévoiler ses sources : *A.G. v. Mulholland and Foster*, [1963] 2 Q.B. 477; *British Steel Corp. v. Granada T.V.*, [1981] A.C. 1096. D'après le *Contempt of Court Act* (1981), art. 10, une personne n'est maintenant obligée de dévoiler ses sources que si le juge l'estime nécessaire dans l'intérêt de la justice, de la sécurité nationale, ou pour la prévention du crime. La règle n'est pas identique dans tous les pays du Commonwealth.

140 Comme dans le cas de jeunes nationalistes du pays de Galles : *Morriss v. Crown Office*, [1970] 2 Q.B. 114.

141 Certains juges citent des avocats pour outrage pour avoir refusé de porter la toge ou pour avoir persisté à présenter des arguments que le juge ne voulait pas entendre. Ces affaires ont attiré l'attention des médias : le respect de la cour s'étend-il à des attitudes tâillonnes au sujet du protocole? Jusqu'où un avocat peut-il aller dans la défense des intérêts de son client?

142 [1983] 1 A.C. 1.

Haute Cour pour le citer pour outrage au tribunal. La Chambre des Lords a estimé que ce second geste constituait un outrage criminel puisqu'il privait un citoyen de l'accès aux tribunaux.

Dans *B.C. Government Employees Union v. British Columbia*<sup>143</sup>, le syndicat des employés d'un palais de justice (relevant de la fonction publique provinciale) avait déclenché une grève légale, érigé des piquets de grève devant le palais et interdit à quiconque d'y pénétrer, sans l'autorisation du comité de grève. Le juge en chef de la Cour suprême de la province pronça *ex parte* une injonction exigeant la levée des piquets et cita les membres du syndicat pour outrage. Confirmant ce pouvoir exceptionnel, la Cour suprême du Canada déclara, citant l'affaire *Golder* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>144</sup>:

Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la Charte si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux? (...)

Il ne peut y avoir primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice.(...)

Dresser une ligne de piquetage devant un palais de justice afin d'inciter le public à ne pas y pénétrer, si ce n'est avec la permission des piqueteurs, ne pourrait qu'aboutir à une atteinte massive aux droits garantis aux citoyens de la Colombie Britannique par la loi et par la Constitution.

L'outrage au tribunal a donc un lien étroit avec le principe de la Primauté du droit. HOOD PHILIPS<sup>145</sup> mentionne aussi les actes suivants :

143 [1988] 2 R.C.S. 214.

144 Cour Eur. D. H., Arrêt du 21 février 1975, série A, vol. 18, p. 18.

145 *Supra*, note 18, p. 401-402.



- exercer des représailles à l'égard des témoins après la conclusion des procédures;
- intimider des jurés ou des témoins;
- chercher à connaître le détail des délibérations d'un jury criminel (art. 8 du *Contempt of Court Act* (1981)).

WADE<sup>146</sup> cite le cas de *Harman*<sup>147</sup> où une avocate fut reconnue coupable d'outrage pour avoir laissé un journaliste consulter des documents déposés à titre de preuve et lus en cour, malgré qu'elle s'était engagée auprès du Home Office à les utiliser uniquement en vue des procédures judiciaires.

L'un des domaines les plus litigieux résulte de la publication de faits ou de critiques pendant un procès (la règle du *sub judice*), puisque s'affrontent la liberté d'expression et le droit à un procès **public** d'une part, et le **respect des procédures judiciaires** et le droit au procès **équitable** d'autre part.

L'arrêt de principe en common law est l'arrêt *Sunday Times*<sup>148</sup>. Des victimes de la thalidomide poursuivaient le fabricant. Le *Times* publia des articles enjoignant à la compagnie de régler hors-cour. Le Procureur général obtint une injonction interdisant la publication d'articles sur le sujet pendant que les procédures étaient en cours. La Chambre des Lords maintint l'injonction et indiqua que le fait de publier des articles préjugant de l'issue d'un litige en cours constituait un outrage au tribunal. La Cour européenne des Droits de l'Homme estima que le droit anglais relatif à l'outrage violait l'article 10 de la Convention (relatif à la liberté d'expression). La Grande-Bretagne adopta donc la *Contempt of Court Act* (1981) par lequel

---

146 *Supra*, note 33, p. 349.

147 *Home Office v. Harman*, [1983] A.C. 280.

148 *A.G. v. Times Newspapers*, [1974] A.C. 273.

constituera un outrage la publication d'un commentaire qui constitue un risque substantiel pour le cours de la justice dans certaines procédures; l'éditeur peut se défendre en plaissant qu'après avoir pris des précautions raisonnables, il ignorait que des procédures étaient en cours; de plus, ne constitue plus un outrage le fait de publier un rapport juste et adéquat de procédures publiques (la Cour peut ordonner l'interdiction de publication) ni de publier des commentaires généraux sur des questions sociales importantes même si des procédures judiciaires sont en cours. Cette question a aussi fait l'objet de vives controverses jurisprudentielles aux États-Unis et au Canada.

(iii) Outrage résultant de l'affront à la dignité de la Cour

Cette forme d'outrage se rapproche le plus de l'indépendance judiciaire en ce qu'elle vise des critiques susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice et le respect dû au pouvoir judiciaire. Non seulement s'agit-il pour la cour de maintenir son autorité et de s'assurer de l'équité des procédures, mais il s'agit surtout de garantir, en l'absence de toute entrave à une procédure particulière ou au processus judiciaire en général, la dignité et le respect dû aux juges et au pouvoir judiciaire.

La common law a évolué sur ce point. Les tribunaux admettent une plus grande marge de critique. Ainsi, dans un dictum maintes fois cité, Lord ATKIN, du Comité judiciaire du Conseil privé, déclare :

Justice is not a cloistered virtue : she must be allowed to suffer the scrutiny and respectful, even though outspoken, comments of ordinary men.<sup>149</sup>

Lord DENNING renchérit en ces termes :

---

149 *Ambard v. A.G. Trinidad & Tobago*, [1936] A.C. 322, 335.

It is the right of every man, in Parliament or out of it, in the press or over the broadcast, to make fair comment, even outspoken comments, on matters of public interest... We do not fear criticism, nor do we resent it.<sup>150</sup>

La critique devient un outrage quand le commentaire dénote un abus vulgaire et insultant du droit de critique (*scurrilous abuse*). L'atteinte doit être portée à la dignité du système judiciaire; certains juges peuvent parfois la confondre avec une atteinte à leur dignité personnelle. L'atteinte peut aussi porter sur l'ensemble du système judiciaire. Si les exemples mentionnés ici visent des commentaires qui ont plus de 50 ans, certaines affaires récentes donnent à réfléchir. On peut critiquer, même de façon virulente, mais on ne peut remettre en question l'intégrité des juges et du pouvoir judiciaire, sous peine d'en subir leurs foudres.

Constituent des outrages au tribunal<sup>151</sup> :

- décrire un juge comme un petit homme impudent, un microcosme de déception et d'esprit vide<sup>152</sup>;
- le fait pour un avocat d'accuser le juge en chef de punir les victimes et de laisser les mécréants en liberté<sup>153</sup>;
- accuser un juge de trahison à son devoir et de léser le cours de la justice;
- accuser un juge d'être un menteur, un lâche, un parjure;
- accuser un juge d'être la marionnette d'un parti politique<sup>154</sup>;

150 *R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex p. Blackburn (No 2)*, [1968] 2 Q.B. 150, 155.

151 Tiré de G. BORRIE and N. LOWE's, *Law of Contempt*, 2nd ed., London, Butterworth, 1983, pp. 229-244.

152 *R v. Gray*, [1900] 2 Q.B. 36.

153 *Re Sarbadhicary* [1906], 95 LT 894.

154 BOWRIE and LOWES, *supra*, note 151, p. 231.

- accuser un tribunal de faire exprès de chercher des distinctions byzantines dans les lois pour libérer des prévenus<sup>155</sup>;
- accuser les juges d'être des valets de l'élite<sup>156</sup>;
- accuser le juge et le jury d'être empoisonnés<sup>157</sup>;
- parodier la justice de manière irrévérencieuse<sup>158</sup>;
- pour un député insatisfait d'une décision, dire qu'elle est ridicule (*silly*) et qu'aucun juge ayant ses esprits n'aurait pu la rendre<sup>159</sup>.

Le droit de critiquer les tribunaux et le système judiciaire connaît donc des limites que la jurisprudence elle-même établit. Parmi celles-ci, on note l'abus de langage et les allégations de partialité (puisque l'impartialité fait elle-même partie de la common law). Le caractère vague de l'infraction et incertain de sa portée ont conduit maints commentateurs à réclamer une réforme; mais la doctrine s'entend sur la nécessité de conserver une disposition pénale permettant au pouvoir judiciaire de maintenir l'intégrité de son autorité morale.

### 2.3.3 *L'immunité judiciaire*

L'idée selon laquelle les tribunaux doivent fonctionner en étant libres de toute entrave externe a conduit la jurisprudence et la loi à leur reconnaître diverses immunités jugées nécessaires au bon exercice de leurs fonctions. Parmi celles-ci, deux ont un impact direct sur notre propos : l'immunité de poursuite et l'immunité de témoignage.

155 *R. v. Dunbabin, ex p. Williams* (1935) 53 CLR 434 (Australie).

156 *R. v. Murphy* (1969), 4 D.L.R. (3d) 269 (Nouveau-Brunswick, Canada).

157 *R. v. Ivens* (1921), 51 D.L.R. 38.

158 *Chokolinko v. A.G. Trinidad & Tobago* [1981] 1 All E.R. 244.

159 *Re Ouellet* (1976), 72 D.L.R. (3d) 95, Québec, Canada.

L'immunité de poursuite (criminelle ou civile) est à l'avantage du système judiciaire plutôt qu'à celle du juge personnellement. Les arrêts anciens mentionnent ce principe :

La loi accorde au juge cette immunité à l'égard de poursuites et de contestations de la part des particuliers non pas tellement pour leur propre avantage que pour celui de la société et pour l'avancement de la justice, parce que s'ils sont à l'abri des poursuites, ils peuvent être libres d'esprit et indépendants de pensée, comme devraient l'être tous ceux qui administrent la justice.<sup>160</sup>

La formulation moderne du principe vient de Lord DENNING qui écrit :

Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? »<sup>161</sup>.

L'immunité est absolue pour les juges des tribunaux supérieurs; elle peut, par la loi, être étendue aux tribunaux d'instance inférieure, mais recevoir une portée plus limitée : elle ne couvrirait peut-être pas les excès de compétence commis sciemment par les magistrats<sup>162</sup>.

Dans les États disposant une constitution écrite, la violation, par le pouvoir judiciaire, des droits fondamentaux que garantit celle-ci pourrait-elle entraîner une certaine responsabilité, non pas du pouvoir judiciaire, mais de l'État en tant que garant

160 *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B & C 611, p. 625-626; traduction de la Cour suprême du Canada dans *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 737.

161 *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118, 136; cité dans *Morier et Boily, supra*, p. 739.

162 *McC v. Mullan*, [1984] 3 All E.R. 908.

du bon fonctionnement de celui-ci? C'est l'opinion de certains auteurs et au moins un arrêt a reconnu le principe de la responsabilité civile de l'État pour la violation par le système judiciaire d'un droit constitutionnel<sup>163</sup>.

L'immunité de témoignage est aussi très ancienne.

Dans l'affaire *Knowles Trial*<sup>164</sup>, deux juges ont été sommés de comparaître devant la Chambre des Lords pour expliquer pourquoi ils avaient annulé une accusation de meurtre. Le Lord Juge en chef HOLT, par trois fois, a refusé de répondre à ces questions, invoquant qu'il n'avait pas à justifier son jugement devant des instances politiques et que s'il y avait eu erreur de droit, des procédures de réformation étaient disponibles. Le juge EYRES refusa aussi de répondre et déclara :

Le Roi me confie l'administration de la justice. (...) En toute déférence, je regrette de devoir dire que la loi interdit que je sois cité à comparaître pour rendre compte des motifs de de mon opinion.

Au Canada, une commission spéciale d'enquête avait été convoquée pour faire la lumière sur une erreur judiciaire ayant conduit un jeune autochtone en prison pour un meurtre qu'il n'avait pas commis. Onze ans plus tard, la Cour d'appel de la province avait renversé le premier verdict de culpabilité mais indiqué que le jeune autochtone avait été largement responsable de son malheur. Ce commentaire avait fait frémir l'opinion publique et le commissaire avait convoqué le juge en chef de la Cour d'appel pour qu'il vienne expliquer en public sur quels éléments de preuve la cour s'était basée, pourquoi elle avait formulé ce commentaire et pourquoi le procureur général à l'épo-

163 *Maharaj v. Attorney General of Trinidad and Tobago* (n° 2), [1979] A.C. 385, [1978] 2 All. E.R. 610 (C.P.).

164 (1692), 12 How. St. Tr. 1167, pp. 1179, 1180.

que des premières accusations, devenu juge, avait été choisi par le juge en chef pour siéger sur la demande de réouverture de verdict. La Cour suprême du Canada confirma à l'unanimité l'immunité absolue des juges concernant leurs motifs. Le Juge MacLACHLIN écrit :

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire(...) Le juge ne doit pas craindre qu'après avoir rendu sa décision, il puisse être appelé à la justifier devant un autre organe de gouvernement. L'analyse faite dans *Beauregard c. Canada* appuie la conclusion que l'immunité judiciaire est au coeur du concept de l'indépendance judiciaire.(...) Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire.<sup>165</sup>

Par contre, la cour s'est divisée sur la question de l'assignation des juges aux causes : trois juges estimaient que cela relevait du privilège, quatre autres que ce privilège était relatif : deux pensaient que seule l'autorité fédérale pouvait le lever et deux autres étaient prêts à permettre à une commission créée par la province de faire enquête. En conclusion, les juges n'eurent pas à témoigner mais leur conduite fit l'objet d'une enquête devant l'organe disciplinaire compétent, le Conseil canadien de la magistrature.

Si l'immunité absolue de témoignage peut paraître exorbitante du droit commun, elle s'avère essentielle à l'indépendance individuelle des juges chargés de rendre justice. La ques-

165 *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

tion de savoir si cette immunité s'étend aussi aux tribunaux inférieurs et aux nombreux organes administratifs exerçant des pouvoirs quasi-judiciaires reste à déterminer.

### 3. CONCLUSION SUR L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

L'indépendance judiciaire se définit comme une autonomie complète de fonctionnement par rapport au pouvoir législatif et exécutif, de même qu'une absence d'influence des pouvoirs privés. Elle comporte un aspect individuel et un aspect institutionnel. Elle se distingue de l'impartialité en ce qu'il s'agit d'examiner des **rapports** entre la magistrature et les autres pouvoirs et non un **état d'esprit** du juge.

L'indépendance judiciaire comporte trois éléments : l'ina-movibilité, la sécurité financière et l'autonomie institutionnelle. L'ina-movibilité signifie que les juges sont nommés en raison de leurs compétences juridiques et conservent leur poste durant bonne conduite, ne pouvant normalement être destitués que par adresse législative, souvent après enquête par un organisme indépendant. La sécurité financière signifie que leurs salaires doivent être établis et fixés par la loi. L'autonomie institutionnelle accorde aux tribunaux le contrôle sur les aspects internes de leur fonctionnement, ce qui relève directement de leur **fonction juridictionnelle**. Il en découle des **pouvoirs inhérents**, dont celui de punir pour outrage au tribunal et des immunités, dont l'**immunité** de poursuite et l'immunité de témoignage sont les principales composantes.

Ainsi, le pilier de la common law, le pouvoir judiciaire, le plus faible des trois pouvoirs étatiques puisque le seul qui ne soit pas élu, s'est taillé un régime juridique apte à assurer son bon fonctionnement. Il s'agit d'un équilibre délicat : si les pouvoirs et immunités apparaissent exorbitantes et inutiles, le pouvoir judiciaire sera perçu comme détaché des contingences so-



ciales et l'impunité remplacera l'immunité. S'il ne se défend pas contre les tentatives répétées, quoique *bona fide*, de l'exécutif de s'immiscer dans son fonctionnement, il risque rapidement de perdre ce qui fait sa marque distinctive et en fait un fleuron de ce que la Grande-Bretagne a apporté au mode juridique : un pouvoir judiciaire fort, autonome, ne craignant aucun pouvoir politique et capable de justifier sa légitimité par la seule persuasion.

## CONCLUSION

### LE DROIT CONSTITUTIONNEL DE COMMON LAW

Au terme de cette introduction, on aura remarqué que nous n'avons pas abordé la question des libertés publiques ni celle de la police, du gouvernement responsable, des forces armées, de la nationalité et de la citoyenneté. Ces questions, si elles ressortissent au droit constitutionnel, débordent le champ que nous avons délimité au départ. En effet, l'apport le plus important de la common law au droit constitutionnel contemporain nous semble résider dans cette subtile interaction entre trois préceptes fondamentaux en apparence contradictoires : la souveraineté du Parlement, la Primauté du droit et l'Indépendance judiciaire. Loin d'être de simples théories politiques, ces principes font partie du droit constitutionnel de common law qui a cours dans plusieurs pays de la planète. L'originalité du système vient non seulement de leur intégration au régime juridique en tant que sources de droit, mais aussi et peut-être surtout dans leur constant équilibre par l'intervention, tour à tour, de chacun des trois organes concernés : le législateur, l'exécutif et le judiciaire. Si, en théorie politique, l'exécutif domine le fonctionnement des institutions, en common law comme partout ailleurs, en droit, aucun de ces trois organes et aucun des trois principes destinés à assurer leur bon fonctionnement n'a la prééminence sur les autres.

Certes, en théorie, la suprématie du Parlement garde sa prééminence. Le Parlement pourrait peut-être abolir les tribunaux, mettre l'exécutif hors d'état ou se saborder lui-même, mais ce serait au prix d'une crise constitutionnelle incommensurable.

L'évolution du droit constitutionnel britannique obéit à la logique même de la common law : les législateurs réagissent aux précédents judiciaires; les tribunaux interprètent les lois, à la lumière de préceptes fondamentaux, y trouvant des applications ou des interprétations ne correspondant peut-être pas toujours aux intentions initiales. Les tribunaux continuent leur travail de construction dans les sphères juridiques non couvertes par la législation. Les conventions constitutionnelles suppléent au silence de la common law ou de la loi. Adopter une constitution écrite modifierait profondément ce rythme; la Grande-Bretagne n'y semble pas encore prête.

Même dans les juridictions du Commonwealth disposant de constitutions écrites, les principaux éléments du modèle de la common law, savoir les trois principes ci-dessus mentionnés, sont demeurés d'application, tout en s'adaptant aux réalités locales. Les fédérations ont divisé la souveraineté étatique, mais conservé l'idée selon laquelle chaque ordre législatif est souverain et suprême dans son propre champ de compétence, comme l'est la Mère des Parlements. L'Indépendance judiciaire est constitutionnellement reconnue et les droits et libertés sont formellement garantis; mais quand il s'agit d'interpréter ces concepts, on se tourne vers la source première du principe, son origine historique, la common law. Seuls les États-Unis se sont éloignés du modèle de Westminster au point que leur droit constitutionnel peut maintenant être qualifié de *sui generis*, ne possédant aucun des trois éléments discutés ici. Le Congrès n'est pas souverain; la présidence n'est pas assujettie au contrôle judiciaire de légalité en tout puisque plusieurs de ses pouvoirs lui viennent de la Constitution; le pouvoir judiciaire exerce une influence encore plus prononcée sur l'évolution de l'État et du droit qu'en Grande-Bretagne par l'application énergique du *Bill of Rights*. Pays sans constitution, la Grande-Bretagne a marqué le développement du constitutionnalisme dans plusieurs États.

Les principes et postulats de ce droit inspirent encore maints régimes juridiques, qui les ont adaptés, démontrant ainsi leur malléabilité.



« L'IMPRIMEUR »

- Cap-Saint-Ignace
  - Sainte-Marie (Beauce)
- Québec, Canada  
1996

**Le présent ouvrage est destiné principalement aux juristes romanistes qui veulent se familiariser avec les principes généraux du droit constitutionnel de common law. Il s'adresse aussi aux étudiants qui entreprennent leurs études de common law en français.**

**Les juristes de common law n'ont pas l'habitude de traiter séparément le droit constitutionnel, puisque le berceau de ce système juridique, l'Angleterre, fonctionne sans constitution écrite et continûment depuis sept siècles. D'autre part, chaque état du Commonwealth, issu de la décolonisation ou de l'octroi plus ancien de l'indépendance par la Grande-Bretagne, adapte les préceptes et règles du constitutionnalisme de common law à ses propres réalités politiques. L'auteur a donc choisi de se limiter aux grands principes qui fondent et caractérisent le constitutionnalisme de common law et qui se retrouvent dans presque tous les états qui s'en réclament.**

**L'ouvrage discute d'abord de la nature du droit constitutionnel de common law et de ses sources, en particulier de cette caractéristique tout à fait particulière de la convention constitutionnelle. Par la suite, trois chapitres explorent les principes fondamentaux du constitutionnalisme de common law et leurs conséquences juridiques, à savoir la suprématie du parlement, la primauté du droit et l'indépendance judiciaire. L'emphase est mise sur la common law anglaise bien que les variantes issues du fédéralisme ou de l'insertion constitutionnelle de droits et libertés soient abordées au passage.**

**Pierre Foucher détient une maîtrise en droit. Il est avocat et professeur titulaire à l'École de droit de l'Université de Moncton, au Nouveau-Brunswick, Canada.**