

## **LE PASSAGE DE LA VOIE ANGLAISE À LA VOIE AMÉRICAINE. LE CHANGEMENT DE RÉGIME DE LIBERTÉ AU CANADA ET AU ROYAUME-UNI<sup>1</sup>**

*Marc Chevrier*

Département de science politique, Université du Québec à  
Montréal

### **Introduction**

La diffusion progressive mais irrépessible du contrôle judiciaire des lois, même dans des pays réputés être des bastions de la souveraineté parlementaire tels la Grande-Bretagne et le Canada, soulève une question encore sans réponse : comment se fait-il que ces pays, dont les élites ont longtemps érigé le parlementarisme en rempart suprême des libertés politiques, aient soudain abandonné le credo qui semblait les avoir si bien servies ? Cette question en implique toute une série d'autres, relatives entre autres à la conception dominante que se faisaient les élites politiques britanniques et canadiennes des rapports entre parlementarisme, représentation politique et liberté, ainsi qu'aux facteurs sociohistoriques qui ont pesé sur les changements d'idéologie chez ces élites. De même, on peut s'interroger sur les conceptions nouvelles de la démocratie qui sont apparues au point d'autoriser au Canada, en 1982, et en Grande-Bretagne, en 1998, une évolution fondamentale du régime constitutionnel du pays. L'objet principal de notre propos est donc d'enquêter sur cette adhésion tardive, mais combien significative, de deux pays longtemps champions du parlementarisme classique au contrôle judiciaire des lois – longtemps associé à une invention américaine étrangère au « génie » constitutionnel anglais. La comparaison entre le Canada et le Royaume-Uni apparaît

---

<sup>1</sup> Communication présentée dans l'atelier « Causes, formes et conséquences de la judiciarisation », 2<sup>e</sup> congrès international des associations francophones de science politique, Université Laval, Québec, 25 mai 2007. Ce texte présente une recherche encore dans ses premiers balbutiements. Prière de communiquer avec l'auteur avant de citer le texte.

d'autant mieux indiquée que le dernier s'est vanté d'être la matrice de la démocratie parlementaire et que le premier, de toutes les anciennes colonies britanniques, est celle dont les élites ont le plus fortement revendiqué l'inscription du pays dans la tradition politique anglaise. De plus, les deux pays, bien qu'ils fussent, à des degrés divers, des acteurs des deux grandes guerres mondiales, n'ont pas connu de défaillance majeure de leur système politique, au contraire de la France, de l'Italie et de l'Allemagne, qui eût justifié une refonte de leur régime constitutionnel. Les deux pays se sont plutôt distingués par leur stabilité politique, en dépit des nombreuses périodes d'agitation et de contestation sociale dont ils furent de temps à autre frappés.

Avant d'entrer dans la comparaison des processus et des facteurs par lesquels la Grande-Bretagne et le Canada ont fini par embrasser le contrôle judiciaire des lois, nous exposerons tout d'abord des considérations théoriques sur ce que nous appellerons le régime de liberté, à savoir les conceptions que les élites gouvernantes d'un pays et leurs penseurs influents se font de l'agencement idéal et praticable des institutions et de leur rapport avec la société en vue de favoriser un état social et un régime propices aux libertés. Nous tenterons ainsi de montrer que les régimes principaux de liberté, pour variables qu'ils soient d'un pays à l'autre, opposent en fait deux visions de la démocratie qui, chacune, ont leur rationalité propre et proposent une solution institutionnelle propice aux libertés.

### **Les régimes de liberté**

Il convient de rappeler ici deux caractéristiques bien connues de la pensée politique moderne. La première est que la liberté politique devient le premier objet, sinon la finalité première, de l'établissement de tout pouvoir. Montesquieu dit de l'Angleterre que cette nation du monde « a pour objet direct de sa Constitution la liberté politique » et, partant de ce constat, examine « les principes sur lesquels elle la fonde »<sup>2</sup>. La liberté est tellement inscrite dans la Constitution anglaise et ses principes, qu'elle « y paraîtra comme dans un miroir ». Montesquieu ajoute : « Il n'y a que la disposition des lois, et même des lois fondamentales, qui forme la liberté dans son rapport avec la constitution », encore que la liberté peut aussi naître des

---

<sup>2</sup> Montesquieu, *De L'esprit des lois*, XI, V.

mœurs, des manières et des lois civiles d'un peuple<sup>3</sup>. Selon Norberto Bobbio, le libéralisme politique a réussi à imposer parmi les démocraties occidentales la conception d'un État fondé sur la protection des libertés individuelles, un État des libertés dont les pouvoirs sont limités<sup>4</sup>. Cet assujettissement du pouvoir aux libertés ne relève pas de l'évidence puisque autant la pratique que la pensée politiques ont montré que le pouvoir institué pouvait rechercher d'autres fins que les libertés. La deuxième idée directrice est que la liberté politique trouve son articulation et son fondement dans la constitution même de l'État. Elle n'est pas que le fruit de la vertu morale des citoyens ou des gouvernements, ni même d'un état social particulier ; elle dépend, pour une bonne part, des limites mêmes qui sont posées à l'exercice des pouvoirs par l'usage efficace du droit et de l'agencement judicieux des institutions. Ainsi que l'exprime Simone Goyard-Fabre, commentatrice de Montesquieu : « le problème de la liberté est une affaire constitutionnelle »<sup>5</sup>.

En ce qu'ils sont la cristallisation institutionnelle de la liberté politique, les régimes politiques contemporains contiennent une théorie – plus ou moins explicite – des libertés. Qu'est-ce qui les fonde, quels mécanismes les garantissent, les répartissent et redressent leur violation ? Chaque régime politique a sa manière de répondre à ces différentes questions, sa « théorie » s'exprime dans la constitution du pays, dans le récit fondateur que les générations successivement se fabriquent pour se rappeler les intentions initiales des constituants, dans les lois, la doctrine des juristes qui veillent à protéger la parole sanctuarisée du pacte constitutionnel ou de la tradition, les discours et les faits d'armes de ses praticiens et de ses chefs, et même, du reste, dans les écrits des penseurs et des philosophes dont les schémas énoncent ce qui semble appartenir au fonds commun de la nation. Il arrive que ce « système » ou cette « théorie » de la liberté parvienne à se distinguer par une formule qui frappe les esprits, qui résume, sous son apparente simplicité, toute la complexité d'une série de suppositions morales et philosophiques doublée d'un arrangement savamment dosé de pouvoirs et de garde-fous. Si, en Grande-Bretagne, on célébra à l'envi les vertus du parlementarisme, gardien suprême des libertés des Anglais, on préféra compter aux États-Unis sur les poids et contrepoids d'un système

---

<sup>3</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XII.

<sup>4</sup> Norberto Bobbio, *Liberalism and Democracy*, Verso, Londres, 1990, p. 11.

<sup>5</sup> Simone Goyard-Fabre, *Montesquieu : la Nature, les Lois, la Liberté*, Presses universitaires de France, Paris, 1993, p. 169.

congressionnel de gouvernement censé protéger les Américains des tyrannies factieuses.

Qu'un pays se convainque d'avoir choisi la meilleure méthode pour arriver aux libertés et tente même, par prosélytisme ou impérialisme inavoué, d'exporter sa formule à d'autres sociétés n'implique pas cependant que le système de raisons qui tissent la pensée politique dominante du pays fournit un répertoire crédible d'explications des causes d'avancement des libertés, voire de la démocratie dans son ensemble. Dans un brillant petit livre publié en 1956, Robert Dahl a fait justement le départ entre la « théorie démocratique » dominante dans un pays – le sien en l'occurrence –, et celle qu'élabore l'analyste politique afin de rendre compte des facteurs propices à la démocratie. Avec une finesse analytique d'une implacable rigueur, Dahl démonte les ressorts et les présupposés de ce qu'il appelle la théorie « madisonnienne » de la démocratie. Cette théorie postule que l'institution d'un gouvernement républicain empêché de dériver tyrannique passe par la création de freins externes à l'action des détenteurs du pouvoir, garantie par une séparation stricte des pouvoirs, des élections fréquentes et l'agrandissement de la communauté politique grâce au fédéralisme. Dahl montre que le système madisonnien n'est pas convaincant parce qu'il n'arrive pas à établir d'une part, que le contrôle réciproque des acteurs politiques les uns sur les autres suffit en soi à prévenir la tyrannie et d'autre part, qu'il requiert une séparation constitutionnalisée des pouvoirs. Ce faisant, cette théorie exagère le rôle des freins et contrepoids institutionnels au détriment de la compréhension des réalités psychologiques ou sociales qui influent sur le comportement politique des individus. Pour la prévention de la « tyrannie », elle s'appuie strictement sur certains acteurs institutionnels, perdant de vue « les freins et contrepoids » sociaux qui naissent d'une société pluraliste. Mais alors, si cette théorie madisonnienne ne tient pas la route avec ses insuffisances et ses illogismes trop nombreux, comment se fait-il qu'elle emporte encore une si grande adhésion chez les Américains ? Pour Dahl, il est clair que le succès de cette théorie relève de l'idéologie :

Hence, whatever its defects of logic, definition, and scientific utility, the Madisonian ideology is likely to remain the most prevalent and deeply rooted of all the styles of thought that might properly be labeled « american ». One would be foolish

indeed to suppose that an examination of its illogicality would significantly diminish its acceptance. Ideologies serve a variety of needs – psychological, socioeconomic, political, propagandistic – that transcend the need of pedants for scientific cogency<sup>6</sup>.

À vrai dire, Dahl montre que la théorie démocratique dominante aux États-Unis est un croisement de la vision madisonnienne et d'une conception populiste de la démocratie qui la définit comme la loi de la majorité. Puisque les Américains ont été endoctrinés à croire dans les bien-fondés de ces deux conceptions concurrentes de la démocratie sans être parvenus à réconcilier l'une avec l'autre, cette impasse permanente sape à tout instant la légitimité des décisions de l'État<sup>7</sup>. Cette manière de penser qui ressasse les délibérations de la convention constitutionnelle de Philadelphie pour les porter en apothéose dans le ciel des idées politiques a entravé selon Dahl l'émergence d'une réflexion réaliste et méticuleuse sur les conditions sociales de la démocratie<sup>8</sup>.

Les régimes de liberté, à l'instar des théories démocratiques décortiquées par Dahl, se reproduisent donc par l'endoctrinement et comportent pour une bonne part des rationalisations, des raccourcis et des silences qui laissent en plan des questions irrésolues ou embarrassantes. Leur force vient de la conviction qu'y attachent les dirigeants politiques et de la cohérence doctrinale que leur assurent les juristes, les chroniqueurs officiels et les penseurs influents. Il revient à l'analyse politique de mettre au jour les insuffisances des régimes dominants de liberté et d'indiquer le type de questions ou de considérations qu'elles taisent et l'influence que leur large réception exerce sur la pratique de la démocratie, tâche que Robert Dahl a esquissée en opposant à la théorie madisonnienne et à la conception majoritaire de la démocratie sa propre théorie de la démocratie polyarchique.

Dans son essai de 1956, Dahl traite quelque peu du contrôle judiciaire des lois. Bien que la théorie madisonnienne de la démocratie ne l'inclue pas nommément parmi les « freins extérieurs » à la volonté des détenteurs du

---

<sup>6</sup> Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, Chicago, 1956, p. 30-31.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 83.

pouvoir, il en est le prolongement logique, et c'est sous cet angle que Dahl l'envisage. À plusieurs reprises, Dahl exprime ses doutes sur la réalité des vertus et des promesses qu'on attache ordinairement aux États-Unis au contrôle judiciaire. Si l'abolition (ou le maintien) de ce mécanisme de sauvegarde des libertés contribue réellement à l'égalité politique en accord avec la souveraineté populaire, c'est là une question sans réponse qui puisse se déduire d'un système d'axiomes et de d'hypothèses définissant un type de démocratie. C'est la science politique empirique qui elle seul peut fournir une réponse à cette question<sup>9</sup>. Or, en se basant sur l'analyse de plusieurs décisions de la Cour suprême américaine, Dahl n'estime guère que la Cour, pour utiles que soient plusieurs de ses fonctions, est vraiment le « Deus ex machina » qui régulièrement protège la démocratie américaine contre elle-même. Il s'en faut de beaucoup que la Cour puisse, par ses seules décisions, empêcher des majorités nationales de porter atteinte à des conditions essentielles de la démocratie<sup>10</sup>. Tout au plus concède-t-il que le contrôle judiciaire, dans la mesure où l'amendement constitutionnel est malaisé, peut effectivement faire entrave à la volonté de majorités relativement apathiques d'empiéter sur les préférences de minorités aux convictions intenses. Mais il ne peut, toutefois, bloquer des majorités aux convictions fortes<sup>11</sup>.

En dépit des limitations inhérentes au contrôle judiciaire que Dahl et d'autres aient vues, ce mécanisme de sauvegarde des libertés s'est largement diffusé bien au-delà des États-Unis. Ce n'est pas tout ensemble la théorie madisonnienne de la démocratie que les nombreux pays acquis au libéralisme des droits de l'Homme ont adoptée ; l'emprunt s'est fait sélectivement, par la greffe d'un élément institutionnel détaché de tout le système congressionnel de freins et de contrepoids, laissé en plan. Au moment où Dahl écrivait les lignes de son essai, plusieurs pays avaient adopté une variante de la formule américaine de contrôle judiciaire, inspirée du modèle de cour constitutionnelle conçue par le théoricien du droit Hans Kelsen, qui joua un rôle déterminant dans la rédaction de la constitution autrichienne de 1920 ; ces innovations, introduites au lendemain de la Deuxième Guerre en Italie et au Japon, et en 1958 en France, étaient encore trop jeunes pour avoir déployé tous leurs effets. Les quelques tentatives d'introduction du contrôle juridictionnel faites pendant l'entre-deux-guerres

---

<sup>9</sup> Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, p. 52.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 58-59.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 111-112.

ne furent guère concluantes ; la cour constitutionnelle tchécoslovaque ne put vraiment exercer son rôle, la cour constitutionnelle autrichienne fut de facto paralysée avant l'Anschluss, la guerre civile emporta le tribunal prévu par la constitution de la République espagnole de 1931. Seule la cour établie par la constitution irlandaise de 1937 semble avoir survécu à cette vague d'engloutissement<sup>12</sup>. Pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, en Grande-Bretagne comme au sein des pays d'Europe continentale expérimentant le parlementarisme, l'idée de souveraineté régnait en maîtresse. Expression de la volonté nationale ou populaire, la loi du parlement s'imposait comme l'autorité ultime, l'arbitre des valeurs et des conflits de société, à laquelle le juge devait se subordonner pour en appliquer les volontés, sans faire intervenir, du moins aussi peu que possible, sa volonté propre. Cette conception du parlement souverain fut tellement répandue que les constitutions du XIX<sup>e</sup> siècle en Europe ne prévoyaient pas de mécanisme particulier pour leur modification, sauf à exiger des formes particulières d'adoption ou des majorités qualifiées. Dans les États fédéraux où le principe même du fédéralisme eût pu justifier la mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel des compétences législatives, cette innovation institutionnelle fut écartée, par un arrêt du tribunal d'Empire en 1883, ou interdite par la constitution autrichienne de 1867. Seule la Confédération helvétique envisagea un tel contrôle dans sa constitution de 1848, mais seulement pour les lois cantonales<sup>13</sup>.

La diffusion rapide du contrôle de constitutionnalité en Europe après la Seconde Guerre mondiale a fini par faire apparaître la sacro-sainte souveraineté parlementaire comme une réalité suspecte ou un vieil atavisme institutionnel dépassé. Plus d'un ont souligné que cette évolution s'est accompagnée d'une sacralisation des droits de l'Homme qui font l'objet, écrit Pierre Manent, « d'une revendication morale qui est aussi stridente que vague »<sup>14</sup>. Les États d'Europe et d'Amérique du Nord vivent depuis plus de deux siècles sous « l'autorité spirituelle » de ces droits qui a entraîné une conversion progressive du discours politique au langage du droit. Le sujet politique contemporain se voit ainsi de plus en plus comme un sujet de droit, dont plusieurs déplorent qu'il soit désormais moins engagé dans la cité,

---

<sup>12</sup> Xavier Roques, « Système majoritaire et contrôle de la constitutionnalité », *Pouvoirs*, no. 85, 1998, p. 106-108.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 102-103.

<sup>14</sup> Pierre Manent, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Gallimard, 2004, p. 294.

devenu indifférent, voire hostile au politique. De la même manière, l'absolutisation des droits de l'Homme sous-tend le passage de la conception classique de l'État de droit, qui fonde la légitimité de la loi sur des critères strictement formels, à une vision substantielle de l'État désormais conçu comme un État de justice qui lie la validité des normes à la réalisation des droits humains<sup>15</sup>. Les raisons de l'engouement pour le contrôle de constitutionnalité et de l'ascendant du discours des droits ont déjà été passablement étudiées. Jacques Chevallier en a identifié plusieurs : le dépassement – déjà indiqué – de la vision formaliste de l'État de droit, au profit d'une conception substantielle qui incorpore les droits de l'homme dans le droit positif ; un changement dans la finalité de la démocratie, assignée à la garantie des droits des minorités plutôt qu'à la réalisation du gouvernement démocratique ; l'appropriation du droit et des droits de l'Homme par les philosophes – notamment en France, désormais envisagés comme des armes contre le totalitarisme et enfin, la crise et les ratés de l'État-providence, qui suscitent tant à gauche qu'à droite des solutions qui toutes font jouer le droit contre l'État<sup>16</sup>.

Le triomphe du contrôle de constitutionnalité et du discours des droits de l'Homme pourrait laisser penser que la démocratie libérale, malgré la grande diversité de ses régimes de gouvernement, se dirige vers un seul système de liberté, à cela près que la sanction des libertés incomberait soit à un tribunal constitutionnel spécialisé, soit à l'organisation judiciaire tout entière chapeauté par une Cour suprême. Ce triomphe apparent risque d'occulter l'autre système de liberté sur les bases duquel reposait, dans des pays peu enclins au contrôle judiciaire à l'américaine, la garantie des droits politiques et sociaux. L'engouement suscité au Canada par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a fait oublier le fait que le Canada était déjà, avant 1982, une société de libertés et que cet état de choses était advenu grâce à une conjonction de facteurs et d'événements historiques parmi lesquels entrait peu le recours au juge. De la même manière, il serait curieux de penser que la primauté du droit – *Rule of Law* – a commencé à s'imposer en Grande-Bretagne seulement au moment de l'adoption du *Human Rights Act* en 1998.

---

<sup>15</sup> Blandine Kriegel, *Propos sur la démocratie. Essais sur un idéal politique*, Paris, Flammarion, 1992, p. 40-43.

<sup>16</sup> Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 98-109, 121-134.

Or, ce sont justement deux philosophes politiques français qui ont mis en lumière les vertus propres au système anglais de liberté, Marcel Gauchet et Pierre Manent. Tous deux évoquent la voie anglaise, l'un dans le cadre d'une théorie de la représentation et des pouvoirs, l'autre pour définir tout ce que le « régime » moderne de la liberté doit à l'organisation des séparations, entre la société et l'État d'une part, et à l'intérieur de ce dernier, d'autre part. Par contraste avec la France, qui a infructueusement tenté depuis la révolution de mettre sur pied un système représentatif viable, l'Angleterre donne l'exemple selon Gauchet d'un pays qui a su, à partir d'un régime représentatif déjà existant, laisser jouer des divisions permettant au corps social de se dissocier du pouvoir institué et de se saisir comme corps représenté grâce aux oppositions concrètes au sein même de ce pouvoir. Au contraire de la France, dont les penseurs révolutionnaires ont théorisé la nécessité d'un pouvoir séparateur entre le peuple déléguant et le pouvoir délégué sans parvenir à proposer une solution pratique, l'Angleterre, sans faire de révolution depuis celle de 1689, a connu l'émergence progressive de divisions institutionnelles dont le jeu « vaut mise en scène de la dissociation entre le lieu d'exercice du pouvoir et le lieu d'où sa légitimité émane »<sup>17</sup>. En réalité, l'Angleterre a pu se dispenser de créer un pouvoir tiers séparateur, puisque la formation d'une opinion publique indépendante du parlement et d'un gouvernement de cabinet se réclamant de l'appui du peuple a suscité un système stable où l'excès de pouvoir est sanctionné soit par le peuple, soit par les acteurs politiques au parlement. Ainsi, en Grande-Bretagne, le pouvoir s'est divisé, et la société s'est séparée de lui, sur la base d'une tradition juridique et politique perpétuant la vieille solidarité organique de la monarchie<sup>18</sup>. Ce qui est remarquable dans le système anglais, selon Gauchet, c'est la diversité des divisions internes qui supposent un tiers-pouvoir sans aller jusqu'à l'instaurer. Gauchet énumère les divisions suivantes :

1-La pluralité dans l'unité des organes de la souveraineté (King-Lords-Commons) ;

2-La division ritualisée de l'oligarchie ;

3-L'autonomie du système juridique, possédant, indépendamment du

---

<sup>17</sup> Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995, p. 263.

<sup>18</sup> *Ibid.*

pouvoir parlementaire, ses propres sources et voies de droit ;

4-La tradition anglaise des libertés, qui protège les individus contre les exactions du pouvoir ;

5-L'affirmation hâtive de l'opinion publique, en tant que pouvoir « censorial ».

Chez Manent, les divisions internes au pouvoir ou la dissociation de celui-ci et de la société prennent place dans une théorie de la démocratie, laquelle, dit-il, est une organisation des séparations<sup>19</sup>. Manent ne distingue pas précisément entre démocratie et liberté, puisque celle-ci, comme celle-là, sont fondées aussi sur une organisation des séparations<sup>20</sup> ; c'est, en fait, ce qui caractérise le régime de la liberté « telle que les Modernes l'entendent »<sup>21</sup>. Manent reconnaît six catégories de séparation, sans insister sur la manière dont elles sont instituées et sur les instruments ou les procédures qui les rendent effectives. Il a moins tant le souci de décrire les mécanismes formels de la démocratie que de montrer les ressorts sociopolitiques qui composent sa réalité.

Le processus de création de ces séparations est toujours en évolution. Ainsi, la séparation entre l'exécutif et le législatif, si chère à Montesquieu et qui était nettement pratiquée en Angleterre jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle a cédé le pas, selon Manent, à un nouveau type de séparation – celle entre la majorité et l'opposition. Cette substitution, bien loin d'affaiblir la liberté politique moderne, lui a permis de progresser encore<sup>22</sup>. Quand bien même elle ne prendrait pas part au pouvoir, l'opposition exerce une fonction modératrice sur la majorité gouvernementale en ce qu'elle se prépare à prendre le pouvoir. Manent n'entre pas dans une étude détaillée du parlementarisme britannique, mais son analyse du cas anglais, donnée comme illustration d'une théorie plus générale, n'en laisse pas moins deviner un schéma explicatif de la voie anglaise très similaire aux vues de Marcel Gauchet. L'un et l'autre semblent attribuer le succès et l'unicité de la voie anglaise de la démocratie à l'assemblage fortuit mais heureux de

---

<sup>19</sup> Manent, *Cours familial de philosophie politique*, p. 25.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 33.

divisions internes à la société et à l'État britanniques. À l'instar de Robert Dahl, ils insistent sur les facteurs sociopolitiques à la base du régime politique, au lieu de faire découler le « système de la liberté » des Modernes des institutions et du droit seuls.

### **Le parlementarisme incorporé britannique**

Mais comment les Britanniques envisagèrent-ils eux-mêmes leur propre démocratie parlementaire ? Supposait-elle à leur sens un art subtil des divisions internes, qui se dispense des prescriptions formelles d'une constitution écrite ? Pour répondre à ces questions, nous nous pencherons sur trois auteurs britanniques, John Stuart Mill, Walter Bagehot et Albert V. Dicey, dont les écrits connurent un grand retentissement, non seulement au Royaume-Uni, mais également au Canada, le premier en tant que philosophe dont les pères fondateurs du Dominion canadien se réclamèrent maintes fois, le troisième en tant que juriste éminent dont les ouvrages ont fait longtemps autorité parmi les juristes canadiens en matière de droit constitutionnel et administratif.

L'ouvrage phare de Mill sur le parlementarisme est son traité publié en 1865 sur le gouvernement représentatif. Voici ce qu'en dit Anthony H. Birch : « Mill's *Considerations on Representative Government* is the most systematic attempt ever made in Britain to set out a theory of the purpose and proper organization of representative institutions »<sup>23</sup>. Dans cet ouvrage, Mill expose une conception du parlementarisme que l'on pourrait qualifier à bon droit de classique, à cela près qu'il y proposa l'adoption d'un mode de scrutin proportionnel pour assurer la représentation de toutes les minorités de la société au parlement. Pour radical que puisse paraître ce changement du système électoral, Mill n'en conçoit pas moins un régime représentatif où le gouvernement et le parlement jouissent du monopole de la représentation et se partagent les tâches de la gouverne politique. Ce parlementarisme est « incorporé », en ce sens que le gouvernement représentatif absorbe en lui-même, quitte à les distribuer à des divisions ou des pouvoirs qui lui sont

---

<sup>23</sup> Anthony H. Birch, *Representative and Responsible Government*, Londres, Allen & Unwin, 1964, p. 57. Voir aussi Richard H. S. Crossman: « Published in 1861, *Representative Government* was at once accepted as an authoritative exposition of liberal doctrine » (Richard H. S. Crossman, « Introduction », dans Walter Bagehot, *The English Constitution*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1963, p. 6).

internes, l'ensemble des fonctions de surveillance et de contrôle nécessaires à l'équilibre des pouvoirs. De plus, il est le centre normal de la discussion publique, qui révèle la société à elle-même et légitime la décision politique. Le gouvernement représentatif ne nécessite pas de contrôle qui lui soit externe ni de censure lui signalant ses excès ; il se règle par lui-même, et c'est le peuple qui en est le juge ultime, convoqué aux élections par ses gouvernants. Mill décrit en ces termes le rôle du gouvernement :

The meaning of representative government is, that the whole people, or some numerous portion of them, exercise through deputies periodically elected by themselves the ultimate controlling power, which, in every constitution, must reside somewhere. This ultimate power they must possess in all its completeness they must be masters, whenever they please, of all the operations of government<sup>24</sup>.

Mill établit ici une distinction entre action et contrôle :

There is a radical distinction between controlling the business of government and actually doing it. The same person or body may be able to control everything, but cannot possibly do everything [...] It is one question, therefore, what a popular assembly should control, another what it should itself do<sup>25</sup>.

Selon Mill, le domaine où l'assemblée est la plus apte, c'est la délibération, l'expression du consentement aux mesures décidées par l'exécutif et l'administration. Il ne s'agit pas pour l'assemblée de décider par elle-même du détail des mesures administratives, mais de veiller à ce que les personnes nommées aux tâches administratives et exécutives soient les bonnes<sup>26</sup>. Néanmoins, si inhabile qu'il soit au gouvernement des affaires, le Parlement n'en demeure pas moins l'instance qui assume la totalité du contrôle et de la surveillance qui s'exerce sur l'État. Mill écrit:

Instead of the function of governing, for which it is radically unfit, the proper office of a representative assembly is to watch

---

<sup>24</sup> John Stuart Mill, *Utilitarianism: On Liberty, and Considerations on Representative Government*, Londres, J. M. Dent & Sons Ltd, 1972, p. 228.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 229-230.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 233.

and control the government; to throw the light of publicity on its acts; to compel a full exposition and justification of all of them which any one considers questionable; to censure them if found condemnable, and, if the men who compose the government abuse their trust, or fulfil it in a manner which conflicts with the deliberate sense of the nation, to expel them from office, and either expressly or virtually appoint their successors<sup>27</sup>.

Comme le fit remarquer Pierre Rosanvallon : « le Parlement absorbe chez lui [Mill] la totalité des pouvoirs démocratiques indirects »<sup>28</sup>. De la même façon, le Parlement devient chez Mill l'arène délibérative par excellence où sont portées et discutées toutes les idées présentes dans le corps électoral ; il n'est de segment de celui-ci, de courant ou même d'opinion solitaire qui ne finisse pas faire entendre sa voix dans cette arène et par confronter sa thèse à l'intelligence des représentants de la nation. Ainsi, écrit Mill:

In addition to this, the Parliament has an office, not inferior even to this in importance ; to be at once the nation's Committee of Grievances, and its Congress of Opinions, an arena in which not only the general opinion of the nation, but that every section of it, and as far as possible of every eminent individual whom it contains, can produce itself in full light and challenge discussion; where every person in the country may count upon finding somebody who speaks his mind, as well or better than he could speak it himself – not to friends and partisans exclusively, but in their face of opponents, to be tested by adverse controversy [...]<sup>29</sup>.

Le fait que le Parlement exerce un double monopole sur le contrôle et la délibération dans le cadre d'un gouvernement mixte n'enlève rien à sa suprématie. Même si, d'après la constitution britannique, chacun des trois pouvoirs investis de la souveraineté peut empêcher les deux autres, les règles

---

<sup>27</sup> Mill, *Utilitarianism: On Liberty, and Considerations on Representative Government*, p. 239.

<sup>28</sup> Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 87.

<sup>29</sup> Mill, *Utilitarianism: On Liberty, and Considerations on Representative Government*, p. 239.

non-écrites du gouvernement britannique accordent *de facto* la suprématie à la Chambre des Communes, qui forme le gouvernement et constitue de ce fait le véritable souverain du pays<sup>30</sup>. Cette souveraineté s'accorde néanmoins avec un principe strict de séparation, celui qui distingue l'action, qui revient aux pouvoirs exécutif et administratif, du contrôle ultime, réservé aux corps des élus. Mill parle à ce sujet nommément d'une ligne de séparation – *line of separation*<sup>31</sup>. Parmi les dangers auxquels le gouvernement représentatif fait face, Mill range le triomphe des intérêts catégoriels ou d'une portion particulière de la classe gouvernante sur l'intérêt général de la nation. Il reconnaît également les dangers inhérents au gouvernement majoritaire, susceptible d'empiéter sur les intérêts de la minorité, mais c'est là un danger sur lequel Mill insiste peu, puisque le parlementarisme à l'anglaise met en réalité au pouvoir des élus qui doivent leur élection à des majorités locales, obtenues dans chaque circonscription à la simple pluralité des voix. Le gouvernement démocratique idéal d'après Mill est celui qui voit à ce que chaque segment de la société puisse être représenté et s'exprimer au parlement en y trouvant un *point d'appui*<sup>32</sup>. Chaque minorité parvenant à s'y faire entendre, le gouvernement démocratique s'éclaire de l'antagonisme des opinions et des intérêts qui finissent par s'équilibrer dans leur multiplicité. C'est pourquoi, critique du scrutin majoritaire anglais – qui désavantage la représentation de la minorité instruite au profit des majorités locales –, Mill s'est fait le défenseur d'un scrutin proportionnel de liste qui assurerait une représentation plus équitable des minorités. À l'époque de Mill, les partis politiques, qui ne connaissaient pas encore la fêrule de la discipline que leur accession prochaine au statut de partis de masse ferait advenir, n'étaient pas encore pleinement formés ; ce qui pousse Mill à envisager un parlement libre, traversé d'une multitude de courants sans subir l'embrigadement des whips et du caucus.

Le parlementarisme de Mill est celui qui se corrige par lui-même, en se réglant sur des principes et des séparations qui lui sont internes, sans nécessité de recourir à un tiers, à un arbitre ultime en dehors du Parlement pour mettre un frein aux interférences illégitimes de l'État dans les droits de l'individu. Dans son essai, *On Liberty*, Mill considère plusieurs de ces

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>31</sup> Mill, *Utilitarianism: On Liberty, and Considerations on Representative Government*, p. 247.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 268 (en français dans le texte).

interférences et les objections qu'elles suscitent ; en aucune manière ne propose-t-il le recours au juge ou à une quelque autre instance pour sanctionner les excès de l'action publique.

Un contemporain de Mill, le journaliste Walter Bagehot, a lui aussi contribué à forger la représentation classique ou libérale du parlementarisme britannique, bien que de nombreux points séparent les deux auteurs. Dans son célèbre essai *The English Constitution*, Bagehot, à l'instar de Mill, limite les fonctions de la Chambre des Communes au contrôle et à la délibération, et les deux auteurs craignent que l'extension du suffrage aux classes moyennes fasse advenir une fâcheuse dictature de la majorité. Là où les deux se distinguent, toutefois, c'est sur le rôle du cabinet. Alors que Mill en mentionne à peine l'existence, préférant s'en remettre à la division bipartite du pouvoir entre le législatif et l'exécutif, Bagehot lui accorde un rôle central. Il en fait même le « secret efficace de la constitution » qui repose sur la distinction que l'auteur établit entre les éléments « dignes » – *dignified* – et les éléments « effectifs » de la constitution, les premiers, par le déploiement du faste monarchique, servant à cacher l'existence de ces autres éléments et à leur garantir l'adhésion populaire. Le jeu de ces deux parties de la Constitution anglaise place dans les faits l'autorité ultime de l'État dans les mains de la Chambre des Communes, et ce d'autant mieux qu'elle vient d'être élue<sup>33</sup>.

Au contraire des Américains qui ont mal interprété la constitution anglaise et préfèrent diviser la souveraineté en espérant que la multiplicité de ses parties compenserait sa faiblesse, Bagehot, qui se réclame de Hobbes, postule plutôt l'existence d'un pouvoir souverain unique et bienveillant. L'excellence de cette souveraineté unique réside dans le principe garantissant le choix de l'exécutif par la Chambre des Communes, auquel s'ajoute une « valve de sûreté » et un principe régulateur<sup>34</sup>. La valve de sûreté, c'est la convention qui autorise le Premier ministre, en cas de conflit insurmontable entre les deux chambres, à nommer des pairs supplémentaires pour se donner une majorité. Le principe régulateur, c'est le pouvoir du premier ministre de dissoudre la première chambre.

---

<sup>33</sup> Walter Bagehot, *The English Constitution*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1963, p. 219.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 221.

Curieusement, Bagehot ne s'inquiète pas de la possibilité que l'esprit de parti s'empare du Parlement bien au-delà de sa force au sein de la population ou que le Parlement agisse contrairement à l'intérêt véritable de la nation<sup>35</sup>. Pour lui, un tel danger ne saurait survenir dans une nation dont l'esprit est constamment politisé et qui exerce, ce faisant, un contrôle incessant sur ses représentants. D'où l'insistance mise par Bagehot sur les traits de la culture politique britannique, grâce auxquels le gouvernement de cabinet britannique a pris son essor. Ces traits caractéristiques sont la confiance mutuelle des électeurs, le calme de l'esprit national, peu enclin à l'excitation révolutionnaire, et la rationalité de l'électorat<sup>36</sup>. À l'instar de Mill, Bagehot appréhende l'arrivée de masses d'électeurs peu instruits. Il n'en reste pas moins, selon Bagehot, que le gouvernement de cabinet peut s'y maintenir, grâce à l'une des qualités éminentes de la nation britannique : sa déférence. Une nation déférente est celle où la majorité numérique est disposée, par l'effet de la tradition ou de l'habitude, à déléguer le pouvoir de choisir ses dirigeants à une minorité restreinte. La majorité abdique ainsi son pouvoir en faveur d'une élite et consent à obéir à celui auquel cette élite aura placé sa confiance. Cette élite forme en quelque sorte une seconde classe d'électeurs, plus éduquée et compétente, en laquelle la population se remet pour les choses de l'État. Et comme le constate Bagehot non sans un certain cynisme, c'est avant tout au « spectacle théâtral de la haute société » – *the theatrical show of society* – animé par les restes de la pompe monarchique, que le peuple anglais accorde sa déférence coutumière, davantage qu'aux dirigeants eux-mêmes<sup>37</sup>. En somme, Bagehot célèbre les vertus d'un parlementarisme auto-réglé, tempéré par la tutelle bienveillante des élites et l'obéissance ordonnée des masses.

La même confiance dans la modération intrinsèque du parlementarisme s'exprime chez le juriste Albert V. Dicey, auquel on doit aussi une défense on ne peut plus classique de la souveraineté parlementaire. Ce qui nous intéresse ici, c'est d'examiner les limitations internes et externes à la souveraineté juridique du parlement dont Dicey reconnaît l'existence et l'efficacité pour le maintien de la démocratie. Dicey entend par limitation externe la nécessité pour le gouvernement d'obtenir l'appui d'au moins une portion de la population, et par limitation interne, le fait que le souverain

---

<sup>35</sup> Bagehot, *The English Constitution*, p. 230.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 239-242.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 248.

légal agit sous le coup de son environnement social dont il est influencé. Dans un régime despotique, ces limitations externes et internes ne coïncident pas, alors qu'en démocratie, elles tendent à converger. Comme le fit remarquer Paul P. Craig :

The absence of constitutional review and the Dicean conception of sovereignty are therefore firmly embedded within a conception of self-correcting majoritarian democracy. Representative government would necessarily produce a coincidence between the external and internal limits of sovereign power in much the same way that the invisible hand of market ensured a correspondence of supply and demand<sup>38</sup>.

La confiance de Dicey dans les vertus de la souveraineté parlementaire postule donc l'existence d'une culture politique qui informe les majorités au pouvoir et les entraîne à s'abstenir de porter atteinte aux intérêts vitaux d'une minorité. À la suite de guerres de religion qui ont dévasté la Grande-Bretagne au XVII<sup>e</sup> siècle, on pourrait penser que la classe politique anglaise aurait intériorisé les principes de tolérance et de modération politique, dans son intérêt propre. De plus, Dicey accorde également une grande importance à l'opinion publique, qui aurait opposé, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, un frein à l'omnipotence législative du parlement. Ainsi, selon Dicey, entre 1830 et 1850, le libéralisme utilitariste inspiré de Benjamin Bentham eut à composer avec l'influence modératrice du vieux torysme, et la réforme ecclésiastique entreprise dans ce siècle ne peut être comprise sans référence aux multiples courants d'opinions contraires qui ont jalonné son passage<sup>39</sup>. En somme, tel que l'a observé Craig : « Majority tyranny could, therefore, be forestalled by a combination of internal limits, coupled with counter- and cross-currents of opinion, which together would preclude legislation which was constitutionally deleterious to a particular minority »<sup>40</sup>.

En tout état de cause, le gouvernement représentatif fondé sur la souveraineté parlementaire fonctionne de telle manière que le Parlement représente le peuple ou met en œuvre sa volonté. Ainsi, selon Dicey : « But

---

<sup>38</sup> Paul P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 66.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>40</sup> *Ibid.*

if Parliament be in the eye of the law a supreme legislature, the essence of representative government is that the legislature should represent of give effect to the will of the political sovereign, i. e., of the electoral body, or to the nation »<sup>41</sup>. Malgré l'opacité du gouvernement mixte anglais dont les composantes anciennes peuvent retarder l'expression de la volonté populaire, celle-ci finit toujours par prévaloir de manière régulière et conformément à la constitution du pays<sup>42</sup>. Si le Parlement est le souverain légal, le peuple est le souverain politique du pays. La démocratie parlementaire auto-réglée de Dicey implique donc un système de volontés – la volonté populaire et la volonté majoritaire au parlement – qui se superposent et coïncident, favorisé par des conventions constitutionnelles et une culture politique du compromis et de la modération fortement intériorisées par les élites politiques.

La conception incorporée du parlementarisme défendue par Dicey se double également d'un scepticisme profond à l'égard du jusnaturalisme et des déclarations formelles des droits, incapables d'arrêter dans sa course la marche de la majorité au despotisme:

For the doctrine of innate rights, logically unsound though it be, places in theory a limit upon the despotism of the majority. This doctrine in no doubt a very feeble barrier against the inroads of popular tyranny; the Declaration of the Rights of Man did not save from death one among the thousands of innocent citizens dragged before the Revolutionary Tribunal; the American Declaration of Independence, with its proclamation of the inalienable rights of Man did not deliver a single Negro from slavery. But these celebrated documents were after all a formal acknowledgment that sovereign power cannot convert might into right. They have assuredly affected public opinion<sup>43</sup>.

Le traité de Dicey est ainsi rédigé qu'il donne la réplique aux prétentions des

---

<sup>41</sup> Albert Venn Dicey, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan & Co ltd, 1965, p. 429-430.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>43</sup> Albert Venn Dicey, *Law and opinion in England during the nineteenth century*, cité par Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, p. 53.

juristes continentaux d'ériger les libertés individuelles en droits formellement constitutionnalisés : il veut montrer que là où l'Europe continentale faillit à fournir des garanties réelles aux libertés, le droit et la tradition anglais y réussissent.

La conception libérale de la démocratie parlementaire auto-réglée a laissé une empreinte durable en Grande-Bretagne et dans plusieurs de ses colonies. Plusieurs auteurs à la suite de Dicey reprendront la doctrine du parlement souverain, incorporant en lui toutes les fonctions de contrôle et de délibération et soumis aux limitations internes et externes identifiées par Dicey<sup>44</sup>.

### **La désincorporation du parlementarisme britannique et l'effritement du libéralisme victorien**

Les vues exprimées par Mill, Bagehot et Dicey cristallisèrent une vision libérale du parlementarisme que plusieurs acteurs politiques anglais partagèrent pendant la trentaine d'années au cours de laquelle la classe politique anglaise consentit à élargir le suffrage, notamment par les célèbres lois électorales de 1832 et de 1867, et le bipartisme anglais prit forme<sup>45</sup>. Cependant, si cette vision libérale du parlementarisme a longtemps perduré, c'est que les libéraux anglais ont mis du temps à comprendre que l'extension du suffrage changerait la nature même du gouvernement représentatif anglais<sup>46</sup>. Ainsi, l'élargissement du suffrage a forcé les partis politiques anglais à se constituer en véritables organisations et à imposer la discipline à leurs députés d'arrière-banc ; cette évolution, conjuguée à une réforme de la procédure parlementaire qui restreignait la liberté d'initiative de ces députés, ont profondément transformé les relations entre le parlement et le cabinet à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Ainsi, s'il était fréquent de voir le gouvernement perdre un vote au parlement ou l'opposition modifier ses projets de loi entre 1851 et 1885, par après ces événements sont devenus beaucoup plus rares<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Birch cite l'exemple de Leonard Courtney, *The Working Constitution of the United Kingdom and its outgrowths*, Londres, J. M. Dent & Co. 1901, p. 73. Voir aussi Edward Wavell Ridges, *Constitutional Law of England*, Londres, Stevens and Sons Ltd, 1915, p. 12-15.

<sup>45</sup> Birch, *Representative and Responsible Government*, p. 74.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 75.

Malgré ces transformations, la plupart des observateurs de la scène britannique continuèrent à ressasser les canons du libéralisme victorien jusque dans les années 1930.

Ces transformations n'échappèrent toutefois pas au regard acéré d'Ostrogorski qui s' alarma de ce que la domination du cabinet sur le parlement détruirait l'indépendance des députés et en saperait la dignité, de même qu'elle ferait des leaders parlementaires des « autocrates », érigés en arbitres entre le parlement et l'opinion publique<sup>48</sup>. Enfin, à partir de 1929, parurent une série d'ouvrages fustigeant les transformations du système de partis anglais, tombé sous la coupe d'un nouveau despotisme, de la « dictature du cabinet », de machines électorales, de bureaucraties inflexibles, minant de ce fait le rôle des parlementaires, réduits à l'obéissance moutonnaire. Cette déploration continua bien au-delà de la Deuxième Guerre mondiale<sup>49</sup>. En 1952, un ouvrage annonça la mort du Parlement britannique, étouffé par l'emprise grandissante de la discipline de partis, l'inflation du pouvoir réglementaire, l'érosion de la primauté du droit et l'absence généralisée d'un contrôle efficace de l'Administration publique. La plupart de ces critiques, estime Birch, ont en tête l'époque emblématique du libéralisme victorien et croient pouvoir y revenir en substance en préconisant une série de réformes du parlement<sup>50</sup>.

Ce tableau des critiques du parlementarisme nouveau serait incomplet si on ne tenait compte aussi du scepticisme profond que plusieurs intellectuels anglais socialistes, proches du mouvement fabien, tel Harold Laski, entretinrent à l'égard de la démocratie britannique, dont le parlementarisme inspiré d'un libéralisme dépassé risque de faire obstacle au programme d'un gouvernement travailliste. Bien que l'aile parlementaire du parti travailliste ait opté pour la conquête du pouvoir par la voie de la démocratie parlementaire, cette critique issue de son aile radicale a contribué à affaiblir la croyance dans les vertus intrinsèques du libéralisme victorien. La désillusion suscitée par l'affaiblissement du parlementarisme s'est poursuivie jusqu'à l'arrivée des conservateurs de Thatcher au pouvoir en 1979. La même année, Jordan et Richardson, dans un ouvrage sur la démocratie post-parlementaire, écrivent que « l'importance du Parlement

---

<sup>48</sup> Mosei Ostrogorski, *La démocratie et les partis politiques*, Paris, Seuil, 1979, p. 43-102.

<sup>49</sup> Birch, *Representative and Responsible Government*, p. 78-79.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 80.

aujourd'hui, c'est son insignifiance »<sup>51</sup>. Le thème du déclin du Parlement au XX<sup>e</sup> siècle a continué d'être rebattu dans la littérature contemporaine<sup>52</sup>.

Il n'empêche que si vive et constante qu'ait été la critique des dérives « despotiques » du gouvernement de cabinet britannique, les voix ont tardé en Grande-Bretagne à réclamer un contrôle judiciaire à l'américaine des libertés individuelles. Dans un autre ouvrage sur le système politique britannique publié en 1967, Birch ne s'étonne guère de ce que son pays n'ait pas adopté encore la voie américaine ou la tradition européenne des déclarations formelles des droits. La raison qu'il en donne tient essentiellement à la trajectoire historique particulière de la Grande-Bretagne : à la différence de plusieurs pays européens et des États-Unis, le peuple anglais n'a pas eu à renverser totalement par la voie révolutionnaire le régime établi du pays pour en fonder un nouveau<sup>53</sup>. Et la primauté du droit est devenue une réalité depuis plus de trois siècles, bien avant que la vie politique ne prenne un caractère véritablement démocratique. De plus, l'idée que les droits des citoyens sont garantis grâce aux déclarations des hommes politiques paraît toujours étrangère à un pays où ces droits semblent plutôt découler des arrêts de justice. Birch ajoute: « In this respect Britain is clearly fortunate, not because it is a disadvantage to have a declaration of rights (which in some circumstances can be very useful) but because civil rights are so secure here that no significant group has ever suggested that the country needs such a declaration »<sup>54</sup>. Ce sentiment de sûreté personnelle dont jouissent les Britanniques en général s'explique selon Birch par l'homogénéité sociale et la stabilité politique qui caractérisent toujours le pays<sup>55</sup>. Tel que l'auteur le mentionne lui-même, il beaucoup plus facile dans

---

<sup>51</sup> Jeremy J. Richardson et A. Grant Jordan, *Governing Under Pressure: The Policy Process in a Post-Parliamentary Democracy*, Oxford, M. Robertson, 1979.

<sup>52</sup> Voir Bruce P. Lenman, *The Eclipse of Parliament*, Londres, New York, Edward Arnold, 1992; Peter Dorey, « Le Parlement en Grande-Bretagne », dans Olivier Costa, Éric Kerrouche et Paul Magnette (dir.), *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe?*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2004, p. 107-129.

<sup>53</sup> Anthony H. Birch, *The British System of Government*, Londres, Allen & Unwin, 1967, p. 247-248.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>55</sup> Peter Dorey a repris cet argument pour expliquer l'absence de déclaration des droits en Grande-Bretagne. Il écrit : « Il n'en demeure pas moins que cette prétendue stabilité perpétuelle, coupée à l'évolution progressive des institutions politiques à travers les siècles, est l'explication essentielle au manque de constitution écrite ou de déclaration de

un pays de reconnaître la liberté d'association quand dans ce dernier le parti communiste y compte à peine 40 000 au lieu de 400 000 membres. Même si le XX<sup>e</sup> siècle a substitué au libéralisme victorien consacrant le rôle central du parlement le gouvernement du Premier ministre, selon la logique que le gagnant emporte la mise – the winner takes all –, il demeure que le gouvernement de cabinet majoritaire appuyé sur un parti de masse organisé voit son action limitée par un ensemble de freins et contrepoids informels, au parlement même et extra muros<sup>56</sup>. En ce sens, la démocratie parlementaire anglaise sous Harold Wilson paraît encore à Birch une démocratie auto-réglée.

Cependant, le libéralisme victorien cesse de fournir un modèle adéquat de ce qu'est devenu le gouvernement parlementaire anglais dès lors que le Parlement a cessé d'avoir le monopole de la délibération nationale et d'être le canal de communications privilégié par la société civile pour faire entendre ses vœux et ses griefs. Ainsi, constate Birch, le gouvernement ne prend plus uniquement ou principalement connaissance de l'opinion publique par le truchement du parlement; sa communication avec la société se réalise aussi désormais par le moyen des groupes de pression, des organisateurs des partis, des journalistes, des élus locaux, des hauts fonctionnaires, et par une multitude de comités plus ou moins officiels nommés par le gouvernement<sup>57</sup>. En ce sens, le parlementarisme anglais était déjà fort engagé dans un processus de désincorporation qui fait éclater plusieurs des fonctions qui étaient réunies, dans l'optique du libéralisme victorien, dans le seul corps des représentants de la nation.

Ce processus de désincorporation, qui affecte le monopole parlementaire sur la délibération, touchera également sa fonction classique de contrôle. En 1967, le parlement de Westminster institue le commissaire parlementaire pour l'administration – Parliamentary commissioner –, inspiré du système suédois de l'Ombudsman, qui demeure sous la dépendance des députés, puisque c'est par eux seulement que les administrés peuvent saisir le

---

droits – si l'on excepte le récent *Human Rights Act* » (Dorey, « Le Parlement en Grande-Bretagne », dans *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe?*, p. 108).

<sup>56</sup> Dorey, « Le Parlement en Grande-Bretagne », dans *Vers un renouveau du parlementarisme en Europe?*, p. 265-279.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 278.

commissaire<sup>58</sup>. Un autre poste de commissaire fut créé en 1973 pour l'administration des soins de santé, et en 1974 et 1976, un réseau de commissaires fut établi pour les administrations locales. Bill Coxall et Lynton Robins observent que la création du poste de commissaire parlementaire en 1967 est la suite de l'inquiétude grandissante qui se faisait jour dans l'opinion publique à l'égard des mécanismes parlementaires traditionnels de contrôle des excès de l'administration, dont l'efficacité commençait à être mise en doute<sup>59</sup>. À la suite d'une accumulation de scandales qui éclaboussèrent la vie politique dans les années 1993 et 1994 et d'un rapport accablant d'une commission d'enquête, le gouvernement de John Major a mis sur pied le commissaire parlementaire pour la déontologie, chargé d'appliquer un code de bonne conduite<sup>60</sup>.

Il est intéressant de noter que ces changements dans les fonctions du parlement, qui voit se multiplier les instances tierces se substituant aux parlementaires dans le rôle de contrôleur de l'administration et du parlement lui-même se sont répercutés sur le rôle même que la société anglaise reconnaît traditionnellement à ses députés comme défenseurs naturels des droits des citoyens britanniques. Coxall et Robins reconnaissent que, bien que le Parlement demeure le forum central d'examen et de contrôle de l'action de l'exécutif, il n'est plus, si jamais il le fut, le principal mécanisme grâce auquel le citoyen victime d'une injustice obtient réparation. Les deux auteurs attribuent l'impuissance du parlement à cet égard au fait que le pouvoir du député tient essentiellement à celui de l'opinion publique, dont il est le relais ou qu'il menace d'alerter. Face à un ministre obstiné, le député est démuné en moyens et en influence pour le contraindre à reconnaître ses torts et à apporter les remèdes appropriés. Les deux auteurs décrivent le recours au député comme un procédé inefficace, aléatoire, en ce qu'il dépend trop des habiletés du député et de la bonne volonté de l'administration. Ils concluent en ces termes : « In short, even though parliamentarians may play a valuable role in first airing a individual problem or grievance, this method of defending civil liberties lacks both universal reliability and certain remedies »<sup>61</sup>. L'incapacité du parlement à contrôler

---

<sup>58</sup> Jacques Leruez, *Le système politique britannique*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 26.

<sup>59</sup> Bill Coxall et Lynton Robins, *Contemporary British Politics*, Londres, MacMillan Press, 1994, p. 325.

<sup>60</sup> Leruez, *Le système politique britannique*, p. 27.

<sup>61</sup> Bill Coxall et Lynton Robins, *Contemporary British Politics*, p. 323.

efficacement l'action de la machine gouvernementale, à laquelle l'État-providence a donné une grande expansion, est à l'origine, selon l'un des premiers promoteurs d'une charte des droits anglaise, de la création du commissaire parlementaire à l'administration en 1967<sup>62</sup>. Les limites aux pouvoirs d'enquête de ce commissaire et aux remèdes qu'il peut offrir aux citoyens lésés compte par ailleurs parmi les arguments que ce promoteur invoque à l'appui d'une telle charte<sup>63</sup>.

### **Un Dominion frappé de soupçons libéraux**

On sait finalement peu de choses sur le renversement idéologique à l'origine de l'abandon de la voie anglaise au Canada au profit de la voie américaine. La littérature inflationniste que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a suscitée s'est plus généralement à détailler les choix stratégiques que le gouvernement de Pierre Elliott Trudeau poursuivait par ce moyen ou à célébrer les nouveaux paradigmes, les transformations juridiques et sociopolitiques promises par le recours généralisé au juge. Plusieurs auteurs ont déploré l'atteinte faite à la suprématie parlementaire, en faisant entendre les reproches et les craintes que formulent d'ordinaire les critiques du gouvernement des juges<sup>64</sup>. Certains politologues, tels que Morton et Knopff, ont mis au jour les alliances que le gouvernement Trudeau a conclues avec de nombreux groupes d'intérêt et de minorités au discours « post-matérialistes » dès la fin des années 1960, grâce auxquelles il a pu mener à bien son grand projet de « rapatrier » au Canada le pouvoir constituant laissé à Londres en 1931 et d'y inclure une charte des droits s'imposant aux deux ordres de gouvernement. Morton et Knopff, en conclusion d'un ouvrage passant en revue tous les méfaits d'une politique judiciaire à outrance, expriment le regret de ce que les vertus de la démocratie parlementaire, fondée sur le gouvernement par la discussion, se soient perdues, par la faute des arrêts judiciaires qui, absolutisant les droits, restreignent les possibilités mêmes du compromis en politique et substituent

---

<sup>62</sup> Frank Stacey, *A new Bill of Rights for Britain*, Newton Abbot (Devon), David & Charles, 1972, p. 12.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>64</sup> L'une des critiques les plus virulentes au Canada fut l'essai de Robert Ivan Martin, *The Most Dangerous Branch. How the Supreme Court of Canada Has Undermined Our Law and Our Democracy*, Montréal/Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003.

la coercition à la délibération<sup>65</sup>. Ils rappellent que A.V. Dicey avait eu au Canada un éminent prédécesseur, Lord Durham, cet aristocrate whig dépêché en 1838 pour enquêter sur les rébellions républicaines matées par l'armée britannique dans le Bas et Haut-Canada. À l'instar de Dicey, Durham concevait le parlementarisme anglais comme une forme de gouvernement soumis à un ensemble de contraintes internes qui équilibrent les pouvoirs, de la même manière qu'étaient censés le faire les freins et contrepoids de la constitution américaine. Janet Ajzenstat s'est particulièrement employée à exposer la théorie du gouvernement de Durham, convaincu que les Anglais devaient leurs libertés à la séparation que le parlementarisme anglais maintient, dans un antagonisme constant, entre le gouvernement et l'opposition qui prennent à témoin une opinion publique souveraine<sup>66</sup>. La crainte d'être renversé et de subir la sanction populaire exercerait un frein suffisant pour dissuader le gouvernement majoritaire d'empiéter sur les droits des citoyens. Cette confiance dans le gouvernement représentatif s'expliquerait par l'adhésion des whigs anglais au langage du droit naturel et par leur capacité à user de ce langage pour délibérer des affaires publiques<sup>67</sup>. Selon Morton et Knopff, les théoriciens anglais du parlementarisme partageaient la même conviction que certains pères fondateurs de la république américaine – Hamilton en particulier – à savoir que la protection des droits individuels passe par le gouvernement représentatif et ses freins et contrepoids – dans un parlementaire ou présidentiel – plutôt que par une déclaration formelle des droits<sup>68</sup>.

Il est clair cependant que les pères fondateurs du Dominion canadien partageaient une vision du parlementarisme très proche du libéralisme victorien anglais. Pour ces derniers, la fondation du Dominion canadien, bien loin d'opérer une rupture avec la tradition britannique, constituait une forme de reconduction contre-révolutionnaire de la transplantation, dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord, des libertés anglaises héritées de la Glorieuse révolution de 1689. Plusieurs de ces fondateurs étaient des admirateurs d'Edmund Burke et comme lui donnaient peu de créance à la

---

<sup>65</sup> Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution & the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000, p. 149-166.

<sup>66</sup> Janet Ajzenstat, *The Political Thought of Lord Durham*, Montréal/Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1988, p. ?.

<sup>67</sup> Morton et Knopff, *The Charter Revolution & the Court Party*, p. 153.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 153-154.

doctrine abstraite et universaliste des droits de l'Homme<sup>69</sup>. Selon Donald Smiley, les pères fondateurs canadiens s'attendaient à ce que la protection des personnes repose sur « the traditional safeguards of the civil and common law systems as these safeguards were from time to time modified by enactments of Parliament and the provincial legislatures »<sup>70</sup>.

Dans un ouvrage récent, Janet Ajzenstat s'est risquée à donner une explication de ce qu'elle appelle la mort de la constitution de 1867, à l'origine de la création du Canada et de son régime parlementaire quasi fédéral<sup>71</sup>. En fait, elle estime que cette vieille constitution basée sur des principes similaires à ceux de la constitution britannique a expiré trois fois, sous les coups assénés par les intellectuels et les hommes politiques canadiens. Les historiens, tout d'abord, en délaissant l'histoire politique au profit de l'histoire sociale, ont jeté aux orties la connaissance des institutions et des principes qui ont façonné la culture politique anglaise et même inspiré les Américains dans leur projet d'indépendance. Ensuite, les philosophes, à leur tour, ont soumis la démocratie canadienne à de telles critiques, qu'elle finit par être dépeinte comme le contraire de la démocratie, ou comme un gouvernement libéral restreint, pétri de conservatisme, resté réfractaire à l'émancipation démocratique promise par le socialisme. Des intellectuels comme Gad Horowitz<sup>72</sup> ou C. B. Macpherson<sup>73</sup> ont popularisé la distinction entre libéralisme et démocratie libérale, le Canada parlementaire et fédéral de 1867 incarnant le premier terme sans parvenir à actualiser le deuxième terme. Ces critiques répétées de la gauche socialiste canadienne ont fini par accréditer l'idée que la démocratie parlementaire canadienne ne possédait plus les ressorts requis pour réaliser les promesses du projet démocratique. Enfin, selon Ajzenstat, les hommes politiques, à trop vouloir réformer la

---

<sup>69</sup> Marc Chevrier, « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens », dans Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 27.

<sup>70</sup> Donald Smiley, *Canada in Question: Federalism in the Eighties*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1980, p. 42.

<sup>71</sup> Janet Ajzenstat, *The Once and Future Canadian Democracy. An Essay in Political Thought*, Montréal/Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003.

<sup>72</sup> Gad Horowitz, « Conservatism, Liberalism, and Socialism in Canada : An Interpretation », *Revue canadienne d'économie et de science politique*, 32, 2, 1966, p. 2.

<sup>73</sup> Crawford Brough Macpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

constitution canadienne, lui ont trouvé sans cesse plus de défauts<sup>74</sup>.

L'explication d'Ajzenstat, pour intéressante qu'elle soit, demeure toutefois vague et incomplète. En réalité, la contestation de la démocratie parlementaire classique et son idée corollaire, l'adoption d'une charte des droits supralégislative, apparaissent au Canada pendant l'entre-deux-guerres, en réaction aux déportations d'immigrants, aux arrestations arbitraires de radicaux et de communistes, aux répressions de manifestations ouvrières ou syndicales que commande le gouvernement conservateur de Bennett pendant la grande crise<sup>75</sup>. C'est à cette époque que naissent plusieurs mouvements pour la défense des droits civils et politiques, que patronnent les intellectuels derrière le Commonwealth Cooperative Party, principal parti socialiste à l'époque originaire de l'ouest canadien, ainsi que des libéraux libertariens. Ces mouvements, dirigés notamment par des intellectuels tels que Frank Scott et Frank Underhill, jetteront un doute corrosif, qui ira s'amplifiant, sur les vertus supposées de la suprématie parlementaire. Les nombreuses mesures attentatoires aux libertés adoptées par le gouvernement de Mackenzie King pendant la Deuxième Guerre mondiale, dont l'internement de citoyens d'origine allemande, italienne et japonaise, avivèrent la contestation commencée par les mouvements en faveur des droits civils<sup>76</sup>. La prise de conscience des monstruosité commises par les régimes fascistes nazi et mussolinien et l'implication étroite du Canada dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 renforcèrent la conviction des nouveaux sceptiques de la démocratie parlementaire de la nécessité d'adopter une charte des droits constitutionnalisés ; il était fini le temps de la confiance aveugle dans les ressources de la démocratie parlementaire.

---

<sup>74</sup> Ajzenstat, *The Once and Future Canadian Democracy. An Essay in Political Thought* p. 136-137.

<sup>75</sup> L'étude la plus complète jusqu'à ce jour sur la genèse historique et intellectuelle de la *Charte canadienne des droits et libertés* est l'ouvrage de Christopher MacLennan, *Toward the Charter. Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1929-1960*, Montréal & Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003.

<sup>76</sup> Dans une introduction présentant son projet de charte constitutionnelle des droits de l'homme, Pierre-Elliott Trudeau, alors ministre fédéral de la Justice, évoque, sans les nommer, certains « événements de la Deuxième Guerre mondiale » qui « ont prouvé combien il est nécessaire de protéger les droits des individus » (Pierre-Elliott Trudeau, *Charte Canadienne des droits de l'Homme*, Gouvernement du Canada, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1968, p. 11).

Un premier pas sera franchi en 1960 avec l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* à l'instigation du gouvernement conservateur de John Diefenbaker. Fils d'immigrant issu de l'ouest canadien, Diefenbaker s'est distingué pendant les années 1940 comme l'un des ténors des mouvements des droits civils ; pendant qu'il était chef de l'opposition à Ottawa, il présenta un projet de loi en faveur de l'enchâssement dans la constitution canadienne d'une charte des droits. Pendant la campagne électorale de 1957, à la suite de laquelle il forma un gouvernement minoritaire, il ne dit mot de son projet d'enchâssement. Lors de campagne de 1958, qui le porta à tête d'un gouvernement majoritaire, il s'engagea néanmoins à faire adopter une Déclaration des droits. Bien qu'il ait tout d'abord considéré l'option d'une charte des droits constitutionnalisée, Diefenbaker une fois au pouvoir se ravisa et opta pour une simple loi ordinaire à portée interprétative. Tout en consommant une rupture avec la vision classique de la démocratie parlementaire, le parlement demeurait dans l'esprit de Diefenbaker le garant ultime des libertés individuelles, en ce que seul le corps des élus, à l'exclusion des autorités déléguées et du gouvernement, a la responsabilité de faire des arbitrages entre les droits des citoyens et les exigences de la gouverne politique<sup>77</sup>. En plus d'être un instrument juridique de sauvegarde des libertés bafouées par des administrations précédentes, la déclaration canadienne des droits formait selon Diefenbaker un moyen de cristalliser une nouvelle identité canadienne, qui mette de côté les divisions raciales, ethniques et religieuses au profit d'un canadianisme sans référence aux origines de qui que ce soit. Diefenbaker capta l'attention de nombreux Canadiens anglais en évoquant une « nouvelle frontière » à franchir, thème on ne peut plus américain repris par un avocat des prairies canadiennes ayant grandi parmi une société peuplée d'immigrants d'Europe centrale et orientale. Peu sensible à la réalité binationale canadienne, Diefenbaker voyait dans la garantie renforcée de l'égalité entre tous les Canadiens une condition à l'unification nationale du pays. « One nation, one country », telle était sa devise<sup>78</sup>.

A ce retournement venu de l'ouest canadien s'est greffée la critique inlassable, efficace et sans ménagement qu'une nouvelle génération d'intellectuels québécois fit de la société québécoise conservatrice au cours

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 122.

des années 1950, et qui alimenta le « renversement libéral »<sup>79</sup> de la Révolution tranquille au Québec au cours des années 1960. Pierre-Elliott Trudeau, pour ne nommer que le plus éminent d'entre eux, fit mouche avec ses analyses de la société canadienne-française engoncée dans le nationalisme défensif et conservateur de Maurice Duplessis. Trudeau et plusieurs intellectuels gravitant autour de la revue *Cité libre* engagèrent un combat sans merci contre le nationalisme canadien-français, à leurs yeux une menace permanente à la démocratie canadienne, en ce qu'il plonge les Canadiens français dans l'irrationalisme de la revendication ethniciste, les pousse à se désintéresser de la démocratie et les détourne de l'arène politique fédérale, dans leur esprit le lieu véritable de l'universel et de la raison. Ses critiques, qui eurent un grand retentissement, peut-être plus au Canada anglais qu'au Québec lui-même, propagèrent l'idée qu'au sein même du Canada existait une collectivité rétive aux lumières du libéralisme et minée par l'immoralisme et l'incivisme de sa classe politique<sup>80</sup>. Le Canada anglais ne pouvait donc pas faire confiance à cette collectivité qui joue à reculons au jeu du parlementarisme et dissimulait mal sa vieille accoutumance à l'absolutisme aggravée par son catholicisme et son origine française. La société canadienne-française devait être protégée contre elle-même et ramenée dans le droit chemin de la démocratie à l'anglaise, quitte à dévier de son modèle classique pour conférer aux juges canadiens, déjà pénétrés de droit anglais, la mission de sanctionner les écarts au libéralisme perpétrés par une société encline à sacrifier les libertés individuelles sur l'autel de la survivance nationale. Curieusement, même si plusieurs intellectuels québécois ont contesté les thèses des libéraux de *Cité libre*, en ont montré les faussetés, les raccourcis et les exagérations, leur propre critique du Québec d'avant 1960, délivré d'une période qualifiée de « grande noirceur », confirmait en partie le reproche cité-libriste adressé contre le Québec, qui n'avait su cultiver en lui-même, paralysé par un culte jugé stérile de la tradition, des qualités morales et des valeurs chères aux

---

<sup>79</sup> Expression empruntée à Marcel Gauchet. Voir Marc Chevrier et Lucille Beaudry, « Pensée critique, conservatisme ou libéralisme? Considérations sur l'horizon politique et philosophique de la "nouvelle sensibilité" », dans Marc Chevrier et Lucille Beaudry, *Une pensée libérale, critique ou conservatrice? Actualité de Hannah Arendt, d'Emmanuel Mounier et de George Grant pour le Québec d'aujourd'hui*, Québec, Presses de l'université Laval, 2007, p. 19.

<sup>80</sup> Voir par exemple Pierre Elliott Trudeau, « Réflexions sur la politique au Canada français », *Cité libre*, 2, 3, 1952, p. 53-70.

libéraux : l'indépendance individuelle, la créativité personnelle et la dissidence.

**Le contrôle judiciaire de loi en tant que stratégie de réforme conservatrice du statu quo**

L'argument classique invoqué en faveur du contrôle judiciaire des lois est qu'il est le seul garde-fou efficace de protection des intérêts d'une minorité contre les décisions d'une majorité au pouvoir au parlement. Cet argument suppose d'une part, que c'est effectivement une majorité qui gouverne et qui est à l'origine de la mesure vexatoire, et d'autre part, que c'est le pouvoir législatif qui est l'auteur de la mesure liberticide. Or, ce qui le plus curieux, c'est que le gouvernement parlementaire, tel qu'il s'est développé en Grande-Bretagne et au Canada jusqu'à aujourd'hui, a été rarement le gouvernement de la majorité. Dans son traité sur le gouvernement représentatif, Mill constatait déjà que dans le système électoral anglais, qui est encore le même dans les deux pays, à l'exception de celui des assemblées du Pays de Galle et de l'Écosse, il suffisait pour un parti victorieux aux élections de remporter des majorités relatives dans une pluralité de circonscriptions. C'est ainsi une minorité électorale qui l'emporte, sauf exceptions. De plus, dans leur très grande majorité, les lois dans les deux pays émanent du gouvernement qui les fait préparer par ses fonctionnaires et qui décide du menu législatif du parlement. Bien qu'on ait discuté *ad nauseam* du danger que fait encourir la tyrannie de la majorité au parlement, si tant est qu'une telle tyrannie existe, elle est donc celle d'une minorité qui se sert du parlement, bien obligé, par le moyen du parti gouvernemental astreint à la discipline du vote et à l'orthodoxie idéologique, d'entériner les volontés de l'exécutif.

Il apparaît que la concentration des pouvoirs dans l'exécutif au détriment du parlement et la perte d'indépendance et d'éminence de ce dernier comptent parmi les principaux facteurs qui ont précipité la perte de confiance dans les vertus d'un parlementarisme auto-réglé. Il n'est donc pas étonnant que les premiers défenseurs d'une charte des droits britannique virent le contrôle judiciaire comme le dernier rempart effectif contre un pouvoir concentré d'un « dictateur élu », qui s'est subordonné le cabinet, l'administration et les Communes. Ainsi, Lord Hailsham, l'un des premiers avocats crédibles d'une déclaration des droits, trace en ces termes l'évolution de la démocratie

parlementaire anglaise :

So, the sovereignty of Parliament has increasingly become, in practice the sovereignty of the Commons, and the sovereignty of the Commons has increasingly become the sovereignty of the government, which in addition to its influence in Parliament, controls the party whips, the party machine, and the Civil Service. This means that what has always been a elective dictatorship in theory, but one in which the component parts operated in practice to control one another, has become a machine in which one of those parts has come to exercise a predominant influence over the rest<sup>81</sup>.

Un autre défenseur d'une charte des droits britannique, Patrick Elias, constate que les ressorts classiques du parlementarisme qui garantissaient le contrôle de l'exécutif ne fonctionnaient plus :

In short, it is now frequently asserted that the British constitution is producing governments which are too powerful, inefficient, and insufficiently representative. Nor can Britain rely upon certain constitutional checks which often operate in other systems to curb the power of government. The fusion of the legislature and the executive denies the system of checks and balances which can arise in systems where separation of powers is more marked<sup>82</sup>.

La prédominance de l'exécutif paraissait ainsi d'autant plus dangereuse aux yeux de ces avocats du contrôle judiciaire que le gouvernement britannique n'a pas hésité après la Deuxième Guerre mondiale à sacrifier les droits individuels à des impératifs que lui seul détermine en matière de planification urbaine, de relations raciales ou de lutte au terrorisme. Les élections de 1974, qui ont donné aux travaillistes d'Harold Wilson un gouvernement minoritaire bien qu'ils n'aient pas la pluralité des voix, ont avivé la crainte qu'un gouvernement capable de faire adopter des réformes de grande conséquence ne gouverne qu'avec l'appui d'une faible portion de

---

<sup>81</sup> Lord Hailsham, *Elective Dictatorship*, p. 8, cité dans Philip Norton, *The constitution in flux*, Oxford, M. Robertson, 1982, p. 247-248.

<sup>82</sup> Patrick Elias, *The British Constitution: Time for reform?*, Londres et Amsterdam, Kluwer, 1983, p. 20.

l'électorat<sup>83</sup>. Ce qui explique que les premiers à avoir proposé une véritable charte des droits anglaise furent les conservateurs, qui craignaient la législation travailliste en matière de travail et de nationalisation. L'arrivée au pouvoir des conservateurs de Margaret Thatcher a semé de plus grandes inquiétudes encore chez nombre de défenseurs des libertés individuelles, parmi lesquels on trouvait les Libéraux démocrates, des députés conservateurs et travaillistes, et plusieurs groupes militants et centres de recherche, tels que *Charter 88*, *Liberty* et le *Institute for Public Policy Research*. Un ouvrage publié en 1990 trace un portrait inquiétant des libertés publiques en Grande-Bretagne. Plusieurs mesures adoptées par les Conservateurs ont fait entrer ces libertés dans un état de crise, en raison des pouvoirs excessifs que le gouvernement s'est donnés au nom de la sécurité nationale, de l'extension presque illimitée du pouvoir policier et des prérogatives extraordinaires que le gouvernement anglais s'est accordées pour faire face à la crise en Irlande du Nord<sup>84</sup>. Pendant les années 1980 et 1990, les tribunaux britanniques ont rendu de nombreuses décisions qui témoignaient d'une attitude moins déférente à l'égard de l'exécutif et du parlement et assouplissaient les critères de la qualité à agir en justice<sup>85</sup>. Cependant, malgré ces critiques de la « dictature » de l'exécutif, les dirigeants des grands partis sont restés dans l'ensemble hostiles ou indifférents à l'idée d'incorporer la Convention européenne des droits de l'homme dans la législation britannique, si insupportable qu'ait pu paraître la « férule » des gouvernements Thatcher et Major. Les deux partis persistaient dans la conviction qu'il convient au parlement seul, devant lequel est responsable le gouvernement élu, de fixer l'étendue des libertés. Le revirement s'est opéré en 1992 quand un député du Labour, John Smith, fit de l'incorporation de la Convention une politique de son parti, que le nouveau chef, Tony Blair, fit aussitôt sienne<sup>86</sup>.

L'idée d'incorporer la convention ou d'adopter une charte des droits typiquement britannique ne venait pas seule. Ses premiers défenseurs

---

<sup>83</sup> Norton, *The Constitution in flux*, p. 248.

<sup>84</sup> Keith D. Ewing et Conor Gearty, *Freedom under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 255.

<sup>85</sup> Par exemple, l'affaire *R. v. Secretary of State for Foreign Affairs, ex parte World Development Movement Ltd*, [1995] 1 All E.R. 611.

<sup>86</sup> James Young, « The Politics of the Human Rights Act », *Journal of Law and Society*, 26, 1, 1999, p. 33.

envisageaient tout ensemble une série de réformes des institutions destinées à améliorer la représentativité des institutions, à rétablir un meilleur équilibre des pouvoirs et à décentraliser le pays. Ainsi, le conservateur Lord Hailsham a proposé, en plus d'une charte des droits, une seconde chambre élue à la proportionnelle, une loi limitant le pouvoir législatif sans restriction du parlement et une dévolution des pouvoirs en faveur des nations historiques et de l'Irlande du Nord dans le cadre d'une structure fédérale. D'auteurs préconisent à des réformes à peu près semblables, voire l'introduction de la proportionnelle, ou d'un mode de scrutin mixte, aux Communes<sup>87</sup>. Ce réformisme radical influencera dans une certaine mesure le programme électoral des travaillistes en 1997, qui s'étaient engagés à réformer la chambre des Lords et à mettre en œuvre la dévolution.

Le gouvernement Blair a réalisé l'une et l'autre de ses promesses, mais à des degrés variables. Il a aboli le principe héréditaire à la seconde chambre, non sans devoir y reconduire, par compromis, 92 Lords héréditaires et sans réussir à mener plus loin sa réforme, en laissant de côté de modèle de réforme de la chambre proposée par la commission Wakehan en janvier 2000. Quant à la dévolution, elle fut certes mise en œuvre, encore que le Pays de Galles n'ait guère voulu obtenir d'autonomie fiscale et que les accords du Vendredi Saint, qui devaient pacifier l'Irlande du Nord et rétablir l'assemblée de Belfast, aient vite buté sur le conflit viscéral entre unionistes et catholiques du Sinn Fein. De toutes les réformes constitutionnelles envisagées par les travaillistes, l'incorporation de la Convention fut la plus facile à mettre en œuvre, dans la mesure où l'adoption du *Human Rights Act* en 1998 se fit sans encombre, grâce au consensus existant au sein des forces travaillistes majoritaires aux Communes<sup>88</sup>. C'était aussi, en quelque sorte, de toutes les réformes constitutionnelles discutées en Grande-Bretagne depuis vingt ans, la moins radicale, en ce qu'elle ne contestait pas la prééminence de l'exécutif sur l'État britannique, ni n'impliquait une réforme significative du fonctionnement du parlementarisme ou du mode de scrutin ou de l'organisation des partis. En confiant aux tribunaux britanniques le mandat de se prononcer au plus sur la simple compatibilité entre la Convention incorporée et la loi britannique, le gouvernement Blair gardait la main haute sur la procédure législative et se réservait le dernier mot sur les questions de libertés civiles et politiques. Le *Human Act Rights* prévoit en

---

<sup>87</sup> Elias, *The British Constitution: Time for reform?*, p. 32-33.

<sup>88</sup> Leruez, *Le système politique britannique*, p. 215-216.

effet que lorsqu'une telle déclaration d'incompatibilité est faite par un tribunal britannique, le gouvernement peut modifier par simple décret la loi déclarée incompatible. De plus, en déposant un projet de loi, le gouvernement possède le choix ou bien d'y joindre une attestation de compatibilité, soit de procéder sans fournir d'attestation. Le *Human Rights Act* contenait en réalité un compromis doublement gagnant pour le gouvernement Blair : 1- Il préservait en apparence la souveraineté parlementaire, puisque la déclaration judiciaire d'incompatibilité ne peut annuler ou suspendre l'effectivité de la loi; 2- il entérinait la mainmise de l'exécutif sur la procédure législative. L'adoption de cette loi d'incorporation érige certes les tribunaux en remparts des excès des pouvoirs de l'exécutif et du législatif mais dispense paradoxalement la classe politique britannique d'aller plus loin dans la réforme des institutions.

Le cas canadien illustre encore plus clairement comment le contrôle judiciaire des lois peut tourner à l'avantage de l'exécutif. Au Canada aussi la célébration du libéralisme victorien a dû céder le pas à la critique de la montée du pouvoir du premier ministre, et de l'exécutif en général. Le gouvernement par décrets instauré par Mackenzie King pendant la Deuxième Guerre mondiale a fait prendre conscience du fait que l'exécutif avait les moyens de concentrer les pouvoirs législatifs du parlement fédéral<sup>89</sup>. De même, la fonction de premier ministre a beaucoup évolué au Canada ; de *primus inter pares* qu'il était l'origine, il est devenu une forme de président à l'américaine, sans être contraint par les freins et contrepoids du système présidentiel<sup>90</sup>. Comme l'a souligné Donald Savoie, le Premier Ministre fédéral canadien exerce plus pouvoirs et d'influence que ses homologues australien et britannique, et son comportement a plus à voir avec un président américain gouvernant sans congrès qu'avec ce que disent les manuels de science politique du rôle du premier ministre britannique<sup>91</sup>. Or, le déclin du parlement au profit de l'exécutif fut curieusement l'un des

---

<sup>89</sup> James R. Mallory, « Delegated Legislation in Canada », *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 19, 4, 1953, p. 1681.

<sup>90</sup> Denis Smith, « President and Parliament : The Transformation of Parliamentary Government in Canada », dans Thomas A. Hockin (dir.), *Apex of Power : The Prime Minister and Political Leadership in Canada*, Scarborough (Ont.), Prentice-Hall of Canada, 1977, p. 114.

<sup>91</sup> Donald J. Savoie, *Governing from the Centre: The Concentration of Power in Canadian Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 76-77, 106.

arguments invoqués par le gouvernement Trudeau pour convaincre les parlementaires britanniques en 1982 de ratifier son projet de rapatriement de la constitution canadienne, contenant entre autres la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans un document préparé par le ministère des affaires étrangères et destiné aux diplomates canadiens en poste à Londres, on peut lire ce qui suit :

Il y a une centaine d'années, on pouvait peut-être prétendre qu'enchâsser certains droits dans notre Constitution serait incompatible avec notre régime parlementaire, mais bien des choses ont changé depuis. À cette époque, le principe de la suprématie du Parlement était plus important, car seul le Parlement faisait en fait des lois. Aujourd'hui, comme nous le savons bien, une grande partie de nos lois procède non pas du Parlement mais plutôt des ministres et des hauts fonctionnaires agissant par le biais (sic) de règlements, d'ordonnances, de règles, de directives et d'autres mesures de ce genre. Or, ces dispositions ne sont pas vraiment débattues en public, et nous pouvons redouter l'adoption à notre insu de lois qui empiètent sur nos droits fondamentaux et dont nous n'aurions connaissance qu'à la suite de leur application à un individu en particulier.

Dans ce contexte, on peut difficilement soutenir que l'enchâssement de nos droits est contraire au principe de la suprématie du Parlement. Il serait plus exact de dire qu'elle imposera des limites à la « suprématie du gouvernement » [...] Considéré dans cette optique, l'enchâssement de nos droits dans la Constitution accroîtrait la suprématie du Parlement en amenant les législateurs à préciser davantage les conditions applicables à l'octroi et à l'exercice des pouvoirs qui sont délégués, afin qu'ils n'aillent pas à l'encontre des droits garantis par la Constitution<sup>92</sup>.

Cet extrait est plutôt étonnant. Le gouvernement Trudeau a finalement plaidé

---

<sup>92</sup> Document intitulé « Questions et réponses supplémentaires », obtenu des Archives canadiennes à Ottawa, répondant à la cote suivante : RG A3C vol. 8722. dos 20. Cda. 16-1-4 pt. 3, 29 octobre, 1980. Political Affairs – Gvmt. Constitution – cda. Partition. 18 octobre 1980-30 octobre 1980.

la nécessité de contenir la mainmise de l'exécutif sur le pouvoir normatif en offrant aux Britanniques l'image même de ce que le gouvernement parlementaire était devenu dans les deux pays. Il est difficile de déterminer si ce passage reflétait la pensée du gouvernement Trudeau sur cette question, mais il est clair, si l'on regarde les impacts de la Charte canadienne sur la pratique gouvernementale, que celle-ci, bien loin d'avoir mis un frein à la « suprématie du gouvernement », l'a au contraire renforcée. Ce renforcement se signale aux diverses étapes de l'élaboration d'un projet de loi. En amont, l'introduction de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu comme conséquence de renforcer l'autorité du Ministère de la Justice auprès du gouvernement fédéral, en ce que dorénavant tous les projets de lois doivent être préalablement visés par des juristes fonctionnaires de ce ministère qui contrôlent la conformité des projets avec la Charte et la jurisprudence constitutionnelle<sup>93</sup>. En aval, le gouvernement fédéral a pris aussi prétexte de l'entrée en vigueur de la Charte pour maintenir sa mainmise sur l'initiative des projets de lois et la discussion qu'ils soulèvent. Contrairement au Royaume-Uni qui a mis sur pied, à la suite de l'adoption du *Human Rights Act*, un comité mixte sur les droits humains mandaté du soin de contrôler a priori la conformité des projets de loi avec la Convention européenne incorporée, le gouvernement fédéral canadien, ainsi que les gouvernements des États provinciaux, se sont gardés d'engager les parlementaires dans la « conversation constitutionnelle ». Tout ce que se contente de faire un ministre fédéral en présentant un projet de loi, c'est d'offrir une attestation de conformité du projet de loi, sans fournir d'avis ou de document justifiant cette attestation. Étant donné le peu de ressources dont disposent les comités parlementaires à Ottawa, ils n'ont guère les moyens de remettre en question les attestations fournies par l'exécutif. De plus, les ministres fédéraux n'ont accepté de s'appuyer sur les comités parlementaires que pour faire valoir leur divergence de vues d'avec une décision judiciaire défavorable au gouvernement ; les comités sont alors instrumentalisés, mais dans tous les cas, c'est le gouvernement qui mène la bataille, sans vraiment laisser aux parlementaires la liberté de poser les termes du débat. Profitant de « l'activisme » bureaucratique des juristes d'État au sein de l'administration fédérale, l'exécutif est ressorti renforcé du « dialogue constitutionnel » avec les juges au détriment du parlement qui a

---

<sup>93</sup> Voir James B. Kelly, « Bureaucratic Activism and the Charter of Rights and Freedoms : the Department of Justice and Its Entry into the Centre of Government », *Administration publique canadienne*, vol. 42, 1999, p. 498-503.

donc poursuivi son déclin<sup>94</sup>.

### **La continentalisation des cultures politique et juridique au Royaume-Uni et au Canada**

On ne peut comprendre les changements à l'œuvre dans les régimes de liberté au Royaume-Uni et au Canada sans tenir compte du fait que chaque pays a été exposé, chacun à sa manière, à l'influence grandissante d'un processus de « continentalisation » de ses cultures politique et juridique. En effet, le Royaume-Uni et le Canada ont tous deux eu à se définir par rapport à un bloc continental, longtemps considéré comme un repoussoir, même après la Deuxième Guerre mondiale. Ce bloc, c'est l'Europe « continentale » pour le Royaume-Uni, les États-Unis pour le Canada. Les défenseurs britanniques de la souveraineté parlementaire se sont généralement ri des tentatives infructueuses déployées par le droit constitutionnel écrit en Europe pour assurer une protection adéquate des libertés publiques, et les défenseurs canadiens du même principe ont longtemps considéré le contrôle judiciaire des lois à l'américaine comme une spécificité américaine, étrangère à la culture politique canadienne.

Pourtant, il y a eu un retournement dans ces deux pays, tant et si bien que chacun a obéi à une logique continentale particulière en révisant son régime de liberté. En Grande-Bretagne, ce retournement s'est signalé par le changement d'attitude des élites politiques et juridiques à l'égard de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, dont le pays fut signataire dès 1951, à l'instigation des travaillistes au pouvoir. En prenant le pouvoir la même année, les conservateurs se sont gardés de lever la réserve du gouvernement à l'égard du droit de saisine individuelle des citoyens britanniques devant la Cour de justice européenne de Strasbourg. C'est finalement les travaillistes, revenu au pouvoir en 1964, qui mirent en œuvre ce droit et reconnurent la juridiction obligatoire de la Cour en 1966, à la demande, curieusement d'un député conservateur de l'Opposition<sup>95</sup>. Dès que ce droit de saisine fut accordé, des voix s'élevèrent en faveur de l'incorporation de la Convention dans le droit britannique ; la plupart des projets de loi déposés en sens moururent au feuillet parlementaire, faute

---

<sup>94</sup> James B. Kelly, « Governing with the Charter of Rights and Freedoms », *La Revue de la Cour suprême*, 21, 2, 2003, p. 316.

<sup>95</sup> Young, « The politics of the Human Rights Act », p. 32.

de temps et de volonté gouvernementale. Mais ces échecs n'empêchèrent pas des citoyens britanniques, de plus en plus nombreux, de se pourvoir devant la Cour de justice de Strasbourg. Dans les années 1980, ils déposèrent en effet plus du quart des recours intentés par les douze membres de la Communauté européenne devant ce tribunal<sup>96</sup>. La multiplication des recours et des décisions défavorables au gouvernement britannique était une source grandissante d'embarras et donnait au pays une image peu flatteuse, contraire à sa bonne réputation en matière de libertés publiques. Ces décisions mettaient au jour les insuffisances des protections légales accordées aux citoyens britanniques et les excès de pouvoir gênants que commettait encore le gouvernement britannique. Cependant, ces revers, s'ils furent souvent reçus comme des camouflets, obligèrent les dirigeants anglais à se familiariser petit à petit avec la Convention et à adopter des mesures correctrices bien reçues par la population<sup>97</sup>. Bien que le gouvernement anglais, sous le premier mandat de Margaret Thatcher, ait envisagé d'abolir le droit de saisine individuelle, voire de retirer le Royaume-Uni de la Convention, la volonté de la classe politique britannique de signifier son appartenance à l'Europe a pris le dessus sur les réserves formulées par les critiques du « gouvernement des juges » de Strasbourg. En fait, le gouvernement procéda à l'incorporation finale de la Convention en invoquant un slogan efficace, « Rights Brought Home », « Rapatrions nos droits », qui avait l'avantage de combiner l'appartenance à l'Europe et un patriotisme légal de bon aloi<sup>98</sup>. En somme, mieux vaut se faire admonester par nos propres tribunaux que par une Cour européenne « continentale ». Comme le Canada et la Nouvelle-Zélande avaient déjà adopté l'équivalent d'une charte des droits supralégislative, le Royaume-Uni, dépouillé de son empire et raccordé à l'Europe, n'avait de plus raison de se cantonner dans sa superbe parlementaire. De plus, le principe de la souveraineté parlementaire avait déjà souffert une exception de taille avec l'entrée du Royaume-Uni dans la CEE, puisque la classe politique et juridique britannique dut se résoudre à accepter la prépondérance du droit communautaire interprété par la Cour de Luxembourg sur la loi de Westminster. Il y a eu donc une forme

---

<sup>96</sup> Leruez, *Le système politique britannique*, p. 215.

<sup>97</sup> Young, « The politics of the Human Rights Act », p. 36.

<sup>98</sup> *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*, Livre blanc, Secretary of State For the Home Department, octobre 1997. Disponible sur le site : <http://www.archive.official.documents.co.uk/documents/hoffice/rights/rights.htm>.

d'eupéanisation de la conscience politique des dirigeants britanniques ; ce qui n'implique pas, cependant, qu'ils considèrent l'Europe comme une source de normes et de modèles sur lesquels le Royaume-Uni doit s'automatiquement s'aligner<sup>99</sup>.

Au Canada, l'adoption de la Charte canadienne a suscité un débat sur l'américanisation du droit constitutionnel canadien. En 1992, l'ancien juge en chef de la Cour suprême, Brian Dickson, écrivit même un article pour démontrer que la Charte canadienne a pu échapper à l'orbite américaine<sup>100</sup>. En dépit de ces protestations, il demeure toutefois clair que l'adoption de la Charte canadienne résulte pour une part significative de l'influence du modèle américain de contrôle judiciaire auprès des élites politiques et juridiques canadiennes, processus engagé bien avant 1982. Les premiers avocats d'une charte des droits à l'américaine puisaient largement à la rhétorique américaine des droits individuels et à sa jurisprudence constitutionnelle. Dans ses écrits d'intellectuels et de ministre, Pierre-Elliott Trudeau cite abondamment en exemple le *Bill of Rights* américain<sup>101</sup>. De plus, en 1969, en tant que Premier ministre, il publie un opuscule dans lequel, après avoir considéré le modèle autrichien de tribunal constitutionnel spécialisé et le modèle américain de cour générale d'appel, il opte sans hésitation pour la formule américaine, jugée plus conforme à la tradition canadienne<sup>102</sup>. Bien avant 1982, un nombre grandissant de juristes et de professeurs de droit, surtout au Canada anglais, avait complété des études supérieures aux États-Unis. Bien avant 1982, les tribunaux canadiens avaient commencé à s'inspirer des méthodes judiciaires américaines pour l'élargir l'admissibilité des faits sociaux au procès et ainsi rendre moins formaliste le

---

<sup>99</sup> Voir Ben Rosamond, « The Europeanization of British Politics », dans Patrick Dunleavy, Andrew Gamble, Richard Heffernan et Gillian Peele (dir.), *Developments in British Politics* 7, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2003, p. 39-59.

<sup>100</sup> Brian Dickson, « Has the Charter "Americanized" Canada's Judiciary? A Summary and Analysis », *University of British Columbia Law Review*, vol. 26, 1992, p. 195-210.

<sup>101</sup> Il a pu aussi citer habilement l'exemple de la Grande-Bretagne limitant la souveraineté de son parlement en entrant dans le marché commun. Voir Pierre-Elliott Trudeau, « Les droits de l'homme et la suprématie parlementaire », dans Allan Gotlieb (dir.), *Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, Toronto, Institut canadien des affaires internationales, 1970, p. 5-6.

<sup>102</sup> Gouvernement du Canada, Pierre-Elliott Trudeau, *La constitution canadienne et le citoyen. Un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 41.

raisonnement judiciaire, longtemps bridé par un strict positivisme juridique. Et en dehors des cercles juridiques, le mouvement américain des droits civils des années 1960 se répercuta au Canada et y diffusa un individualisme des droits et des méthodes d'actions juridictionnelles que reprirent à leur compte plusieurs groupes sociaux et minorités au Canada<sup>103</sup>. En fait, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, au-delà de ses impacts juridiques et institutionnels, a contribué paradoxalement à cristalliser un nationalisme canadien multiculturaliste et prétendument post-national reposant, comme aux États-Unis, sur un patriotisme des droits. En ce sens, le régime des libertés canadien, sans s'être totalement américanisé, dans un processus de rivalité mimétique avec le modèle américain lui est devenu semblable par sa logique intrinsèque et ses effets sociaux et politiques.

#### **La « juridicisation » du régime de liberté dans l'espace anglo-canadien**

La transformation du régime de liberté reçu par les élites canadiennes et britanniques révèle en réalité un processus de « juridicisation ». Progressivement, elles ont abandonné les raisons traditionnelles qu'elles s'étaient données pour expliquer la jouissance d'un haut niveau de libertés, qui toutes mettaient l'accent sur la culture politique et les limitations et les sauvegardes sociales qui tempèrent la souveraineté parlementaire, pour leur préférer une explication juridique qui fait dépendre la protection des libertés d'un dispositif juridique sanctionné par les tribunaux. Cette évolution pose la question de l'influence des juristes dans la gouverne politique du Canada et du Royaume-Uni et des conceptions changeantes des fondements des libertés qu'ont entretenues les juristes.

Les juristes ont dans les deux pays des statuts et une influence contrastés. Au Canada, les avocats sont depuis la fondation du pays très largement surreprésentés dans les assemblées élues, et encore plus au sein des gouvernements, dans une proportion souvent deux fois supérieure à la

---

<sup>103</sup> Roger Gibbins, « The Impact of the American Constitution on Contemporary Canadian Constitutional Politics », dans Marian C. McKenna (dir), *The Canadian and American Constitutions in Comparative Perspective*, Calgary, University of Calgary Press, 1993, p. 131-145.

proportion des députés juristes<sup>104</sup>. On a pu dire que les juristes forment au Canada une classe gouvernante de substitution, en l'absence d'une élite gouvernante bourgeoise ou aristocratique comme il en a existé en Grande-Bretagne. Ainsi, la concentration des juristes dans le directoire politique canadienne approche celle qu'on observe aux États-Unis, à la différence toutefois que de manière tendancielle, le poids des juristes baisse dans les assemblées élues, tout en demeurant très élevé dans les conseils des ministres, souvent dirigés au Canada par un premier ministre avocat. En Grande-Bretagne, le poids des juristes au sein du gouvernement et du parlement a été traditionnellement moins élevé qu'en Amérique du Nord, bien qu'ils y aient été d'ordinaire surreprésentés et aient exercé des fonctions de prestige.

Dans les deux pays, le débat sur l'opportunité d'adopter une charte des droits a été essentiellement l'affaire des juristes. En Grande-Bretagne, les premiers défenseurs d'une charte des droits se recrutèrent principalement parmi les juristes constitutionnalistes et les juges, les membres de la Chambre des lords, et parmi les trois principaux partis, au sein des conservateurs et des libéraux. Ce sont les Lords conservateurs et libéraux juristes qui ont longtemps constitué le noyau le plus actif en faveur d'une telle charte parmi les parlementaires britanniques<sup>105</sup>. C'est du Labour que l'opposition à l'adoption d'une charte des droits a été la plus véhémente, alimentée pour une bonne part par une gauche marxiste pour qui le litige juridique ne peut se substituer au conflit politique et les droits de l'Homme servent d'écran idéologique aux intérêts des classes dominantes<sup>106</sup>. Le revirement des travaillistes à l'égard de la question de l'incorporation de la Convention européenne s'explique sans doute par l'arrivée au sein du parti d'une nouvelle génération d'avocats en rupture avec le scepticisme marxiste, tel que Tony Blair lui-même, proche idéologiquement du social-libéralisme. Au Canada, le débat a été également porté par les juristes, et l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* doit beaucoup à la personnalité et

---

<sup>104</sup> Marc Chevrier, « Les juristes et la gouverne politique au Québec et au Canada. Essai d'interprétation d'une surreprésentation structurelle et persistante », *Lex electronica*, 11, 3, 2007, p. 1-44.

<sup>105</sup> Norton, *The Constitution in flux*, p. 246.

<sup>106</sup> Vision qui entérine bien sûr la suprématie parlementaire comme instrument de changement social au service de la majorité travailleuse. Voir John A. G. Griffith, « The Political Constitution », *Modern Law Review*, 42, 1, 1979, p. 1-21.

aux influences intellectuelles de Pierre-Elliott Trudeau, ancien professeur de droit qui joua un rôle déterminant dans les événements ayant conduit au « rapatriement » de la constitution canadienne en 1982. Puisant à la fois dans le personnalisme d'Emmanuel Mounier et de Jacques Maritain et dans la tradition libérale de la philosophie politique anglaise, Trudeau défendit tout au long de sa carrière une conception très juridique de la citoyenneté, et les arguments que Trudeau n'a eu de cesse d'invoquer en faveur d'une Charte canadienne proclament comme une évidence inlassablement énoncée la primauté absolue des droits individuels et la nécessité de leur consécration constitutionnelle, sans faire de référence véritablement à la tradition parlementaire canadienne qui avait grosso modo réussi à faire progresser de nombreux droits<sup>107</sup>.

Or, l'abandon de la voie anglaise chez les juristes est un phénomène curieux, puisque ce sont eux qui ont porté aux nues la doctrine de la souveraineté parlementaire dans leurs écrits dogmatiques. Peter Hogg, l'un des constitutionnalistes les plus réputés au Canada, écrit en 1996 dans son traité de droit constitutionnel, ce qui suit au sujet de la situation pays avant 1982 :

Despite the lack of a bill of rights, Canada, like the United Kingdom, Australia and New Zealand, has a good record of respect of civil liberties. Tolerance of political and religious dissent, and of racial and linguistic minorities, freedom of movement, control of police powers and fair and open trials are among the criteria by which a nation's record is judged. Canada's record, while far from perfect, seems to be much better than that of most of the countries of the world, although nearly all countries have bills of rights in their constitutions. The basic reason for this has little to do with the contents of Canada's (or any other country's) constitutional law. It is to be found in the democratic character of Canada's political institutions, supported by long traditions of free elections, opposition parties and a free press. Democracy is without doubt the most important safeguard of civil liberties<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Et quand Trudeau aborde la question de la suprématie parlementaire au Canada, il la traite en juriste, en se contentant d'observer que les limitations inhérentes au fédéralisme en ont réduit la portée (Pierre-Elliott Trudeau, « Les droits de l'homme et la suprématie parlementaire », dans *Les droits de l'homme, le fédéralisme et les minorités*, p. 4-5).

<sup>108</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1996, p. 581.

En Grande-Bretagne, l'éminent constitutionnaliste W. Ivor Jennings écrit peu avant sa mort que « the source of our liberty is not in laws or institutions, but in the spirit of a free people »<sup>109</sup>. Comment alors expliquer ce revirement dans la conception du régime de liberté chez les juristes eux-mêmes ? On peut certes avancer que la classe juridique, dans les deux pays, s'est pénétrée de la culture juridique américaine. Mais cette acculturation ne peut tout expliquer. Deux hypothèses, qui mériteraient sans doute d'être approfondies dans le cadre d'une autre étude, peuvent toutefois d'être formulées. Premièrement, la conception classique de la souveraineté parlementaire correspondait de moins en moins à la pratique effective du pouvoir qu'avaient les juristes dans l'appareil étatique. Cette conception classique valorise le rôle du simple député, alors qu'avec l'évolution du parlementarisme, le pouvoir s'est déplacé dans les mains de l'exécutif et de l'administration. Les juristes gouvernants sont d'abord des premiers ministres, ministres, hauts fonctionnaires, davantage que de simples députés aux émoluments et au prestige réduits en comparaison avec les nombreux avantages qu'offre la pratique privée du droit. De plus, comme nous l'avons vu, le contrôle judiciaire menace moins tant le pouvoir exécutif, qui en sort finalement grandi, que le pouvoir législatif, et l'accroissement du pouvoir et du prestige des juges sacrés gardiens des droits profite à la profession juridique tout entière ; au Canada et en Grande-Bretagne, la magistrature est de type professionnel, et on y accède par la pratique d'avocat. Loin d'être cloisonnées, les professions de juges, d'avocats et de juristes parlementaires sont unies par des vases communicants.

Deuxièmement, sur le plan idéologique, l'abandon de la voie anglaise au profit de la voie américaine a l'avantage d'offrir une simplification du régime de liberté. C'est Mary Ann Glendon qui a souligné avec brio comment la rhétorique des droits envahissante aux États-Unis a considérablement appauvri le discours politique du pays et rendu aveugles les élites et les classes moyennes aux facteurs de démocratie qui ne procèdent pas du droit<sup>110</sup>. Elle explique entre autres l'attrait de cette rhétorique à sa simplicité réductrice et au fait qu'elle flatte l'individualisme

---

<sup>109</sup> W. Ivor Jennings, *The British Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966, p. 209.

<sup>110</sup> Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

de la société américaine. Son raisonnement rejoint en quelque sorte les analyses de Dahl : les Américains adhèrent à l'idée d'attribuer leurs libertés à leurs droits constitutionnalisés, par acte de foi qui participe du mythe fondateur national.

### **Conclusion**

Le Royaume-Uni et le Canada se sont longtemps distingués comme des bastions du parlementarisme auto-réglé, incorporé en ce qu'il cumule les fonctions centrales de la gouverne politique et que tempèrent des freins à la fois internes et externes, c'est-à-dire des limitations venant des divisions au sein même de la classe politique et de contre-pouvoirs sociaux. Or, c'est justement au moment où le Canada fut créé, dans l'espoir de perpétuer le glorieux héritage de la révolution anglaise de 1689, que les choses se sont mises à changer en Grande-Bretagne, avec l'introduction de la loi électorale qui élargit l'électorat au point de transformer la nature même du parlementarisme, désormais soumis à la discipline de partis de masses et au joug de l'exécutif. Les élites politiques et juridiques des deux pays ont mis du temps à admettre ces transformations et ont tenu à célébrer les vertus d'un parlementarisme encore souverain, réglé par les principes du libéralisme victorien, alors que la pratique du pouvoir démentait cette représentation canonique. Le plus étrange dans l'inévitable ajustement du régime de liberté dans les deux pays, c'est qu'après avoir dénoncé la « dictature » ou la « tyrannie » de l'exécutif maître du jeu parlementaire, ces élites aient opté pour une solution qui renforce le pouvoir exécutif plus qu'il ne l'affaiblit, et réduit d'un degré de plus le prestige du parlement dont tant de voix avaient déploré le triste déclin. Ce faisant, le Royaume-Uni et le Canada ont chacun cédé aux impératifs de leur intégration à un bloc continental et laissé peut-être leur classe juridique – et dans une certaine mesure gouvernante – offrir une version simplifiée du régime de liberté national, qui tourne à son avantage et n'invite plus guère à chercher ailleurs que dans la foi en le droit les fondements actifs de la démocratie.

