

**Université Paris-Panthéon-Assas**  
**école doctorale Georges Vedel, Droit public interne,**  
**science administrative et science politique (ED.7).**

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 6 décembre 2022

**Constitution et système de gouvernement dans les**  
**épigones de Westminster.**

Les limites du formalisme en Australie, au Canada et en  
Nouvelle-Zélande.



**Jonathan Sellam**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Armel Le Divellec  
Membres du jury :

Aurélie Duffy-Meunier, Professeure à l'Université Aix-Marseille (rapporteure).

Thibault Guilluy, Professeur à l'Université de Nancy (rapporteur).

Philippe Lauvaux, Professeur émérite de l'Université de Paris – Panthéon Assas.

Armel Le Divellec, Professeur à l'Université de Paris – Panthéon Assas.

Tanguy Pasquier-Briand, Professeur à l'Université de Paris Saclay.

## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Remerciements**

Mes remerciements s'adressent d'abord au Professeur Le Divellec qui a accepté de diriger cette recherche. Je lui suis profondément reconnaissant pour sa confiance et sa bienveillance. Ce travail n'aurait pas été ce qu'il est sans ses conseils précieux.

Je tiens également à remercier particulièrement le Professeur Lauvaux pour ces conseils et son attention constante qui ont permis de construire ma réflexion.

De même, un grand merci aux Professeurs Duffy-Meunier, Guilluy et Pasquie-Briand qui ont accepté de siéger au sein de ce jury de thèse.

Bien que le fruit d'un doctorat soit le travail d'un chercheur, une thèse n'est jamais une œuvre solitaire. Que soient remerciés dans ces lignes les personnes qui m'ont accompagné depuis le début ou celles qui n'ont partagé cette tranche de vie que brièvement.

Mes plus chaleureuses pensées vont à mes amis, Xavier De Bonnaventure, Thibault Desmoulins et Jean-Félix de Bujadoux pour leur soutien et la richesse de leurs conseils. Je remercie également Esther, Jonathan, Diane et David pour leur affection quotidienne.

Certaines personnes ignorent probablement l'importance de leur influence, que ces lignes leur soient dédiées. Ainsi, je remercie du fond du cœur Gregory qui ignore sans doute ce qu'il m'a apporté mais également Claire pour sa confiance, son amitié et ses précieux conseils, Sébastien et Arnaud pour leur disponibilité et leur soutien. Hélène, Sandra et Marlène qui, sans en être conscientes, ont permis que je mène cette recherche à son achèvement.

Ces lignes s'adressent à ma famille : mes parents et mon frère d'abord et ma famille au sens large ensuite, qui n'a jamais douté que je mène à bien ce travail. Leur affection, leur soutien et leur présence m'accompagnent au quotidien.

Enfin, ces derniers mots s'adressent à Hélène qui m'accompagne depuis deux ans. Sa confiance, son énergie, sa rigueur et son affection ont été autant d'atouts indispensables, notamment dans les derniers moments de ce travail. Les mots viennent à manquer pour décrire combien sa présence m'est devenue indispensable.

## **Résumé :**

La notion de constitution reste, en dépit de la longue histoire du constitutionalisme libéral moderne, une source de perplexité et de questionnements pour les juristes. De nombreux citoyens comme certains juristes, politistes ou historiens la résumant à un texte solennel encadrant l'organisation et l'exercice du pouvoir politique dans un Etat, « une loi suprême », en somme. Toutefois, cette définition conduirait à exclure le cas du Royaume-Uni. Il est bien connu que le constitutionnalisme britannique repose sur ce qu'il est convenu d'appeler une constitution essentiellement coutumière. C'est dans ce contexte que sont apparues ce que la doctrine appelle, depuis Dicey, des conventions de la constitution, normes non codifiées permettant le fonctionnement de l'ordre constitutionnel. L'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande sont trois anciens Dominions pétris par la culture britannique, ayant transposé son système de gouvernement. Ils présentent la particularité d'être chacun dotés de textes constitutionnels à prétention (quasi) complète et systématique, bref d'une constitution formelle. Il est pourtant notoire que les conventions de la constitution ou, plus généralement, les normes non codifiées jouent également un rôle important dans ces épigones. La présente recherche se propose d'étudier la construction progressive des ordres constitutionnels dans ces trois pays, tant en ce qui concerne l'écrit que les normes non codifiées, la coexistence et l'articulation contemporaines entre ces deux composantes fondamentales. Elle se comprendra comme une contribution à la problématique de la définition et du lien entre les notions de constitution et de système de gouvernement.

## *Descripteurs :*

Ordre constitutionnel, système de gouvernement, système parlementaire, convention de la constitution, self-government, codification, Australie, Canda, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, colonies, Westminster.

***Title and Abstract :***

**Constitution and system of government in epigones of Westminster.  
The limits of legal formalism in Australia, Canada and New-Zealand.**

The very notion of constitution remains, despite the long history of modern liberal constitutionalism, a source of perplexity and puzzling for jurists. Many citizens, like some jurists, political scientists or historians, summarize it as a solemn text framing the organization and exercise of political power in a state, "a supreme law", of short. However, this definition would lead to exclude the case of the United Kingdom. It is well known that British constitutionalism rests on what is known as an unwritten constitution. It is in this context that bloomed what the doctrine calls, since Dicey, conventions of the constitution, non-codified norms allowing the functioning of the constitutional order. Australia, Canada and New Zealand are three former Dominions groomed by British culture, having transposed its system of government. They have the particularity of being each endowed with constitutional texts claiming to be (almost) complete and systematic, in short, a written constitution. It is however well known that the conventions of the constitution or, more generally, the uncodified norms also play an important role in these former British colonies. This research aims to study the progressive development of constitutional orders in these three countries, both in terms of writing and uncodified norms, the contemporary coexistence and link between these two fundamental elements. It will be understood as a contribution to the question of the definition and the connexion between the notions of constitution and system of government.

*Keywords:*

Constitutional order, system of government, parliamentary system, convention of the constitution, self-government, codification, Australia, Canada, New-Zealand, United Kingdom, colonies, Westminster.

## ***Principales abréviations***

Dans un souci de lisibilité et d'accessibilité aux sources, le présent travail n'utilise pas d'abréviations dans les références bibliographiques des titres de revues. Les seules abréviations utilisées sont les abréviations relatives à des articles ou ouvrages déjà cités : « *op. cit.* », « *art. cit.* », « *loc. cit.* », « *ibid.* ».

Chacun des chapitres pouvant être lus séparément les références sont cités au moins une fois en entier dans chacun d'entre eux.

## ***Remarque de traduction***

Les documents en langue anglaise sont les principales sources de la présente recherche. Dans un souci de lisibilité les textes en langue originale n'ont pas été reproduits en note de bas de page.

Par ailleurs, toutes les traductions sont le fruit du travail de l'auteur de la présente thèse. Les références de traductions qui ne sont pas issues de ce travail sont mentionnées en note de bas de page.

*A ma famille.*

# **Sommaire**

## ***Partie 1<sup>ère</sup> : la construction de l'ordre constitutionnel des épigones de Westminster***

### **Titre 1 : Les premières constitutions coloniales – L'écrit comme outil d'administration**

Chapitre 1 : L'établissement de la présence britannique dans les dominions

Chapitre 2 : Les premières lois portant constitutions pour les dominions, fondement des premiers gouvernements

### **Titre 2 : La plume au service de l'idée – L'essor du formalisme constitutionnel**

Chapitre 3 : L'éclosion du système de gouvernement parlementaire – l'essor de l'idée en creux de la plume

Chapitre 4 : L'enracinement du gouvernement parlementaire – La formalisation de l'idée en creux de la plume

## ***Partie 2 – La plume moderne – Codification et formalisation dans les épigones de Westminster.***

### **Titre 3. L'idée contre la plume – La concrétisation par le conflit**

Chapitre 5 – Le désaccord australien de 1975 – Un exemple à plusieurs facettes

Chapitre 6 – Les conflits dans l'exercice de la prérogative royale – Les limites de la codification

### **Titre 4 – Réconcilier l'idée et la plume – Le renouveau du formalisme**

Chapitre 7 – Les *Cabinet manuals* outils de reconnaissance de la flexibilité constitutionnelle

Chapitre 8 – Les règles de transition en période électorale : une pratique institutionnelle fondée sur la logique de réciprocité

## Introduction : Des épigones et de leur source

---

*« En réalité, il y a dans la constitution anglaise à la fois un legs de l'histoire et l'expression d'une volonté qui a défini aussi bien l'agencement de la fonction gouvernementale que la nature et le fondement du Pouvoir. Mais cette volonté, au lieu d'imaginer de toutes pièces un statut politique, a aménagé sans violence apparente les éléments que lui fournissait le passé. Plutôt que d'entreprendre une œuvre rationnelle, elle a utilisé sa sagesse à valoriser les usages, les précédents, les traditions par la reconnaissance de leur accord avec l'idéal de vie qu'elle tenait pour désirable. Ce faisant, elle a donné valeur institutionnelle, non à une charte abstraite, mais à des coutumes dont l'originalité s'apparente à celle du peuple qu'elles régissent<sup>1</sup> ».*

La notion de constitution reste, en dépit de la longue histoire du constitutionalisme libéral moderne, une source de perplexité et de questionnement pour les juristes. Elle est utilisée dans une pluralité de sens et de dimensions, qui ne s'excluent pas nécessairement mais apparaissent en réalité complémentaires<sup>2</sup>. Reste que la richesse de la notion est encore trop peu appréhendée. De nombreux citoyens comme certains juristes, politistes ou historiens, la résument à un texte solennel encadrant l'organisation et l'exercice du pouvoir politique dans un Etat, « une loi suprême » en somme. Pourtant, une telle définition est contestable et inadaptée à certains pays. Elle conduirait à l'exclusion du champ du droit constitutionnel, certains Etats dont le caractère démocratique et libéral ne fait aucun doute, au premier chef le Royaume-Uni qui a largement contribué à l'essor et la construction du

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, tome 4, Statut du pouvoir dans l'Etat, 1983, p. 31.

<sup>2</sup> A. LE DIVELLEC, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique », dans W. MASTOR (dir.), *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 727 à 753.

constitutionalisme moderne. Il est souvent dit qu'il est doté d'une constitution « non écrite » ou « coutumière ». Toutefois, il serait plus adapté, de le définir comme dotée d'une constitution « non codifiée », on le verra.

Cette constitution singulière est-elle une exception ? « Westminster » ne serait-il qu'un hapax constitutionnel ? Ce serait oublier certains pays du *Commonwealth* qui furent colonies (devenus dominions) et sont aujourd'hui pleinement indépendants : l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande, auxquels est consacré le présent travail. Peu étudiés par la littérature de théorie constitutionnelle française, à l'exception du Canada, ils présentent un cas intéressant pour enrichir la problématique générale de la définition de la notion de constitution. Contrairement à leur « mère patrie » britannique, ces épigones, profondément imprégnés par la culture constitutionnelle de celle-ci, sont en effet chacun doté d'un texte solennel qui peut être qualifié de constitution formelle ou codifiée dans un sens particulier sans y attacher toutefois la portée qui lui est généralement attribuée aux États-Unis ou dans les pays du continent européen.

La formalisation du droit constitutionnel rencontre chez eux des limites particulières qui méritent attention. Pour tenter de comprendre et saisir les épigones, il convient de revenir préalablement sur les grands traits de leur première source d'inspiration : la Constitution britannique. Comme le suggère George Burdeau, quoi que l'on puisse voir dans son analyse une définition limitée, la Constitution britannique n'est pas aisément perceptible. De nombreux manuels anglo-saxons, par facilité sans doute, expliquent par exemple, que : « *la Constitution britannique est décrite comme "non écrite" parce qu'elle n'est pas incorporée, entièrement ou essentiellement, dans un texte promulgué*<sup>3</sup> ». Elle est ainsi « *non écrite au sens où elle ne se trouve codifiée formellement nulle part. On ne trouve par ailleurs aucun document [adopté en forme de loi] ayant vocation à systématiser ses principes*<sup>4</sup> ». Le Professeur Philip propose de déconstruire le terme en nuancant cette idée. Il explique ainsi, dès la deuxième page de

---

<sup>3</sup> P. JACKSON, P. LEOPOLD, *Constitutional and administrative law*, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001, p. 22.

<sup>4</sup> E. W. RIDGES, *Constitutional Law*, Londres, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens and Sons, 1950, p. 5.

son manuel : « *il est souvent admis que la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et Israël sont les seuls Etats développés à ne pas avoir de constitution écrite. Toutefois, une telle affirmation doit être replacée dans son contexte. Les constitutions de ces Etats résident dans des écrits : lois promulguées, recueils de jurisprudences, règlements des assemblées, actes réglementaires, publications officielles et travaux de recherches faisant autorité. La différence réside dans le fait que ces pays ne disposent pas d'un document dénommé constitution contenant les règles [laws] concernant [l'organisation] de l'Etat et son système de gouvernement*<sup>5</sup> ». Cette définition trouve directement à s'appliquer dans les cas d'Israël et de la Nouvelle-Zélande. En effet, il est difficilement concevable d'admettre que l'Etat d'Israël ne dispose pas d'une forme d'écrit constitutionnel. La Constitution israélienne<sup>6</sup> se compose de treize Lois fondamentales auxquelles la Cour suprême<sup>7</sup> a attaché une valeur supra-législative et sur lesquelles elle a fondé l'existence du contrôle de constitutionnalité. Ces treize lois fondamentales structurent le système de gouvernement<sup>8</sup>.

Dans la même logique, quoique moins marquée, la loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande, adoptée par le Parlement en 1986<sup>9</sup>, définit les différents organes de gouvernement des Îles Kiwis mais ne présente pas de caractère systématique ou même rigide (au sens de procédure particulière de révision). Elle vise à « *cartographier la constitution non codifiée de la Nouvelle-Zélande*<sup>10</sup> ». Le comité, ayant œuvré à définir le texte, le définit comme « *ce qui se rapprocherait le plus de ce qu'une « constitution*

---

<sup>5</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>ème</sup> éd., Wellington, Reuters, 2021, p. 4

<sup>6</sup> C. KLEIN, « La constitution, encore la constitution... », *Les temps modernes*, n°651, 2008 (n°5) p. 154 à 165.

<sup>7</sup> *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, [1995] *IsrSC* 49(4) 221.

<sup>8</sup> R. WEILL, « Hybrid Constitutionalism: the Israeli Case for Judicial Review and why we should Care », *Berkley Journal of International Law*, vol. 30, n°2, 2012, p. 349 à 411. Pour une étude approfondie sur l'incidence des Lois Fondamentales M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Bibliothèque des thèses n°185, 2019, 481 pp. O. PFERSMANN, « L'énigme constitutionnelle d'Israël et la politique constitutionnelle de Theodor Herzl », *Cités*, vol. 47-48, n°3-4, p. 227 à 234. A. JUSSIAUME, « La Cour suprême et la constitution en Israël : entre activisme et prudence judiciaire », *Jus politicum*, n°3, 2009, <http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-et-la-Constitution-en-Israel-Entre-activisme-et-prudence-judiciaire-156.html>. S. NAVOT, « La Cour suprême israélienne et le contrôle de constitutionnalité des lois », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°35, 2012, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-supreme-israelienne-et-le-controle-de-constitutionnalite-des-lois>.

<sup>9</sup> *New Zealand Constitution Act* 1986, n°114.

<sup>10</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 171.

*écrite* » *pourrait proposer*<sup>11</sup> », sans donner de réels éléments substantiels sur les rapports entre les organes.

En définitive, le trait que ces systèmes partagent est de ne pas se résumer à une « *constitution unique*<sup>12</sup> ». Ces remarques permettent de mettre en lumière l'aspect composite des constitutions non codifiées. Cette caractéristique peut s'étendre à toute constitution, si consolidée soit-elle. Toute constitution est par nature un acte qui peut se définir comme un assemblage, un objet composite, plus ou moins harmonieux et plus ou moins finalisé. Cet aspect ressort pleinement des Constitutions de l'Australie et du Canada qui, comme la Nouvelle-Zélande, opèrent selon des modalités institutionnelles proches de celles de la Grande-Bretagne. Il convient ainsi d'en définir les contours.

## **I – Le caractère idéalisé de la constitution britannique : un discours sur la constitution**

La nature de la Constitution britannique a toujours été un objet de mystère. En effet, comme le décrit John Parker, cette dernière avance voilée : « [elle] *se transforme de manière silencieuse et imperceptible sous les yeux des chroniqueurs, des Vinerian Professors et des commentateurs en droit constitutionnel, qui emportés par les mots en oublie d'appréhender les effets*<sup>13</sup> ». Elle est, pour reprendre les mots d'Henry Hallam, « *le plus beau phénomène de l'histoire de l'humanité*<sup>14</sup> ». Cette Constitution s'est construite par étapes, fruit d'une évolution permanente, impalpable, imperceptible incarnant la volonté du peuple. John Griffith dans sa conférence intitulée « *la constitution politique*<sup>15</sup> » insiste sur cet élément essentiel : « *la Constitution du*

---

<sup>11</sup> Officials Committee on Constitutional Reform, *Constitutional Reform: First and second reports released by the Minister of Justice*, Wellington, Department of Justice, 1986, deuxième rapport, point 1.7, p. 6

<sup>12</sup> A. JUSSIAUME, *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2002, p. 41.

<sup>13</sup> J. J. PARK, *The Dogmas of the Constitution*, Londres, B. Fellowes, 1832, p. 94.

<sup>14</sup> Cette référence est utilisée par Dicey en ouverture de son ouvrage et cela pour justifier son enseignement. Il utilise cette phrase pour solliciter l'intérêt de son lecteur. A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>ème</sup> éd., Indianapolis, Liberty Classics, 1992, p. cxxv

<sup>15</sup> J. A. G. GRIFFITH, « The political Constitution », *The Modern Law Review*, vol. 42, n°1, p. 1 à 21.

*Royaume-Uni demeure, elle évolue un jour après l'autre, car en définitive la constitution n'est ni plus, ni moins que ce qui se produit*<sup>16</sup> ». Car tout l'objet de la présente introduction est bien de tenter d'apporter quelques éléments de définition à la notion de Constitution britannique qui sert de point de départ au récit institutionnel que nous rapporterons dans les pages qui vont suivre.

De par son caractère non consolidé ou non codifié, la Constitution britannique est d'abord une idée ; elle serait tel un souffle selon William Huse Dunham<sup>17</sup>. Elle est le résultat d'un apprentissage : « *dans un pays qui ne dispose point d'une constitution écrite, la constitution de ce pays ne peut s'apprendre qu'en identifiant la manière réelle dont, de temps à autre, le gouvernement a été conduit, les pouvoirs par lesquels il l'a été, et les mécanismes de contrôles qui ont été mis en œuvre*<sup>18</sup> ».

Dans ses lettres de jeunesse, Benjamin Disraeli s'amuse à distinguer deux types d'exégètes de la Constitution britannique « *d'abord les antiquaires dont le travail est inestimable et de l'autre la caste des écrivains qui se sont efforcés, lors d'études de ce qu'ils définissent comme la théorie de la Constitution, de faire valoir leurs opinions et l'intérêt des partis politiques pour lesquels ils militent. [...] La Constitution anglaise était universellement reconnue comme un ouvrage majestueux et admirable, et comptait parmi les meilleures inventions de l'intellect jamais consignées*<sup>19</sup> ». Afin de démontrer le caractère singulier et historique de la Constitution d'une part mais également pour en démontrer l'impossible copie d'autre part, il dresse un bilan peu élogieux de la période de la Restauration en France : « *Le [Roi Louis XVIII] semble avoir supposé que la Constitution anglaise consiste simplement en deux chambres remplies de gentilshommes, qui discutent des questions publiques et font des lois dans la métropole durant une période déterminée de l'année. Le roi de France ne se doutait pas que les institutions politiques, pour être efficaces, devaient reposer sur les*

---

<sup>16</sup> J. A. G. GRIFFITH, « The political Constitution », art. cit., p. 19.

<sup>17</sup> Cela renvoie à l'idée du droit constitutionnel comme une idée. L'apparition d'un souffle qui irriguerait la constitution britannique est défendue par W. H. DUNHAM, « The Spirit of the British Constitution : Form and Substance », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 21, n°1, 1971, p. 44 à 66.

<sup>18</sup> J. J. PARK, *The Dogmas of the Constitution*, op. cit., p. 31.

<sup>19</sup> B. DISRAELI, *Vindication of the English Constitution in a Letter to a Noble and Learned Lord*, Londres, Saunders and Otley, 1835, p. 4.

*habitudes et les opinions des peuples qu'elles prétendaient gouverner ; que les membres d'un corps représentatif doivent être composés d'une classe que le peuple considère depuis longtemps avec respect et confiance*<sup>20</sup> ». Ce dernier accorde peu de crédit à l'expérience tant il ne s'attarde que peu sur les évolutions et changements institutionnels qui marquent cette période.

Le système anglais n'est pas réellement compréhensible<sup>21</sup>, tant il se définit de l'intérieur. C'est là toute la richesse de l'histoire constitutionnelle britannique qui est parvenue à produire un système constitutionnel. Fruit d'une histoire immémoriale, cette définition idéalisée est également révérée par les juges. Lord Hoffman évoque<sup>22</sup>: *« la nation, ses institutions et ses valeurs demeurent à travers les générations. A de nombreux égards significatifs, l'Angleterre est la même nation qu'elle était à l'époque de la première Reine Elisabeth ou de la Glorieuse Révolution. L'Armada a menacé de mettre fin à la vie de la nation, non par une défaite militaire, mais en soumettant les institutions anglaises au joug de la domination de l'Espagne et de l'Inquisition. Il en était de même de la menace posée [...] par l'Allemagne nazie durant la Seconde Guerre mondiale. Ce pays, plus que tout autre au monde, à l'histoire ininterrompue vit depuis des siècles sous la bannière d'institutions et en accord avec des valeurs qui témoignent d'une continuité significative »*.

Le système de gouvernement est donc bel et bien le produit d'une évolution immatérielle et imperceptible. La Constitution britannique est un organisme composite. Lord Bolingbroke livre l'une des plus précises définitions de celle-ci en évoquant un lien entre les notions de constitution et de système de gouvernement : *« par constitution, nous entendons, chaque fois que nous parlons avec acuité et exactitude, cet assemblage de lois, d'institutions et de coutumes dérivées de certains principes fixes de la raison, érigés au service d'un objet fixe de bien public, qui composent le système général selon lequel la communauté a accepté d'être gouvernée*<sup>23</sup> ». Il s'agit donc d'un

---

<sup>20</sup> B. DISRAELI, *Vindication of the English Constitution in a Letter to a Noble and Learned Lord*, op. cit., p. 33-34.

<sup>21</sup> D. BARANGER, *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999, p. 21.

<sup>22</sup> A v. *Secretary of State for Home Department*, [2004] UKHL 56, point 91.

<sup>23</sup> H. SAINT-JOHN, *The Works of the Late Right Honorable Henry St. John Lord Bolingbroke*, Londres, Ortridge & Son, 1809, vol.3, p. 88.

ensemble de nature et portée diverses qui posent le cadre d'une forme de délégation par laquelle le peuple consent à reconnaître une forme d'autorité<sup>24</sup>. Les anciens dominions, à ce titre, vont suivre le même chemin et revendiquer<sup>25</sup> un gouvernement institué par la volonté du peuple. Ainsi, définir les contours du système de gouvernement est essentiel.

Au-delà des usages, ou pratiques auxquels il a déjà été fait référence (sans avoir été définis encore), la Constitution britannique repose également sur le principe de la souveraineté du Parlement de Westminster. Cette souveraineté se résume en deux formules devenues célèbres, celle de Jean-Louis De Lolme : « *Le Parlement anglais peut tout, excepté faire d'une femme un homme, et vice versa*<sup>26</sup> » ou Leslie Stephens « *si une législature venait à décider que tous les bébés aux yeux bleus devaient être assassinés, sauver ces derniers serait illégal. Toutefois, le législateur devrait avoir perdu la raison avant d'adopter une telle loi et le peuple devrait être devenu stupide avant de s'y soumettre*<sup>27</sup> ». D'un point de vue plus juridique, Albert Dicey consacre la première partie<sup>28</sup> de son ouvrage à cette notion et débute l'analyse de celle-ci en citant l'opinion de Juge Edward Coke en rappelant que « *Le pouvoir et la compétence du Parlement sont transcendants et absolus au point que ceux-ci ne peuvent être confinés dans une quelconque limite*<sup>29</sup> ». Le Professeur d'Oxford identifiera trois branches de la souveraineté parlementaire. Il affirme d'abord que toute loi du Parlement doit être appliquée par les cours de justice. Ainsi, seul le Parlement est en mesure, d'adopter, modifier, ou abroger une loi (la dimension positive du principe ainsi énoncé). Il reformule le même principe de façon négative en soulignant que la souveraineté suppose qu'aucun individu ou aucune autorité ne se situe au-dessus du Parlement et ne peut ainsi se soustraire à son autorité. Enfin s'ajoute un dernier élément, suivant lequel un Parlement ne peut lier ses successeurs.

---

<sup>24</sup> N. W. BARBER, *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 32 et suivantes.

<sup>25</sup> Ces revendications nous le verrons furent parfois sources de troubles, notamment au Canada et de façon moins marquée en Nouvelle-Zélande

<sup>26</sup> J.-L. DE LOLME., *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais*, Genève, Barde, Manget & cie., 1790, tome 1, p. 126.

<sup>27</sup> L. STEPHEN, *The Science of Ethics*, Londres, Smith Elder & Co., 1882, p. 145.

<sup>28</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, notamment le premier chapitre p. 3 à 35.

<sup>29</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 5.

Le Professeur Guilluy, à l'image de Dicey, dont il déconstruit le raisonnement, livre une étude exhaustive de la logique qui sous-tend la souveraineté du Parlement britannique<sup>30</sup>. Sur la base de l'analyse de Dicey, il souligne ainsi que « *la souveraineté du Parlement peut ainsi être analysée, c'est-à-dire décomposée en un certain nombre de caractéristiques qui sont autant de prescriptions juridiques et constitutionnelles [...] Le Parlement est donc omniscient puisque le droit anglais ne connaît pas, au moins formellement, c'est-à-dire au regard de la procédure législative, la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires* <sup>31</sup> ». Tout l'intérêt de la démarche de Dicey réside dans l'idée « *qu'à partir d'un matériau ancien qui est celui des institutions anglaises et de leurs traditions, réorganiser et réinterpréter ces « données » constitutionnelles [permet de] leur insuffler un nouveau sens ou du moins renouvelé. Avec Dicey, la souveraineté du Parlement devient finalement une doctrine juridique et constitutionnelle, doctrine dont l'influence n'est d'ailleurs toujours pas démentie et autour de laquelle, pour une large part, s'est modelé le nouveau paradigme constitutionnel qui a défini la constitution actuelle de l'Angleterre* <sup>32</sup> ». Cette question, sans lien direct avec la présente recherche permet, toutefois, de mieux appréhender les rapports entre la métropole et les colonies, entre l'Angleterre et les anciens dominions<sup>33</sup>. La question de la souveraineté du Parlement impérial s'est notamment, mais pas seulement, manifestée au moment de l'adoption des *Colonial Law Validity Act* 1865<sup>34</sup> et du Statut de Westminster de 1931<sup>35</sup>.

L'idée de constitution coutumière ou non codifiée n'est pas, comme on pourrait l'imaginer, consubstantielle de la souveraineté du Parlement. En effet, il existe certains systèmes qui disposent d'une architecture constitutionnelle formalisée tout en

---

<sup>30</sup> T. GUILLUY, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2018, titre 1 à 55 à 159

<sup>31</sup> T. GUILLUY, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Pour un examen approfondi J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, 2001, 336 pp. Voir également T. GUILLUY, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, *op. cit.*, titre 1 à 162.

<sup>34</sup> *Colonial Law Validity Act* 1865 (imp.) 28 & 29, Vict., c. 63.

<sup>35</sup> *Statut of Westminster* 1931, 22 Geo. V, c. 4.

préservant l'idée d'un parlement souverain. Ainsi on pense à la Nouvelle-Zélande, notamment, depuis l'adoption de la loi constitutionnelle de 1986 ou encore à la situation de certains Etats australiens, dont l'exemple est très intéressant<sup>36</sup>.

L'absence de structure formalisée, même *a minima*, a conduit les auteurs anglais à définir autrement leur système politique. C'est ainsi que la constitution historique assumait sa dimension politique. Comme nous l'évoquions précédemment, la substance, au sens de principes, qui guident l'action de l'Etat commence à prendre forme. La Constitution britannique opère, sur la base d'une limitation du pouvoir du monarque, comme le rappelle Blackstone dans ses commentaires. Il souligne que la seule limite à la prérogative réside dans le respect d'une forme d'honneur<sup>37</sup>. C'est John Stuart Mill qui posera une définition de la notion « *Les maximes non écrites de la constitution [...] la morale politique positive du pays*<sup>38</sup> ». L'expression « *conventions* » apparaîtra sous la plume de Edward Freeman, qui a d'ailleurs recours à l'idée de moralité<sup>39</sup>. Il souligne ainsi « *aux côtés de notre Loi écrite s'est développée une Constitution non écrite ou conventionnelle. Lorsqu'un Anglais dit que la conduite d'un homme public est constitutionnelle ou inconstitutionnelle, il veut dire quelque chose de complètement différent de ce qu'il entend par une conduite légale ou illégale. Un célèbre vote à la Chambre des communes, adopté sur la motion d'un grand homme d'État, déclara un jour que les ministres de la Couronne d'alors ne possédaient pas la confiance de la Chambre des communes et que leur maintien en fonction était donc contraire à l'esprit de la Constitution. La vérité d'une telle position, selon les principes traditionnels sur lesquels les hommes publics ont agi pendant quelques générations, ne peut être contestée ; mais il serait vain de chercher la moindre trace de telles doctrines dans aucune page de notre Loi écrite*<sup>40</sup> ». Cette référence utilisée classiquement pour débiter tout analyse des conventions de la constitution reconnaît la valeur principielle de

---

<sup>36</sup> G. CARNEY, « Chapt. 11 – State Constitutions », dans A. STONE, C SAUNDERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 277 à 312.

<sup>37</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Oxford, Oxford University Press, 1765, vol. 1 p. 225.

<sup>38</sup> J. S. MILL, *Representative Government*, Londres, Parker, Son & Bourn, 1861, p. 87

<sup>39</sup> E. A. FREEMAN, *The Growth of the English constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Macmillan, 1873, p. 114. Il évoquera cette idée en évoquant une sanction politique prise par le Parlement.

<sup>40</sup> E. A. FREEMAN, *The Growth of the English constitution*, *op. cit.*, p. 114 et suivantes.

La censure évoquée est celle de Lord Melbourne du 4 juin 1841. Cet épisode marque pour le Professeur Baranger la naissance de la responsabilité politique en Angleterre. D. BARANGER, *Parlementarisme des origines*, *op. cit.*, p. 30.

certaines éléments non codifiés du droit constitutionnel, qui se détachent de ce qui est légal ou ne serait pas. Edward Freeman précise d'ailleurs pour bien marquer cette différence « *La croissance de notre Constitution non écrite réside entre les mains de nos hommes d'état*<sup>41</sup> ». On peut, en filigrane, sentir la préfiguration de l'une des idées centrales de la pensée de Dicey, l'absence de justiciabilité de cette source de droit. Albert Dicey soulignera d'ailleurs que Freeman « *avait parfaitement raison de distinguer ce qui est légal de ce qui est constitutionnel. La Constitution britannique est en réalité un objet en partie du domaine issu du droit strict [real laws] et en partie issu d'usages et de coutumes ayant presque en pratique, si ce n'est absolument, la force de la loi. Toute personne qui désire réellement comprendre le fonctionnement du système de gouvernement britannique doit distinguer avec une grande prudence ce qui est légal de ce qui est conventionnel ou constitutionnel*<sup>42</sup> ». Walter Bagehot marquera également une influence importante sur la pensée de Dicey en soulignant que « *Bagehot est parvenu à décrire les institutions britanniques telle qu'elles existent réellement*<sup>43</sup> ». Walter Bagehot offrira à la science constitutionnelle l'une des descriptions les plus réalistes des modalités de fonctionnement du système de gouvernement britannique<sup>44</sup>. Son ouvrage sobrement intitulé *The English Constitution* posera une analyse politique de la constitution en définissant par exemple les trois droits de la Couronne<sup>45</sup>. En révélant notamment ce qui était invisible à l'œil nu, il révélera la part opératoire de la Constitution britannique, des éléments tel que le cabinet ou la fonction élective<sup>46</sup>. Sur la base de ces analyses, Albert Dicey sera l'artisan d'un changement de compréhension du droit constitutionnel.

---

<sup>41</sup> E. A. FREEMAN, *The Growth of the English constitution*, op. cit., p. 129.

<sup>42</sup> A. V. DICEY, « Freeman's Growth of the English Constitution », *The Nation*, 1872, cité dans M. D. WALTERS, A. V. DICEY and the Common Law Constitutional Tradition. A Legal Turn of Mind, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 106-107.

<sup>43</sup> D. WALTERS, A. V. DICEY and the Common Law Constitutional Tradition. A Legal Turn of Mind, op. cit., p. 106.

<sup>44</sup> A. LE DIVELLEC, « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°7, 2012, <http://juspoliticum.com/article/Bagehot-et-les-fonctions-du-Parlement-britannique-Sur-la-genese-d-une-decouverte-de-la-pensee-constitutionnelle-518.html>.

<sup>45</sup> W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Republished Classics, 2013, p. 58.

<sup>46</sup> A. LE DIVELLEC, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les Etats européens », *Jus Politicum*, n°1, 2008, <http://juspoliticum.com/article/Le-gouvernement-portion-dirigeante-du-Parlement-Quelques-aspects-de-la-reception-juridique-hesitante-du-modele-de-Westminster-dans-les-Etats-europeens-30.html>.

## II – De la constitution historique à la constitution juridique : la question des conventions de la constitution

L'intérêt des conventions de la constitution<sup>47</sup> n'est plus à démontrer en Angleterre et dans les pays nés du Parlement de Westminster mais également en France, comme en témoigne l'analyse de Jean Rossetto sur l'articulation entre la constitution formelle et les pratiques politiques « *qui n'est que le reflet de la nature équivoque de la règle de droit*<sup>48</sup> ». Les conventions révèlent ce qui est. Elles visent à rendre accessible ce qui relève de l'acquis constitutionnel.

Dicey a tenté de faire entrer dans le droit positif la constitution politique<sup>49</sup>. Il a ainsi neutralisé, tout en reconnaissant leur importance les conventions de la constitution. L'argument avancé étant que ces règles ne pouvant être sanctionnées par un juge ne sont pas du droit strict et ne doivent pas embarrasser le juriste<sup>50</sup>. Il explique que ces règles ne sont pas du droit positif en ce qu'elles ne sont pas sanctionnées par le juge<sup>51</sup>. Il ne s'attarde pas sur le critère formel. Afin de justifier sa démarche, il explique sans grande conviction que la violation d'une convention aboutit nécessairement à la violation d'une loi<sup>52</sup> redonnant ainsi au juge sa compétence. Soulignons rapidement que l'argument tiré d'une incompétence présumée du juge ne tient pas. En effet, Lord Coke expliquait lui-même que le juge pouvait se saisir d'une question qui n'était pas nécessairement réglée par la loi si cela était nécessaire<sup>53</sup>. Par ailleurs, les cours ne manqueront pas, après Dicey, de reconnaître les conventions et

---

<sup>47</sup> Sur les reconnaissances de la notion antérieures à Dicey O. HOOD PHILLIPS, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessor's », *The Modern Law Review*, vol. 29, p. 137 à 148.

<sup>48</sup> J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Paris, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, p. 168.

<sup>49</sup> Pour une analyse détaillée M. D. WALTERS, A. V. DICEY *and the Common Law Constitutional Tradition. A Legal Turn of Mind*, op. cit., « Chapitre 8 – Dicey's Legal Constitution », p. 135 à 162.

<sup>50</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, op. cit., p. 15.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>52</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, op. cit., p. 296 et suivantes.

<sup>53</sup> Lord Coke souligne que les conseillers membres du Conseil privé agissent comme des sentinelles. Le Conseil privé était établi par la loi, le juge retrouve sa compétence en cas de manquement. E. COKE, *Institutes of the Laws of England*, Londres, M. Felsher, 1644, partie IV, p. 53 et suivantes.

Mark Walters souligne que cette idée sera prolongée par William Blackstone, M. D. WALTERS, A. V. DICEY *and the Common Law Constitutional Tradition. A Legal Turn of Mind*, op. cit., p. 147.

d'en sanctionner les manquements comme ce fut le cas récemment<sup>54</sup>. En définitive, c'est parce que le juge choisit de ne pas se saisir de la question que les conventions ne sont pas sanctionnées judiciairement. La Cour suprême du Canada dans la décision dite du rapatriement souligne par exemple que : « *Ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi. C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur-général, le lieutenant-gouverneur, les chambres du Parlement ou l'opinion publique et, en définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques*<sup>55</sup> ». Ce point permet de rappeler que coutume et convention sont sensiblement de même nature. Toutefois, une différence essentielle réside dans le fait que la coutume est sanctionnée par le juge, car elle est reconnue par lui<sup>56</sup>. La convention se présente au juge par le produit d'une création d'autres organes<sup>57</sup>.

Pour tenter de redonner ses lettres de noblesse aux conventions, Ivor Jennings développera ce qui portera le nom de « test de Jennings » : trois critères visant à prouver l'existence d'une convention, tant leur utilité n'est plus à démontrer. Ivor Jennings explique : « *nous devons nous poser trois questions : d'abord quels sont les précédents, ensuite les acteurs dans le précédent évoqué avaient-ils le sentiment d'obligation, enfin y a-t-il une raison à [l'existence] de la règle*<sup>58</sup> ? ». Ces trois critères bien connus sont « *obéis pour éviter les difficultés politiques qui en découleraient dans*

---

<sup>54</sup> Cette idée est notamment étudiée au chapitre 4.

<sup>55</sup> Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753 (p. 883).

<sup>56</sup> Y. MENY, « les conventions de la Constitution », *Revue Pouvoirs*, vol. 50, 1989, pp. 53 à 68.

D. LEVY, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », dans *Recueil d'études en l'hommage de Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, pp. 81 à 90.

<sup>57</sup> L. SIROTA, « Towards a Jurisprudence of Constitutional Conventions », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 11, n°1, p. 29 à 51.

<sup>58</sup> I. W. JENNINGS, *The Law and the constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 134.

A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, The Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd., Ontario, Oxford University Press, 2014, p. 207. Sur la base de l'analyse de Jennings Andrew Heard dégage 5 critères « *L'importance du principe ou la règle qui le sous-tend, le degré de reconnaissance de la règle par les observateurs (constitutional observers), le degré de précision de la règle, le lien entre le contenu de la règle et le principe qui la fonde, enfin l'existence d'un précédent* ».

Sur le même modèle Geoffrey Marshall identifie quatre sources de la convention : « l'accord, le précédent, le principe et l'autorité », G. MARSHALL, « Les règles constitutionnelles non écrites au Royaume-Uni », dans P. AVRIL et M. VERPAUX (dir.) *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, LGDJ, 2000, p. 101 à 115.

*le cas contraire* ». Les conventions permettent aux organes de l'Etat de fonctionner sans accros<sup>59</sup>.

La déconstruction de la notion de convention pour mieux la reconstruire est un exercice particulièrement ardu<sup>60</sup> et Albert Dicey ne s'en embarrasse pas. Il neutralise le problème tout en y accordant dans son ouvrage une importance certaine<sup>61</sup>. Le Professeur Guilluy, au terme d'une analyse détaillée et précise, saisit la complexité de la notion et en démontre la nature constitutionnelle au sens le plus noble du terme, notamment lorsqu'il se livre à une déconstruction de la théorie de Dicey sur le caractère non juridique des conventions, au-delà du prisme de la seule sanction. Il va même jusqu'à souligner la nature constituante des conventions en expliquant que « *les conventions tendent à orienter le droit constitutionnel et donc le régime politique dans un sens différent de celui ressortant des dispositions de la constitution écrite et du droit strict*<sup>62</sup> ».

En s'attardant sur la distinction entre usage et convention, Kenneth Clinton Wheare insiste sur l'élément contraignant, sans véritablement en définir l'étendue. L'usage ne revêt aucune forme de contrainte, alors que la convention est porteuse d'une telle obligation. Il semble souligner que l'usage est le stade primaire de la convention en ce qu'il n'a pas encore été doté de la force obligatoire. « *Un usage, après une certaine répétition chaque fois que les conditions d'un certain contexte sont réunies, peut, pour une raison valable obtenir la force obligatoire et ainsi devenir une convention*<sup>63</sup> ». A ce titre, il écrit : « *une convention est une règle obligatoire, une règle de comportement considérée comme obligatoire par ceux concernés par la mise en mouvement de la constitution*<sup>64</sup>[...] *La convention serait obligatoire et l'usage uniquement persuasif*<sup>65</sup> ». Il poursuit en soulignant qu'une convention peut apparaître

---

<sup>59</sup> I. W. JENNINGS, *The Law and the constitution*, op. cit., p. 136

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>61</sup> T. GUILLUY, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit., p. 175 et suivantes.

<sup>62</sup> T. GUILLUY, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit. p. 268.

<sup>63</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Oxford University Press, 1953, p. 10.

<sup>64</sup> K. C. WHEARE, *Modern Constitutions*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 179.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 122.

*ex nihilo* si une raison valable en fonde l'apparition, elle se fonderait sur un unique précédent, reprenant l'un des critères du « test de Jennings ». Il considère, à l'image du Juge Evatt, qu'il est bien plus évident de trouver des traces d'usage que de convention. Geoffrey Marshall et Craig Moodie répondront que « *la différence entre l'usage et la convention repose sur la clarté des exceptions à la règle*<sup>66</sup> », argument somme toute discutable. Owen Hood Phillips définit les conventions comme « *des règles de pratique politique qui sont considérées comme obligatoires par ceux à qui elles s'appliquent, mais qui ne sont pas des actes de droit strict car sanctionnées par les tribunaux ou les Chambres du Parlement*<sup>67</sup> ».

\* Les tentatives de systématisation de la notion

La différence d'approche entre Albert Dicey et Ivor Jennings semble avoir ossifié le débat sur les conventions de la constitution<sup>68</sup>, que certains auteurs vont essayer de renouveler. Ainsi, Geoffrey Marshall tente d'apporter une distinction entre les conventions en expliquant d'abord que celles-ci sont des « *certaines règles de comportement constitutionnel qui sont considérées comme contraignantes par et pour ceux qui appliquent la constitution. [Ces règles] ne sont pas appliquées par les tribunaux (bien que les tribunaux puissent reconnaître leur existence), ni par les présidents des chambres du Parlement*<sup>69</sup> ». Cette définition rappelle le double critère qui définit la convention : l'absence de sanction juridictionnelle et le caractère apparemment obligatoire.

Afin de dépasser le problème de systématisation, Geoffrey Marshall distingue les conventions ayant vocation à reconnaître une compétence des conventions ayant vocation à poser des limites à l'usage de certaines compétences par un organe<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> G. MARSHALL, G. C. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Hutchinson & co., 1971, p. 26.

<sup>67</sup> O. HOOD PHILLIPS, P. JACKSON, P. LEOPOLD, *Constitutional and administrative law*, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001, p. 136.

<sup>68</sup> La lecture faite par Dicey aurait ainsi le désavantage de se concentrer sur le passé plutôt que de tenter de définir l'avenir. H. W. R. WADE, « Law, Opinion and Administration », *Law Quarterly Review*, vol. 78, n°2; 1962, p. 188 à 204 (p. 189).

<sup>69</sup> G. MARSHALL, G. C. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, *op. cit.*, p. 24

<sup>70</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions – The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 43.

Andrew Heard distingue notamment, sur la base de l'exemple canadien, trois types de conventions : d'une part, les conventions fondamentales, sur lesquelles reposent un système de gouvernement comme la responsabilité politique du gouvernement, d'autre part, les conventions reconnues comme importantes mais qui peuvent changer et enfin, les conventions de moindre importance qui tendent seulement à justifier que certains usages ou comportements ne sont pas appropriés<sup>71</sup>. Il sépare ainsi les « vraies conventions », des « fausses conventions » ou « infra conventions ». Ces catégories reposent essentiellement sur le sentiment d'obligation ou le soutien apporté aux règles identifiées<sup>72</sup>. Dans le même sens, le Professeur Avril sépare, notamment dans le cas français, trois types de conventions : les conventions fondatrices, les conventions interprétatives et les conventions créatrices<sup>73</sup>. Il apparaît que ce triptyque n'est applicable que pour la France tant les pays héritiers de la Constitution britannique nourrissent un rapport différent à l'écrit en droit<sup>74</sup>.

En définitive, il semble que ce soit l'apport d'une nouvelle définition qui permette de dépasser les limites posées par Jennings et Dicey. Le Professeur Baranger<sup>75</sup> propose, notamment, par le recours au « droit politique » de réconcilier la constitution avec elle-même en « *mettant en rapport les formes du droit et l'action politique [...] par la retranscription de comportement discernable*<sup>76</sup> ». Cette idée rejoint la phrase bien connue d'Ivor Jennings « *la réponse rapide à la question de l'objectif des conventions de la constitution est qu'elles habillent les os desséchés du droit [strict]. Elles permettent à la constitution politique de fonctionner. Elles demeurent en lien avec l'évolution des idées. Une constitution ne fonctionne pas par elle-même, elle doit être mise en mouvement par des hommes*<sup>77</sup> ».

---

<sup>71</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, The Marriage of Law and Politics*, op. cit., 2014, p. 207.

<sup>72</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, The Marriage of Law and Politics*, op. cit., p. 211 à 214 Parmi les vraies conventions il distinguera les conventions fondamentales, les conventions semi-rigides et les conventions flexibles.

<sup>73</sup> P. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, op. cit., p. 127

<sup>74</sup> O. BEAUD, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a>.

<sup>75</sup> Il explique notamment qu'une forme de moralité est le soubassement de l'ordre constitutionnel. D. BARANGER, « la fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution) », *Droits*, n°32, 2000, p. 47 à 68.

<sup>76</sup> D. BARANGER, *Ecrire la constitution non écrite, introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF Leviathan, 2008, p. 6.

<sup>77</sup> I. W. JENNINGS, *The Law and the constitution*, op. cit., p. 81.

Le Professeur Avril consacre également une partie de la conclusion de son ouvrage à une définition de la notion<sup>78</sup>. D'autres auteurs, tant dans les pays des systèmes directement concernés, qu'ailleurs comme en France par exemple, ont tenté d'apporter un nouveau regard sur cette dualité, cette distance entre « *droit strict* » et pratique institutionnelle<sup>79</sup>. Toutefois, l'on peut douter de la faisabilité d'une transposition du concept des conventions de la constitution à des régimes politiques comme celui de la France. En effet, ce système a été parfaitement intégré au système politique des dominions que nous nous apprêtons à étudier. Ainsi Kenneth Wheare souligne cette pleine imprégnation « *L'association entre conventions et droit écrit est une construction familière, connue dans l'histoire du Commonwealth britannique. Cela a été une caractéristique première du développement politique des gouvernements nationaux et dans les relations entre elles. Elle a permis le développement des compétences législatives et exécutives*<sup>80</sup> ».

Le point commun de toutes ces analyses renouvelées est de permettre de réconcilier le droit constitutionnel et contribuer à la définition de la notion tout en dépassant son indétermination<sup>81</sup>. Ainsi, on ne saurait comprendre le droit constitutionnel sans ces conventions, considérées comme des règles de concrétisation. « *La convention acquiert une authentique force normative en ce qu'elle est un mode de réalisation de la constitution*<sup>82</sup> ».

Il est toutefois saisissant, et les développements qui suivront tenteront de le démontrer, qu'une profonde distance demeure entre ce que la doctrine apporte et ce que le législateur mobilise réellement. Non que le droit constitutionnel ait vocation à devenir une discipline désincarnée et éthérée qui ne serait étudiée qu'à des fins intellectuelles mais ce décalage est saisissant. Rappelons d'abord que les législateurs,

---

<sup>78</sup> P. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, op. cit., p. 157 et suivantes.

<sup>79</sup> I. JENNINGS, « Les caractéristiques du droit public anglais », *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Sirey, tome 2, 1938, p. 340 à 355.

<sup>80</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, op. cit., p. 3.

<sup>81</sup> J. MUNROE, « Laws and Conventions Distinguished », *Law Quarterly Review*, n°91, 1975, p. 218 à 235.

<sup>82</sup> T. GUILLUY, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit., p. 262.

comme les commentateurs, sont pleinement conscients de l'importance du phénomène des conventions et de l'impossible limitation du droit constitutionnel à une dimension formelle<sup>83</sup>. Toutefois, alors que la doctrine apporte des analyses au phénomène et tente même d'en extraire une systématisation et une logique d'organisation en créant catégories et hiérarchie, le législateur, qui se nourrit de ces apports, semble traiter la notion comme un tout, sans hiérarchie, lorsque des réflexions sur la codification sont initiées. On pourrait nuancer ce propos en relevant une forme de hiérarchie puisque ce sont souvent les mêmes règles qui reviennent dans les débats (fonction électorale et contrôle politique du parlement, recours à la prérogative, vote de subsides, pour ne citer que les plus évidentes) et souligner que certains débats suscitent davantage de controverses que d'autres. Quoi qu'il en soit, les débats arrivent souvent à la même conclusion : l'impossibilité de parvenir à une formulation satisfaisante pour rendre compte de la règle.

### III – Vers une perte du particularisme britannique

Malgré ces tentatives de maintenir une particularité de la Constitution britannique tenant à son caractère organique, coutumier, un phénomène latent semble se dessiner, celui d'une tendance à la codification, comme une volonté de définir, avec davantage de clarté, l'architecture constitutionnelle.

La Constitution britannique est une constitution idéalisée, pouvant même être qualifiée de « *problème*<sup>84</sup> ». Elle est toujours parvenue à s'adapter à des circonstances changeantes sans jamais tomber dans le travers de se définir trop précisément et de s'enfermer dans un acte écrit. Capitant explique ainsi que le silence est un choix du constituant anglais. Toutefois, il arrive ponctuellement que des lois du parlement se saisissent de certains enjeux qui, jusqu'ici, étaient laissés dans le champ de la convention et donc du politique.

---

<sup>83</sup> George Vedel expliquera que « le droit constitutionnel ne tient pas tout entier dans les textes écrits. La France, autant que l'Angleterre, à ses « conventions » de la Constitution », citée dans P. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF Leviathan, 1997, p. 11.

<sup>84</sup> D. BARANGER, *Ecrire la constitution non écrite, une introduction au droit constitutionnel britannique*, op. cit., p. 4.

Sans dresser un catalogue exhaustif, on citera certaines de ces lois comme les *Parliament Acts* de 1911<sup>85</sup> et 1949<sup>86</sup>, nées d'une volonté d'affirmer la primauté de la Chambre des communes dont pourtant nul ne doutait, auquel peut s'ajouter le *House of Lords Act* de 1999<sup>87</sup> qui met fin à l'hérédité et entend démocratiser l'accès à la chambre nommée. Mentionnons également le *Constitutional Reform Act*<sup>88</sup> visant à clarifier la hiérarchie juridictionnelle (sur le modèle d'autres cours européennes) ou encore la récente adoption (puis abrogation) du *Fixed-Term Parliaments Act*<sup>89</sup>. En lien avec ce qui vient d'être évoqué, les événements récents du Brexit ont également eu une incidence sur la constitution britannique. A ce titre, l'adoption des *European Communities Act* de 1972<sup>90</sup> et du *Human Rights* de 1998, sur la demande insistante de l'Union européenne, a pu être ressentie comme une volonté de mettre fin au particularisme britannique. Par ailleurs, le Brexit en lui-même a conduit certains à interroger le maintien du caractère coutumier de la constitution, ranimant le débat sur l'adoption d'une constitution formelle<sup>91</sup>, sans réellement susciter un grand intérêt<sup>92</sup>. Coucher sur le papier la Constitution britannique a toujours semblé, à quiconque ayant tenté l'exercice, une œuvre vouée à l'échec, tant il faudrait au préalable un travail d'information et d'éducation pour parvenir à un changement de mentalité<sup>93</sup>. On

---

<sup>85</sup> *Parliament Act* 1911, (1 & 2 Geo. V, c. 13).

<sup>86</sup> *Parliament Act* 1949, (12, 13 & 14 Geo. VI, c. 103).

<sup>87</sup> *House of Lords*, 1999, (c.34)

<sup>88</sup> *Constitutional reform Act* 2005 (c. 4).

<sup>89</sup> A. LE DIVELLEC, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act* 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, <http://juspoliticum.com/article/Un-tournant-de-la-culture-constitutionnelle-britannique-le-Fixed-Term-Parliaments-Act-2011-et-l-amorce-inédite-de-rationalisation-du-système-parlementaire-de-gouvernement-au-Royaume-Uni-530.html>.

<sup>90</sup> *European Communities Act* 1972 (c. 68).

<sup>91</sup> Sur le bilan des débats relatifs à l'adoption d'une constitution formelle notamment depuis les travaux de la commission des réformes constitutionnelles et politiques de la Chambre des communes (*A new Magna Carta?*, Political and Constitutional Reform Committee, Londres, House of Commons, 2015) voir A. BLICK, « chapt. 5 – A new magna carta? The written constitution debate in the United Kingdom » dans E. GIBSON-MORGAN, A. CHOMMELOUX (dir.), *The Rights and Aspirations of the Magna Carta*, Cham, Springer International Publishing Switzerland, 2016, p. 89 à 107.

La remarque est sensiblement la même pour la Nouvelle-Zélande qui est le système de gouvernement le plus proche de celui de la Grande-Bretagne.

<sup>92</sup> C'est davantage la question de la garantie des libertés qui a occupé une partie du débat. En effet, avec la sortie de l'Union européenne a conduit à la crainte (discutable) d'un affaiblissement de la garantie des libertés.

Cette situation n'est pas étrangère au dépôt à la Chambre des communes du *Bill of Rights bill* (bill 117), en juin 2022.

L'objet de ce projet est de rapatrier dans une certaine mesure la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (bien qu'ayant quitté l'Union européenne le Royaume-Uni reste membre du Conseil de l'Europe). A titre d'exemple, le Professeur Bogdanor a saisi l'occasion du Brexit pour publier *Beyond Brexit : Towards a British Constitution*, Londres, I. B. TAURIUS, 2019, 284 pp. Cet ouvrage fait suite à un rapport *Brexit and our Unprotected Constitution*, Londres, The Constitution Society, 2018, 44 pp.

<sup>93</sup> J. E. K. MURKENS, « A Written Constitution a Case not Made », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 41, n°4, 2021, p. 965 à 986.

observe, avec la récente abrogation du *Fixed-Term Parliaments Act*<sup>94</sup>, entre autres<sup>95</sup>, un sursaut coutumier en Angleterre. Le sentiment de résistance à la codification est dans une certaine mesure semblable s'agissant des lois adoptées durant la période européenne. Il semblerait que le système de gouvernement soit réfractaire, imperméable à toute tentative de codification. En effet, la Constitution britannique ne saurait être emprisonnée par les chaînes de la codification. Plus que tout autre, elle est le fruit d'une histoire, de luttes et le résultat de désaccords notamment entre la Couronne et les barons qui aboutissent finalement à créer un organisme vivant au-delà du temps<sup>96</sup>.

Pourtant, adopter une structure formelle pour les institutions britanniques n'est pas une problématique inconnue. En effet, on pensera évidemment à la période intéressante du protectorat de Cromwell. Les articles de la République de 1653 offrent pour la première fois une constitution que l'on peut définir comme codifiée<sup>97</sup>, au sens d'un document ayant vocation à systématiser les éléments essentiels du régime politique, sans toutefois que l'on trouve de réels éléments sur les règles de fonctionnement de la constitution. A l'exception de cette parenthèse républicaine, la constitution se démarquera par sa remarquable stabilité. Cette expérience est le résultat d'une volonté de changement de régime politique. L'adoption de cet *Instrument de Gouvernement* de type formel incarne une volonté de renouveau. Les mêmes éléments de réflexion sont présents dans la perspective de l'avènement d'une république en Australie, projet en réflexion, notamment, depuis 1999. Les débats ont porté sur les modalités de codification des règles de gouvernement dans une constitution formelle<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> *Dissolution and Calling of Parliament Act* 2022 (c. 11).

<sup>95</sup> Le *European Communities Act* 1972 sera abrogé par le *European Union (Withdrawal) Act* 2018. (c. 16).

<sup>96</sup> Sidney Low soulignera : « Nous ne nous intéressons pas à un édifice solide auquel une pièce pourrait être ajoutée ici, ou une aile là. Mais nous sommes face à un organisme vivant en état de croissance et de changement permanents, un organisme qui se développe et décline », *The Governance of England*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Fisher Unwin, 1922, p. 2.

<sup>97</sup> Cette période dura jusqu'à 1657. On trouvera une traduction en français du document en français et une introduction par Renan Le Mestre dans la revue *Jus Politicum*, « Les constitutions de l'Interregne en Angleterre (I) : l'*Instrument of Government* (1653) », n°5, 2010, <http://juspoliticum.com/article/Les-constitutions-de-l-Interregne-en-Angleterre-I-l-Instrument-of-Government-1653-texte-anglais-et-traduction-francaise-presentes-par-Renan-Le-Mestre-322.html>.

<sup>98</sup> La codification n'est pas une expérience étrangère aux anciens dominions, notamment à l'Australie qui fonctionne, tant au niveau fédéral que des États, avec des constitutions formelles, au moins partiellement. La fédération australienne connut également deux ambitieuses tentatives de codification en 1983 (à Adélaïde) et en 1985 (à Brisbane).

Par ailleurs, le comité sur les affaires politiques et constitutionnelles de la Chambre des communes britannique a par exemple réfléchi à l'adoption d'une constitution consolidée pour l'Angleterre, projet pour l'instant abandonné<sup>99</sup>. Ce projet était relativement ambitieux car il propose de détailler la structure institutionnelle existante. Le projet identifie trois mécanismes possibles : un code constitutionnel, une loi constitutionnelle ou une constitution écrite. Ces textes tentent de rendre compte de la réalité pratique de la constitution britannique.

Plus anecdotique, mais qui démontre l'attrait des auteurs pour la formalisation de la Constitution britannique, nous nous permettons de mentionner l'entreprise intellectuelle d'Anselme Batbie et Edouard Lafferrière qui ont tenté, dans leur ouvrage *les constitutions d'Europe et d'Amérique*, de présenter de façon ordonnée la constitution anglaise. Ils écrivent : « *A peine est-il besoin de prévenir les lecteurs que cet exposé est l'œuvre des auteurs ; on sait, en effet, qu'il n'existe point de Constitution anglaise à l'état de loi écrite, où les principes du droit public soient formulés par le législateur lui-même. Mais nous avons pensé qu'il était utile de recueillir et de coordonner les dispositions les plus importantes éparses dans de nombreux statuts, de les condenser en quelques pages*<sup>100</sup> ». Les auteurs soulignent ainsi la difficile appréhension de la notion et proposent une formalisation, *a minima*, des organes de gouvernement et des modalités de fonctionnement du système de gouvernement britannique<sup>101</sup>. Il convient enfin de mentionner le *Constitutional code* de Jeremy Bentham. Une œuvre monumentale, en neuf volumes, qui, malgré son intitulé, dépasse largement le cadre constitutionnel de l'analyse. Il s'agit davantage d'un projet de réforme de la société portant également une réflexion plus large sur le mécanisme de

---

<sup>99</sup> Political and Constitutional Reform Committee, *A New Magna Carta*, 2<sup>ème</sup> rapport, Londres, Chambre des communes, cm2014-415, 3 juillet 2014, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpolcon/463/46302.htm>. Soulignons également que dès le début du mandat de Tony Blair une dizaine de projets avaient été déposés en ce sens.

<sup>100</sup> E. LAFERRIÈRE, A. BATBIE, *Les constitutions d'Europe et d'Amérique*, Paris, Cotillon, Librairie du Conseil d'Etat, 1869, p. 410 à 463.

<sup>101</sup> E. LAFERRIÈRE, A. BATBIE, *Les constitutions d'Europe et d'Amérique*, op. cit., art. 79 et suivants de leur travail (p. 429). On trouve également une référence à la fonction élective du Parlement lorsque l'article 84 dispose « le cabinet fait partie du Conseil privé. Tous ses membres doivent, en outre, appartenir à l'une des deux chambres du Parlement », (p. 430). La question de la responsabilité politique n'est pas clairement mentionnée. Par ailleurs, l'article 88 propose une définition très limitée du Parlement en soulignant « Le Parlement se compose de deux chambres, la Chambre des lords et la Chambre des communes » (p. 341). En tout état de cause, la Couronne comme partie du Parlement preuve de l'unité du gouvernement a été oubliée. Par ailleurs, il n'y a aucune mention de l'avis ou de la fonction de premier ministre.

la codification. Ces exercices intellectuels, bien que stimulants, montrent toutefois les limites à la codification. Il est particulièrement difficile de décrire une constitution qui est l'incarnation de la création humaine, qui se révèle être un idéal intenable, un horizon indépassable, davantage qu'un idéal-type.

La difficulté de décrire la Constitution britannique tient en une phrase formulée avec une particulière clarté par le Professeur Baranger : « *les anglais ont l'art de ne pas parler de leurs institutions*<sup>102</sup> ». On pourrait ajouter : de manière précise ou systématique. L'examen de la constitution se définit par un ensemble varié de sources diverses. En réalité, l'absence de caractère formel de la constitution britannique, ce qui la définit le plus souvent, ne suppose pas l'absence d'écrit sur la Constitution britannique.

C'est justement cette nature structurellement composite qui a permis à la Constitution britannique de conserver cette place centrale dans l'esprit de tout observateur averti. Elle est tout à la fois un discours sur la constitution et un discours de la constitution. Dans une certaine mesure, cette forme de récit s'est transformée en discours politique. Cette évolution est sensiblement la même dans les anciennes colonies. C'est là tout l'intérêt de l'analyse de la formalisation ou de l'absence de formalisation volontaire dans les anciens dominions. Au-delà de la question centrale de la codification, les discours produits sur et à propos de la constitution, ont offert à la constitution de la métropole, la possibilité de s'interroger sur elle-même.

#### **IV – L'intérêt d'étudier les épigones de Westminster**

Dès qu'il est question du rapport entre l'Angleterre et ses anciennes colonies, l'expression qui vient à l'esprit est celle de « *modèle de Westminster* ». Le Professeur

---

<sup>102</sup> D. BARANGER, *Ecrire la constitution non écrite, une introduction au droit constitutionnel britannique*, op. cit., p. 35.

Ponthoreau met en garde contre le recours trop facile à l'idée de modèle : « *la notion de « modèle » est bien souvent commode pour désigner de manière vague et indéterminée une expérience étrangère qui sert de référence pour le travail constituant ou législatif. Toutefois, lorsque l'on s'interroge sur le poids d'un modèle et sur sa capacité à laisser son empreinte, la nécessité de le définir dans ses traits essentiels est inévitable, le but étant de démontrer sa valeur exemplaire*<sup>103</sup> ». Toutefois, Peter Kerr et Steven Kettell soulignent que « *les caractéristiques centrales de ce modèle sont désormais si bien connues qu'elles valent à peine d'être rappelées*<sup>104</sup> ». En effet, la nature même de l'Histoire des colonies britanniques tend à renvoyer facilement à l'idée d'un modèle et tout ce que cela sous-entend, une idée de copie ou tout le moins une volonté d'imitation, voire une logique de propagande<sup>105</sup>, visant à conforter une version idéalisée de l'Angleterre. Le Professeur Mény en développant l'idée de la séduction du recours à la théorie des modèles en droit explique : « *Voltaire et Montesquieu, les premiers, contribuent à construire un modèle, presque un idéal-type, en faisant de la Grande-Bretagne le pays qui réalise concrètement le mieux leurs aspirations à un gouvernement équilibré, à un système de pouvoirs séparés et limités. Et c'est là que se produit le glissement qui permet de passer de l'observation et de l'analyse des choses au prosélytisme en faveur d'un système politique idéalisé*<sup>106</sup> ». L'expression présente des facilités de compréhension évidentes mais ne saurait en réalité embrasser la richesse des situations rencontrées. L'idée d'un modèle est attribuée à Walter Bagehot qui l'aurait indirectement utilisée pour simplifier sa présentation de la Constitution britannique<sup>107</sup>. Alexandre Stanley De Smith sera, plus récemment, à l'origine de l'utilisation directe de la notion qu'il popularisera à l'occasion d'un article tout en soulignant « *le modèle de Westminster ne sera jamais un terme juridique proprement*

---

<sup>103</sup> M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 187. Elle précise : « *Il s'agit là d'une question récurrente pour le comparatiste car l'innovation en droit est rare. L'imitation est un phénomène aux ramifications complexes et profondes. Les voies du mimétisme sont en effet variées ; le chercheur ne doit notamment pas négliger le rôle des acteurs de l'imitation. Les strates d'un mimétisme institutionnel sont plus ou moins épaisses et plus ou moins identifiables selon le processus de réappropriation visant moins à copier qu'à adapter, même si ces auteurs prétendent le contraire, dans le but de bénéficier du prestige auquel ils se réfèrent* »

<sup>104</sup> P. KERR, S. KETTELL, « In defence of British politics: The past, present and future of the discipline », *British Politics*, vol. 1, n°1, 2006, p. 3 à 25.

<sup>105</sup> Y. MENY, « Introduction », (p. 7 à 37) dans Y. MENY (dir.), *Les Politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, l'Harmattan, 1993, p. 14

<sup>106</sup> Y. MENY, « Introduction », *op. cit.*, p. 13.

<sup>107</sup> R. A. W. RHODES, J. WANNA, P. WELLER, *Comparing Westminster*, Oxford University Press, 2009, p. 3.

*dit et le politologue voudra peut-être le manier avec prudence*<sup>108</sup> ». Dans un ouvrage de 1964, il rappelle que « *bien que connue de tous, l'expression « modèle de Westminster » doit être utilisée avec une grande prudence. Au sens le plus étroit il peut se définir comme un système de gouvernement dans lequel le chef d'Etat n'est pas chef de gouvernement ; dans lequel le chef du gouvernement est un Premier ministre dirigeant l'action d'un Cabinet composé de ministres sur lequel il a le contrôle ; la branche exécutive est de nature parlementaire en ce que les membres doivent être issus du Parlement. Les ministres sont individuellement et collectivement responsables devant une législature représentant le peuple, librement élue*<sup>109</sup> ». Il s'agit là du dénominateur commun à tout régime parlementaire moniste, classique. Pour tenter d'apporter de la substance à la notion, certains auteurs vont tenter de dégager des critères précisément observables de la notion pour parvenir à systématiser la notion<sup>110</sup>, sans réel succès. Finalement la définition qui semble la plus neutre se résume à un système de type parlementarisme<sup>111</sup>.

L'idée peut sembler séduisante mais rencontre très vite des limites. Ainsi, Meg Russell et Ruxandra Serban<sup>112</sup> s'attardent sur l'évolution de la notion et les différentes variations qui ont pu être utilisées pour poser le concept, qui au demeurant, reste un concept particulièrement flou et obsolète. Elles expliquent en effet qu'il existe en réalité une pluralité de sous-modèles dans le modèle. Cela induit que le modèle lui-même perd de sa substance. Dans le même sens, Roderick Rhodes, John Wanna et Patrick Weller expliquent que : « *le terme englobait diverses caractéristiques et croyances constitutionnelles et avait diverses fonctions : servir par exemple de « catégorie institutionnelle », de « légitimation de la tradition » ou d'« outil politique*

---

<sup>108</sup> S. A. DE SMITH, « Westminster's export models: the legal framework of responsible government », *Journal of Commonwealth Studies*, vol. 1, n°1, 1961, p. 3 à 16 (p.3).

<sup>109</sup> S. A. DE SMITH, *The New Commonwealth and its Constitutions*, Londres, Stevens & Sons, p. 77-78.

<sup>110</sup> R. A. W RHODES, P. WELLER, « Chapt 1 – Westminster Transplanted and Westminster Implanted : Exploring Political Change », dans H. PATAPAN, J. WANNA, P. WELLER, *Westminster Legacies, Democracy and Responsible Government in Asia and the Pacific*, Sydney, University of New South Wales Press, 2005, p. 1 à 12.

<sup>111</sup> On serait alors tenté d'y ajouter la France de la Vème République, si l'on se limite à la seule constitution formelle. Cela montre les limites de la modélisation.

<sup>112</sup> M. RUSSELL, R. SERBAN, « The Muddle of the 'Westminster Model': A Concept Stretched Beyond Repair », *Government and Opposition*, vol. 56, n°4, 2021, p. 744 à 764.

Des mêmes autrices : « Why there is no such thing as the 'Westminster model' », Blog PSA Parliaments, 12 août 2020, <https://psaparliaments.org/2020/08/12/why-there-is-no-such-thing-as-the-westminster-model/>

»<sup>113</sup> ». Ils insistent sur le caractère stérile de l'exercice visant à poser « *un ensemble d'institutions qui peuvent être établies comme un modèle idéal, compte tenu du degré de déviance par rapport au modèle initial*<sup>114</sup> ». En effet, compte tenu des évolutions récentes, on serait même tenté de souligner que la Grande-Bretagne ne fait elle-même plus partie du « modèle de Westminster ». Elle est devenue un produit dudit modèle. David Collier et James Mahon avertissent le lecteur en expliquant que la difficulté d'identifier un modèle tient en ce que « *celui-ci peut s'étirer d'un sujet à l'autre mais avec le temps, un sujet peut lui-même s'éloigner du modèle original*<sup>115</sup> ». Ledit modèle ne relève-il pas du mythe, d'une construction collective au service d'un récit romancé et rédigé par les vainqueurs<sup>116</sup> ? Il semble que ce soit l'idée d'un système de Westminster qui soit transportée<sup>117</sup>, davantage que le système lui-même. Haig Patapan, John Wanna et Patrick Weller expliquent que « *le modèle de Westminster ne dicte pas aux hommes politiques leur comportement. Il décrit comment le gouvernement pourrait être organisé. Il se fonde sur un ensemble partagé de croyances et un héritage qui créent des attentes et posent des règles qui guident et justifient les agissements. Les pratiques des systèmes de Westminster font état d'une résilience remarquable, survivant sous des régimes et des circonstances différentes à travers le monde*<sup>118</sup> ». Ces auteurs font ainsi état de la pluralité des modalités de réception du système de gouvernement britannique.

Ces analyses, souvent critiquées<sup>119</sup>, montrent que la querelle sur l'existence d'un prétendu modèle ou d'un héritage a encore de beaux jours devant elle.

---

<sup>113</sup> R. A. W. RHODES, J. WANNA, P. WELLER, Comparing Westminster, *op. cit.*, p. 8.

<sup>114</sup> *Ibid*, p. 224.

<sup>115</sup> D. COLLIER, J. MAHON, « Conceptual 'Stretching' Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis », *The American Political Science Review*, vol. 87, n°4, 1993, p. 845 à 855.

<sup>116</sup> Pour un point de vue critique de cette écriture rétrospective L. WHITEHAD, « The Westminster System 'Model' or 'Muddle'? », *Taiwan Journal of Democracy*, special issue, 2013, p. 9 à 38.

<sup>117</sup> A. F. MADDEN, « 'Not for export': The Westminster model of government and British colonial practice », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 8, n°1, 1979, p. 10 à 29.

<sup>118</sup> R. A. W. RHODES, P. WELLER, « Chapt 1 – Westminster Transplanted and Westminster Implanted: Exploring Political Change », dans H. PATAPAN, J. WANNA, P. WELLER, *Westminster Legacies, Democracy and Responsible Government in Asia and the Pacific*, *op. cit.*, p. 2. Nous soulignons.

<sup>119</sup> Pour une réponse: M. FLINDERS, D. JUDGE, R. RHODES, A. VATTER, « 'Stretched But Not Snapped': A Response to Russell and Serban on Retiring the 'Westminster Model' », *Government and Opposition*, vol. 57, n°2, p. 353 à 369.

Meg Russell et Ruxandra Serban ont répondu à leur tour: « Why it Is Indeed Time for the Westminster Model to Be Retired from Comparative Politics », *Government and Opposition*, vol. 57, n°2, p. 370 à 384.

C'est bien à cette idée de croyances et d'héritages partagés que nous consacrons cette recherche. L'intérêt de la comparaison est justement d'identifier ce socle commun qui a permis à ces graines plantées à travers le monde de devenir des systèmes prospères. Le Professeur Jean-Jacques Chevallier fait référence dans les premières pages de son ouvrage à ce lien qui unissait la métropole à ses colonies en empruntant une expression à Turgot en soulignant que « *les fruits se détachent de l'arbre dès qu'ils sont mûrs*<sup>120</sup> ». S'il nous était permis d'ajouter un élément à cette idée, ce serait que le fruit ne tombe jamais bien loin de l'arbre. Le système politique et institutionnel de la Grande-Bretagne est un cadre reçu en héritage que les épigones, justement, ont adapté. Nous nous apprêtons à raconter l'histoire d'une famille. En effet, d'une situation de dépendance, tel des mineurs, les dominions sont devenus de jeunes territoires autonomes avant de devenir des pays pleinement indépendants<sup>121</sup>, sans jamais oublier les liens qui les unissent entre eux et qui les unissent à la mère patrie. Ainsi, la Constitution britannique n'est en rien un modèle, elle est, si l'on devait nécessairement la qualifier, une matrice, un souffle qui a été transmis.

Toutefois, il était essentiel de définir les éléments les plus révélateurs du système de gouvernement britannique, qui sont, rappelons-le : le caractère historique et non codifié de celui-ci, lié en un tout par les conventions de la constitution. Ce système va, par l'histoire des anciennes colonies, se dessiner dans le discours d'abord avant de revêtir les habits de la loi pour finalement se décliner. En effet, la métropole, si peu encline à se définir formellement va toutefois avoir recours au formalisme et à la codification dans ses rapports avec les colonies. L'écrit est un outil essentiel de gouvernement, qu'il soit juridique ou non.

\*\*\*\*\*

---

<sup>120</sup> J. -J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, vol. 1, Paris, les éditions internationales, 1930, p. 30.

<sup>121</sup> I. JENNINGS, *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 1. Le vice chancelier explique en une phrase l'ambition de la métropole vis-à-vis de ses colonies « *convertir des territoires dépendants en pays indépendants* ». Il précisera « *Nous sommes convaincus que la politique du Gouvernement de Sa Majesté est d'élever tous les peuples des colonies à l'autonomie de gouvernement. Aujourd'hui cette vérité n'est plus remise en cause* » (p. 26).

La situation constitutionnelle des anciens dominions de la couronne britannique se trouve à mi-chemin entre un système de gouvernement fondé sur une constitution codifiée et un système de gouvernement qui ne voit dans l'écrit constitutionnel qu'une source parmi d'autres voire une source secondaire (à l'image de l'Angleterre).

Les constitutions formalisées de ces systèmes de gouvernement parlementaire sont idéales pour s'intéresser aux liens qu'entretiennent un système de gouvernement né d'une idée et la plume qui en dessine les contours<sup>122</sup>. La question est d'autant plus importante qu'elle s'inscrit dans une réflexion plus large sur les incidences de la formalisation sur le fonctionnement d'un système de gouvernement. Il s'agit d'étudier les incidences des différents degrés de formalisation, allant du discours politique à des mécanismes plus formels de codification comme la loi ou la consolidation dans une constitution ayant vocation à systématiser les principales règles du système de gouvernement.

\*\*\*\*\*

Le choix d'une recherche en droit constitutionnel comparé nourri un objectif immédiat. En effet, au-delà de l'intérêt intellectuel que cet exercice représente et de la richesse des enseignements qui peuvent en découler, il s'agit de présenter le développement de système de gouvernement qui ne bénéficient que de peu de littérature en français, notamment s'agissant de l'Australie<sup>123</sup> et de la Nouvelle-Zélande. Le Canada, par sa proximité linguistique, ou l'Angleterre sont des systèmes régulièrement étudiés. Arrivée à ce point de l'analyse, une question quant au choix des systèmes de gouvernement auxquels nous consacrons notre travail à savoir l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande, demeure. Ce choix s'explique non par un désintérêt vis-à-vis d'autres système de gouvernement qui auraient pu tout aussi bien aider à nourrir notre

---

<sup>122</sup> Idée notamment avancée par le Professeur Le Divillec « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n°4, 2010

<sup>123</sup> René Guyon *la constitution australienne de 1900*, Paris, A. Chevalier-Maresq, 1902, 293 pp. Cet ouvrage issu de la thèse de doctorat en droit de l'auteur livre l'une des première exégèse et mise en contexte de l'adoption de la constitution australienne en français.

réflexion en apportant un autre éclairage à la démonstration globale<sup>124</sup>. Le choix de ces trois pays s'explique tant par une parenté historique que constitutionnelle.

En effet, nous attribuons à ces trois systèmes de gouvernement la qualité d'épigones ; ils demeurent aujourd'hui l'incarnation de l'œuvre constitutionnelle du Parlement impérial. Les institutions britanniques y ont été transplantées formellement et elles y ont prospéré à leur manière. Ivor Jennings souligne : « *La constitution britannique a mûri avec le peuple britannique. Dans un territoire dépendant il est nécessaire de mettre en place des institutions par la loi qui, on l'espère s'adapteront aux conditions particulières dudit pays. Même dans des lieux où la population est semblable à la population britannique, la transplantation des institutions britanniques se développera probablement de manière différente car le sol y est différent*<sup>125</sup> ».

Ainsi, les trois pays retenus présentent une identité commune mais pas identique, une unité dans la diversité. Cette approche s'inscrit directement dans l'idée d'héritage, sous-entendue par l'idée même d'épigones que nous préférons à modèle. Par ailleurs, au-delà de cette trajectoire commune, les développements démontrent que les rapports entre ces systèmes vont évoluer. Au départ, les yeux étaient tournés vers la métropole, la mère-patrie. Les revendications pour l'autonomie de gouvernement se fondaient sur le fonctionnement de la Chambre des communes britannique et les rapports que la représentation entretenait avec la population. Ces revendications vont d'ailleurs aider à poser les contours de cette modalité de gouvernement. Progressivement, les anciennes colonies vont s'inspirer les unes des autres. Les évolutions à l'œuvre par-delà les océans vont permettre au système de Westminster de s'interroger sur lui-même, de réaliser une forme d'introspection et de consolider, dans une certaine mesure, son propre système de gouvernement. Finalement, c'est la métropole qui s'inspirera de ses enfants donnant corps à la définition donnée par Arthur Balfour en 1926 « *des Communautés autonomes au sein de l'Empire britannique, de statut égal, aucunement subordonnées les unes aux autres dans quelque aspect que ce soit de leurs affaires*

---

<sup>124</sup> Ainsi il eut été passionnant de s'intéresser à l'Inde, à l'Afrique du Sud ou encore à la région des Caraïbes.

<sup>125</sup> I. JENNINGS, *The Approach to Self-Government*, op. cit., p. 34.

*intérieures ou étrangères, mais unis par leur allégeance commune à la Couronne, et librement associées en tant que membres du Commonwealth britannique des Nations* » ; une communauté d'égaux unis par une histoire et un héritage communs qui partagent encore aujourd'hui un lien, si affaibli qu'il puisse paraître<sup>126</sup>. Le *Commonwealth* des Nations existent toujours aujourd'hui par la volonté de ses membres d'y prendre part. Il est le résultat d'une volonté, de la redéfinition de la domination de l'Empire en société de collaboration, une forme fédérative originale<sup>127</sup>. Conscient du chemin que nous empruntons<sup>128</sup>, nous nous proposons de rendre compte du phénomène d'imprégnation et d'inspiration constitutionnelle, celui de circulation des idées et des concepts, à l'image d'un objet que l'on reçoit, d'un héritage dont on dispose. Benjamin Disraeli explique : « *une constitution n'est pas une simple loi. Il s'agit d'un système de gouvernement qui dépend de ceux qui le manipule. Transporter le système parlementaire britannique dans un autre pays revient à en changer la nature. Que celle-ci fonctionne correctement ou pas ne dépend pas de ses qualités ou défauts intrinsèques mais des traits propres aux individus qui lui donnent vie*<sup>129</sup> ». La constitution apparaît ainsi comme un organisme autonome qui réagit à son environnement et qui produira, et cela peu importe sa forme, un résultat différent. Nous le verrons, en administrant les colonies, les premières chartes de fonctionnement plutôt rudimentaires se transformeront en constitution formelle, retranscrivant uniquement les organes de gouvernement de la métropole.

\*\*\*\*\*

L'histoire constitutionnelle des épigones de Westminster a inspiré la structure de ce travail. En effet, tout en ayant une histoire individuelle et singulière, ces derniers s'inscrivent dans une tradition juridique et politique qui les a précédés mais qu'ils ont contribué à construire et enrichir.

---

<sup>126</sup> Une esquisse de remise en cause de l'existence du Commonwealth des nations est abordée en conclusion à la page.

<sup>127</sup> Cette évolution est particulièrement bien décrite par le Professeur Thibault Guilluy, *Du « self-government » des dominions à la dévolution, recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2018, 460 pp.

<sup>128</sup> J. -J. CHEVALLIER, *Evolution de l'Empire britannique*, Paris, Editions internationales, 1931, 2 tomes, 1068 pp.

<sup>129</sup> I. JENNINGS, « Disraeli and the Constitution », art. cit.

Nous proposons ainsi une analyse du discours sur la constitution et du discours de la constitution. La numérotation tant des titres que des chapitres suit une numérotation croissante. Ce choix entend permettre une lecture individuelle des chapitres, sans perdre l'unité de la démarche globale.

La construction de l'ordre constitutionnel des anciens dominions apparaît à ce titre une étape préalable indispensable offrant une analyse de l'évolution et de l'enracinement de la notion de constitution. Les premiers textes conçus comme des outils d'administration coloniale évolueront. En effet, l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande se verront dotés d'une architecture constitutionnelle formelle (**partie 1**). La naissance et l'enracinement de ces constitutions se réalisa en creux de la plume, bien que l'écrit ait toujours occupé une part essentielle du développement de ces ordres constitutionnels. Les expériences de codification et de formalisation démontrent la difficulté de toute entreprise de systématisation par la norme formelle (**partie 2**). En définitive, la constitution opère selon une question de degré de consolidation, les constitutions dites formelles et coutumières ne sont que les deux extrêmes d'une même notion.

## Partie 1<sup>ère</sup> : la construction de l'ordre constitutionnel des épigones de Westminster

---

*« Lorsque les institutions politiques des colonies furent d'abord mises en place... Les constitutions n'avaient pas l'ambition de devenir des organes politiques autonomes, mais de n'exercer que quelques fonctions limitées. Toutefois, ces institutions devinrent, en réalité le cadre politique de nations en devenir, la réalité de ce sentiment national transcende les institutions des origines<sup>1</sup> ».*

---

<sup>1</sup> R. T. E. LATHAM, *The Law and the Commonwealth*, Londres, Oxford University Press, 1949, p. 579.

La première partie s'attarde sur la construction de l'ordre constitutionnel des épigones de Westminster. Au-delà de l'intérêt historique du sujet que cette question entend résoudre, l'enjeu est de présenter les étapes du développement de l'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande. Il s'agit également de définir les premiers outils d'administration des colonies et de voir comment les revendications pour l'autonomie locale se sont construites. Ces revendications reposent sur les premières chartes coloniales. A cette occasion, deux logiques institutionnelles commencent à cohabiter : la constitution formelle et la constitution matérielle. L'Empire britannique est dans l'obligation de s'interroger sur ses propres conceptions politiques pour poursuivre son existence.

L'origine de la désignation d'Empire britannique est attribuée à Alexandre Campbell en 1852<sup>2</sup>, s'inspirant de Charles Quint. L'Empire britannique est défini comme un empire sur lequel le soleil ne se couche pas. Les possessions britanniques et les territoires annexés se caractérisent par leur diversité. La nature homogène de la domination britannique est symbolisée par une distinction entre les foyers de peuplement obtenu par les colons anglais<sup>3</sup> et les territoires obtenus par conquête ou par cession. La jurisprudence comme la doctrine ont utilisé cette distinction pour poser les modalités d'administration des territoires par la Couronne<sup>4</sup>.

L'étude proposée dans ces pages est consacrée à l'Australie, au Canada et à la Nouvelle-Zélande, considérés comme des foyers de « *peuplement blancs* »<sup>5</sup>. Ces trois dominions ont connu une évolution similaire d'un point de vue constitutionnel.

Consacrer une première partie à l'établissement du système parlementaire peut sembler loin de l'objet principal de cette recherche. En effet, la mise en place du régime parlementaire n'était pas une évidence ; au contraire, la métropole était, à l'origine,

---

<sup>2</sup> A. CAMPBELL, *Popular Lectures and Addresses*, Londres, James Challen & Son, 1852.

<sup>3</sup> Comme l'Australie.

<sup>4</sup> Calvin's Case (1608), 77 ER 377, (1608) Co Rep 1a ou Campbell v Hall (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 104.

<sup>5</sup> Cette définition, souvent retenue, est loin de refléter la réalité. En effet, elle ne trouve à s'appliquer qu'à l'Australie en réalité. S'agissant du Canada et de la Nouvelle-Zélande, le premier a été cédé à la Couronne britannique en 1763 et le deuxième obtenu par un biais discutable, lors de la signature du Traité de Waitangi en 1852. Voir P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>ème</sup> éd, Wellington, Thomson Reuters, 2021, p. 67.

formellement opposée à l'octroi de ce qui sera défini, par la suite, comme le système du gouvernement responsable. La question des rapports entre le droit constitutionnel non codifié, notamment issu de la constitution coutumière britannique et le cadre constitutionnel formel des épigones de Westminster ne peut faire l'économie de l'examen de l'essor et de l'enracinement des mécanismes du gouvernement parlementaire dans les colonies. Sans prétendre démontrer une quelconque volonté de transplanter les institutions britanniques dans les colonies, c'est bien la flexibilité institutionnelle de l'Angleterre cumulée aux revendications des sujets de Sa Majesté dans les colonies ou encore la clairvoyance<sup>6</sup> des membres du gouvernement britannique – notamment de certains membres du *Colonial Office*<sup>7</sup> – qui ont permis à l'Empire de devenir le *Commonwealth of Nations*.

En effet, l'Empire a connu un tournant dans son histoire qui aurait pu aboutir à la disparition, à la dislocation de l'une des plus grandes créations juridiques et culturelles du XX<sup>ème</sup> siècle. Il ne s'agira sûrement pas ici de rejouer les étapes de l'évolution de l'Empire devenu, *Commonwealth of Nations*, décrite notamment par les professeurs Jean-Jacques Chevallier<sup>8</sup> ou Thibault Guilluy<sup>9</sup>, s'agissant de la littérature française. Ce sujet a fait l'objet d'une analyse détaillée par Winston Churchill<sup>10</sup> ou d'un monumental ouvrage de Cambridge consacré à l'histoire et à l'évolution de l'Empire<sup>11</sup>.

L'Empire, devenu une communauté, est avant tout une famille, une communauté humaine qui partage un héritage commun. Une famille se construit en plusieurs étapes. Les enfants sont d'abord sous la tutelle et la dépendance des parents. Cette première étape de la vie se caractérise par l'apprentissage de la discipline<sup>12</sup> et le respect de l'autorité parentale. Il est également important pour les parents de reconnaître

---

<sup>6</sup> Pour certains l'activisme, pour d'autre la prudence.

<sup>7</sup> Tels Thomas Bruce, Lord Elgin, John Lambton Lord Durham ou George Grey et le Comte Henry Grey.

<sup>8</sup> J.- J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, Paris, Les éditions internationales, 2 volumes, 1930, 1168 pp.

<sup>9</sup> T. GUILLUY, *Du « Self-Government » des dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2018, 460 pp.

<sup>10</sup> P. ADDISON, *Churchill: The Unexpected Hero*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 320 pp.

<sup>11</sup> *The Cambridge History of the British Empire*, série de 8 volumes publiée entre 1929 et 1961 (Cambridge, Cambridge University Press).

<sup>12</sup> Ce premier développement peut se caractériser par la gestion autoritaire des colonies.

l'individualité de chaque enfant<sup>13</sup>. Les enfants vont ensuite avoir tendance à prendre leurs distances par rapport aux parents. Ces derniers réclameront davantage de liberté. Cette liberté pourrait effrayer des parents attachés à l'unité de la famille, mais elle est une nécessité et une marque de confiance. Cette étape peut parfois séparer les familles<sup>14</sup>. Il s'agit alors de chercher un moyen de trouver un compromis, un terrain d'entente pour préserver, une nouvelle fois, l'unité de la famille<sup>15</sup>. Vient alors le moment où les parents se retirent de la vie des enfants tout en conservant un lien privilégié avec chacun d'eux<sup>16</sup>. A ce titre, les épigones de Westminster sont restés, dans une certaine mesure, fidèle à l'héritage de Londres<sup>17</sup>. Ce lien privilégié, cet héritage n'a pas empêché chacun des épigones d'adopter des systèmes de gouvernement teintés d'une couleur locale<sup>18</sup>.

Il pourrait sembler contre-intuitif de consacrer un premier développement à l'enracinement du gouvernement parlementaire dans les dominions, tant l'objet de notre étude porte sur l'influence des règles constitutionnelles non codifiées dans le fonctionnement des institutions. Cette question, comme nous l'avons rappelé dans l'introduction, est davantage une question qui invite à s'interroger sur la nature de la Constitution britannique. Dans les systèmes australien, canadien et néozélandais, l'écrit occupe une place importante, certes, mais nullement centrale. En cela, les trois systèmes retenus sont les héritiers, les produits du système constitutionnel coutumier de l'Angleterre. La formalisation constitutionnelle dans le fonctionnement des institutions des dominions (d'abord colonies) a occupé une place, somme toute,

---

<sup>13</sup> Certains auteurs, comme Jeremy Bentham, n'hésitent pas à critiquer la gestion autoritaire de la Couronne sur les colonies, sans tenir compte des particularités (historique, économique, géographique ou religieuse) de chacune des composantes de l'Empire.

<sup>14</sup> Tel fut d'ailleurs le cas avec l'indépendance des colonies américaines qui fût vécue comme un traumatisme par une partie de la classe politique britannique du XVIII<sup>ème</sup> siècle.

En effet, Disraeli n'hésita pas à souligner que l'indépendance est inévitable, idée citée dans J.- J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 179

<sup>15</sup> Cette étape pourrait être rattachée au moment de l'octroi par l'Angleterre d'institutions représentatives.

<sup>16</sup> P. CLEGG (dir.), *Brexit and the Commonwealth, What's next?* Londres, Routledge, 2019, 166 pp.

<sup>17</sup> R. W. STERN, « Chapt. 2 - India's Westminster System », dans H. PTAPAN, J. WANNA, P. WELLER (dir.), *Westminster Legacies*, Sydney, University of New South Wales Press Book, 2005, p. 13 à 35. A ce titre, l'exemple de l'Inde est tout à fait saisissant. La Constitution indienne de 1949 tout en donnant naissance à la République fédérale de l'Inde n'a pas conduit à une rupture sèche et brutale avec la métropole. L'Inde a été reconnue la même année membre plénipotentiaire du *Commonwealth* (sans reconnaître une allégeance à la Couronne britannique comme chef du *Commonwealth*).

<sup>18</sup> On pensera, par exemple, à l'abrogation du Conseil Législatif en Nouvelle-Zélande en 1950 ou encore à l'introduction du scrutin mixte en 1993, avec des circonscriptions réservées à la population maorie. A titre d'exemple, les sénats canadien ou australien se sont construits sur des bases complètement différentes, le premier n'a qu'une existence nominale et symbolique – de nombreux projets appellent à sa refonte ou sa suppression définitive – le second est un organe de premier plan dans les rapports institutionnels de la Fédération australienne.

secondaire. En effet, l'essentiel des mécanismes institutionnels se trouvent dans des documents secondaires, des instructions, des lettres patentes, dont la formulation, au-delà d'être souvent uniformisée ou stéréotypée, est lacunaire. Dans le même sens, les lois constitutionnelles adoptées par le Parlement britannique se limitaient souvent à poser un cadre général très restreint nécessaire à l'administration des colonies.

Il sera démontré que, d'un point de vue purement formel, il n'était nullement question de reconnaître, au moins au début, aux colonies les bienfaits du gouvernement parlementaire (tout juste ressentis en Angleterre). Ainsi, il semble pertinent de s'intéresser d'abord aux lois portant constitution – adoptées dans les colonies (**titre 1**) – qui avaient vocation, au moins dans leur intitulé<sup>19</sup>, de reconnaître à ces dernières une part d'autonomie dans leur administration, avant de s'attarder sur le développement et l'enracinement du gouvernement parlementaire, né de la pratique institutionnelle des colonies. Ce système parlementaire, qui se développera sur la fondation, la racine commune du gouvernement responsable issue de l'évolution du système britannique, ne sera codifié qu'à la marge dans les dominions<sup>20</sup>. Il ne se trouvera formalisé qu'en filigrane, tel un élément caché à la lecture première<sup>21</sup> et ne se donnera à voir qu'au prisme de cette histoire particulière qu'est celle des dominions. Par ailleurs, la formalisation des rapports entre la métropole et ses dépendances ne fera l'objet que d'une reconnaissance *a minima* à l'issue des conférences impériales (**titre 2**), notamment symbolisée par le *Colonial Law Validity Act*<sup>22</sup> de 1865 et surtout le statut de Westminster de 1931<sup>23</sup>. Cette évolution, hors de toute reconnaissance formelle, est également renforcée par un changement de rôle des représentants de la Couronne dans les dominions. En effet, l'essor du statut de dominion, et notamment la réception du Statut de Westminster en 1931 et 1947<sup>24</sup>, va conduire à un changement de posture des représentants de la Couronne. Les gouverneurs, toujours responsables formellement

---

<sup>19</sup> Le projet de fond est nettement moins clair. En effet, sous couvert d'institutions apparemment représentatives, la métropole maintenait, au moins au départ, une tutelle ferme sur ses colonies, de peur de revivre les événements de l'Indépendance américaine.

<sup>20</sup> L'objet du second chapitre est de démontrer que les constitutions fédérales du Canada et de l'Australie ont été élaborées avec la volonté assumée d'introduire le gouvernement parlementaire (déjà mis en place dans les différents territoires).

<sup>21</sup> J. - J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., p. 43.

<sup>22</sup> *Colonial Law Validity Act* 1865, 28 & 29 Vict., c. 63.

<sup>23</sup> 22 Geo. V, c. 4.

<sup>24</sup> Le Canada adoptera la loi en 1931 (à l'exception du dominion de Terre-Neuve en 1934), suivi de l'Australie en 1942 et enfin la Nouvelle-Zélande en 1947.

devant la Reine, seront soumis aux décisions des gouvernements locaux. Ce changement de conception du rôle de chef de l'exécutif dans les épigones n'a été rendu possible que par le biais d'une redéfinition de la place de la Couronne dans les institutions. Jusqu'ici indivisible, chacune des anciennes colonies va se doter d'une Couronne distincte<sup>25</sup>, portée en réalité par la même personne.

L'objet de ce premier développement est de démontrer que la constitution est une norme ouverte dans laquelle la codification n'occupe pas une place centrale mais se limite, tout au plus, à poser un cadre laissant la constitution matérielle prospérer.

---

<sup>25</sup> La notion de divisibilité de la Couronne sera poussée à son paroxysme en Australie, pays où cohabitent sept couronnes (une couronne fédérale et une couronne pour chacun des six Etats). Cette situation évoluera avec l'adoption des *Australia Acts* de 1986.

La notion de divisibilité de la Couronne a été reconnue à l'occasion de la conférence impériale de 1926 en affirmant l'enracinement du gouvernement responsable dans les dominions. Cette idée est au cœur de l'analyse de Lord Denning dans la décision *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Indian Association of Alberta* (1982) 1 Q.B. 892. Pour une analyse détaillée, A TWOMEY, « Responsible Government and the Divisibility of the Crown », *Public Law*, n°4, 2008, p. 742 à 767.

## TITRE 1 : LES PREMIERES CONSTITUTIONS COLONIALES – L’ECRIT COMME OUTIL D’ADMINISTRATION

« *Le réel problème dans tout pays, notamment dans des pays en marche vers l'autonomie locale ne réside pas dans la rédaction d'une constitution [formelle] ou dans l'adoption de lois, mais dans le fait de trouver des hommes et des femmes capables de faire fonctionner le gouvernement*<sup>1</sup> ».

L'expansion britannique<sup>2</sup> avait vocation à étendre la domination anglaise sur la terre comme sur la mer. La nature particulière de la construction de l'Empire britannique a conduit la jurisprudence, comme les auteurs, à s'interroger sur l'autorité compétente pour administrer les territoires de ces nouvelles possessions. La distinction entre territoires acquis par la conquête et territoires obtenus par cession ou héritage,<sup>3</sup> établie dans la décision *Calvin* et développée par Blackstone sera très vite remise en cause<sup>4</sup>. Elle visait à établir des fondements juridiques différents dans l'exercice du gouvernement et la réception de la *common law*. Alors que les territoires acquis par la conquête supposaient l'usage de la prérogative comme fondement<sup>5</sup>, les territoires obtenus par cession ou héritage supposaient nécessairement la réception de l'ensemble des lois du Parlement britannique et les institutions qui les accompagnaient. Cette distinction a été neutralisée par la décision *Campbell* de 1774<sup>6</sup> qui visait à renforcer la

---

<sup>1</sup> I. JENNINGS, *The approach to Self-government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 24.

<sup>2</sup> J. A. WILLIAMSON, « Chapter VII – The Beginning of an Imperial Policy », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. I The Old Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929 p. 207 à 238 (notamment p. 215 l'auteur livre une analyse de l'ordonnance parlementaire du 3 octobre 1650, précisant, dans son préambule, une définition de la « doctrine impériale »). La politique impériale sera encore renforcée avec l'adoption du *Navigation Act* 1651, 12, ChaII, c. 18.

<sup>3</sup> Voir développement *supra*.

<sup>4</sup> Notamment par la décision *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp 204, 98 ER 1045 ou encore *Freeman v. Fairlie* (1828), 1 Moore Ind App, 306.

<sup>5</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, St Paul, West Publishing Co, 1897, p. 31 et 32. Voir également l'opinion du juge Coke dans *Calvin Case's (Postanti Case)*, (1608), 77 E.R. 377.

T. GUILLUY, *Du « Self-Government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et le développement de la Constitution Britannique*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de O. Beaud, Paris, Paris II, 2014, p. 322 ou 386.

<sup>6</sup> *Campbell v. Hall*, (1774), 1 Cowp 204, 98 ER 1045.

compétence du Parlement britannique dans l'administration des colonies. Cette décision est d'ailleurs concomitante à l'adoption du *Quebec Act* de 1774<sup>7</sup>, considéré comme l'une des premières lois du Parlement de Westminster à portée constituante.

A la question de la réception du droit anglais se greffe celle de l'établissement d'organes de gouvernement, notamment des institutions représentatives. Cette forme de gouvernement était considérée par les colons britanniques comme un droit de naissance, un héritage obtenu de longue date. Arthur Berriedale Keith considère que l'héritage de la *common law* est semblable à de la poussière que les pionniers portaient sur leurs chaussures, à un « *poids que ces derniers portaient sur leurs épaules et dont ils sont déchargés au moment de leur arrivée*<sup>8</sup> ». Cette idée renvoie à un droit de naissance dont disposaient tous les sujets de la Couronne britannique. Cela explique sans doute pourquoi les premières chartes commerciales établissaient souvent des institutions formellement représentatives, sans pour autant prévoir les moyens d'un véritable contrôle de la politique menée par l'exécutif colonial. Les exécutifs coloniaux étaient en réalité soumis à la métropole londonienne<sup>9</sup>. La construction et le développement de l'Empire sont davantage guidés par l'expédient politique que par un projet organisé et conscient.

La période qui précède l'établissement du régime parlementaire dans les dominions permet de critiquer l'expression de « modèle de Westminster ». En effet, cette idée communément admise sous-entend une volonté consciente d'exporter un schéma. Cette expression renvoie à une analyse *a posteriori* de l'Histoire, qui entend valider l'idée suivant laquelle les premières chartes coloniales, lettres patentes ou instructions royales avaient vocation à transposer le système en vigueur dans la métropole. On y trouve certes, une proximité institutionnelle mais il serait faux d'y voir la transposition de « *miniatures de la Constitution anglaise*<sup>10</sup> ». Le constituant de

---

<sup>7</sup> 14, GeoIII, c. 83.

<sup>8</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, vol. 1, Londres, Clarendon Press, 1912, p. 40 et suivantes ; voir également *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129.

<sup>9</sup> T. GUILLUY, *Du « Self-Government des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et le développement de la Constitution Britannique*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2018, p. 308 pour des développements précis de cette question.

<sup>10</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, vol. 1, *op cit*, p. 4 et 5.

Westminster ne disposait pas de « *plan clairement défini*<sup>11</sup> » La réalité est bien plus pragmatique : la volonté première de Londres était simplement de donner à ses dépendances des outils de gouvernement tout en assurant la garantie des intérêts de l'Empire. Il s'agissait de limiter, tant que faire se pouvait, la tyrannie de la distance et maintenir, l'unité de l'Empire. Ainsi, le droit constitutionnel, plus largement le droit constitutionnel formel « des origines » dans les dominions, prend toute sa dimension d'« instruments de gouvernement ». Ces outils institutionnels prévoyaient également dans leur lettre<sup>12</sup> un mécanisme de tutelle susceptible de préserver cette unité qui sera mise à mal par l'indépendance des Treize Colonies.

L'étude de l'établissement de la présence britannique dans les colonies du Canada et de l'Australasie permet de souligner la diversité des situations (**chapitre 1**), tout en constatant une uniformité dans les trajectoires institutionnelles et les modalités d'administration de ces dépendances impériales symptomatiques d'une dépendance clairement affichée (**chapitre 2**). Cette mise en perspective historique vise à affirmer la nature pragmatique du développement de l'Empire, mais également à étudier la nature autocratique des premiers gouvernements coloniaux sans jamais exclure l'octroi d'institutions représentatives. L'écrit apparaît ici comme une nécessité. En effet, par opposition à la Constitution britannique, fruit de l'expérience, la tyrannie de la distance nécessite un cadre formel au moins *a minima*. Cette première période permettra également de révéler la nature stratifiée du droit constitutionnel des dominions. En effet, aux premières modalités d'administration prévues par voie de lettres patentes et de chartes, vont progressivement se substituer des lois du Parlement impérial.

---

<sup>11</sup> S. A. DE SMITH, *The New Commonwealth and its Constitutions*, London, Stevens & Sons, 1964, p. 78.

<sup>12</sup> Cette idée se ressent par deux éléments importants d'une part, chacun de ces outils sont personnalisés. En effet, les lettres patentes fondement institutionnel des colonies sont remises à un titulaire identifié qui dispose d'un pouvoir délégué par la Couronne britannique. D'autre part, les outils de réserve et d'abrogation, bien que vite abandonnés, permettaient à la métropole d'exercer un contrôle des décisions prises dans les colonies. Ces constitutions originelles revêtent, dans une certaine mesure une dimension stéréotypée.

## Chapitre 1 : L'établissement de la présence britannique dans les dominions

*« Fût-il compris ce problème [de la distance, des besoins et des intérêts distincts] entre 1606, date à laquelle la première colonie américaine, la Virginie, est fondée, et 1776, année de la déclaration d'Indépendance ? On peut certes répondre que non. (...) L'Angleterre ne pouvait se dérober à la recherche de sa solution<sup>1</sup> ».*

Sans prétendre reprendre l'histoire du premier Empire ou les événements qui ont conduit à l'indépendance des Treize Colonies<sup>2</sup>, il semble toutefois nécessaire de revenir sur les faits qui ont mené à l'établissement de la souveraineté britannique sur les colonies appelées à devenir dominions, puis Etats indépendants<sup>3</sup>. Le point de départ de cette histoire se situe sur le continent américain. En effet, le Canada a toujours eu, aux yeux de la métropole, un statut particulier compte tenu de sa proximité avec les Treize Colonies. Rapidement, la métropole a craint la propagation des idées républicaines et révolutionnaires<sup>4</sup>, forçant la mise en place d'une nouvelle politique. A ce titre, une attention particulière a été accordée à l'administration de l'Amérique du Nord Canadien et notamment à la province du Québec (**section 1**). Ce relatif intérêt contraste avec le désintérêt assumé pour d'autres colonies comme l'Australie ou la Nouvelle-Zélande qui ne représentaient, à l'origine, qu'un moyen à l'appui d'une fin : une solution au problème de la surpopulation carcérale (**section 2**).

---

<sup>1</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'Évolution de l'Empire Britannique*, Paris, les éditions internationales, 1930, vol.1, p. 17.

<sup>2</sup> Sur cette question voir notamment J.-J. CHEVALLIER, *L'Évolution de l'Empire Britannique*, op. cit., vol. 1, p. 13 à 32 (chapitre 1er) et T. GUILLUY, *Du « Self-Government des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et le développement de la Constitution Britannique*, op. cit, p. 325 et suivantes.

Voir également T. GUILLUY, « La conception de l'Empire dans l'histoire britannique (XVI-XVIIIème siècle) : entre unité et union », *JusPoliticum*, n°14, juin 2015, p. 1 à 24.

<sup>3</sup> Cette évolution peut être reformulée en se concentrant sur l'évolution d'un système autocratique vers l'octroi d'une certaine autonomie (*self-government*) pour devenir indépendance (*responsible government*).

<sup>4</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'Évolution de l'Empire Britannique*, op. cit., vol. 1, p. 41.

Dans un souci de clarté et de lisibilité, l'analyse chronologique se révèle plus pertinente pour dépeindre le développement de ces composantes de l'Empire. Cette période débute avec les premières expériences de colonisation et s'achève avec les premières réflexions relatives à l'adoption de lois portant constitution pour les colonies et l'octroi d'un système représentatif limité qui sera, par la suite, élargi<sup>5</sup>.

## **Section 1 : L'établissement de la souveraineté britannique en Amérique du Nord canadienne**

Le Canada représente un véritable laboratoire constitutionnel. La volonté de préserver l'unité de l'Empire force les autorités coloniales à proposer des mécanismes d'administration originaux avant de les généraliser aux autres possessions britanniques. L'intérêt pour le Canada se révèle à compter de 1763, date à laquelle l'indépendance des Treize Colonies apparaît comme une réalité de plus en plus perceptible. Jean-Jacques Chevallier souligne que le Traité de Paris de 1763 symbolise le début de la carrière britannique du Canada<sup>6</sup>.

La présence britannique au Canada (**sous-section 1**), bien qu'établie de longue date, était d'abord minimale et limitée à quelques comptoirs commerciaux créés par le biais de chartes ou de lettres patentes avant de se généraliser avec le tournant de la guerre de Sept Ans (**sous-section 2**).

### **Sous-section 1 - Les premières expériences de colonisation du Canada**

La découverte du Canada est attribuée aux Vikings islandais qui, en l'an 1.000, auraient tenté d'y établir un foyer de peuplement sans y parvenir. Plus tard, en 1472, un navigateur danois du nom de John Scolp accosta sur les côtes de la province

---

<sup>5</sup> Cette idée est développée au chapitre 1 du titre 2 de la présente partie.

<sup>6</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'Evolution de l'Empire Britannique*, op. cit., vol. 1, p.35.

maritime du Labrador. En 1497, Giovanni Caboto navigua vers les côtes du Labrador au nom du Roi Henri VII<sup>7</sup>. Ce dernier accorda des titres de commerce, par lettres patentes, à des marchands de Bristol à partir de 1501<sup>8</sup> pour encourager l'exploitation de ce nouveau territoire. L'intérêt des nations européennes, financier d'abord, explique que la présence au Canada des premiers pionniers était d'abord organisée par des chartes commerciales semblables à ce qui existait dans les colonies américaines<sup>9</sup>. William Paul McClure Kennedy, dans son analyse de la Constitution canadienne, souligne que « *l'histoire des premiers établissements au Canada relève davantage d'une volonté commerciale que d'un projet de colonisation*<sup>10</sup> ». Cette brève analyse démontre la nature pragmatique du projet britannique, bien loin d'une volonté de colonisation systématique et réellement organisée.

### A – L'établissement de la présence française en Nouvelle-France

La présence française au Canada est attribuée à l'Amiral de Brion, Philippe Chabot, qui encouragea le Roi François I<sup>er</sup> à l'étendre dans la région<sup>11</sup>. Cette mission fut confiée à Jacques Cartier qui proclama la souveraineté française sur le territoire de la Nouvelle France en 1534 et y établit la colonie du Canada<sup>12</sup> lors de son second voyage en 1535. Ce dernier se vit également octroyer une concession afin de tirer profit de sa découverte, qu'il fut d'ailleurs encouragé à poursuivre. Toutefois, il n'y eut pas de réelle colonisation, l'intérêt pour ce nouveau territoire étant surtout de nature commerciale.

---

<sup>7</sup> G. LANCTOT, « Chapter II – The Founding of Acadia and Canada », dans J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. VI Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1929, p. 17 à 46 (notamment p. 17 et suivantes).

J. A. WILLIAMSON, « Chapter II – England and The Opening of the Atlantic », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. I The Old Empire*, op. cit., p. 22 à 54 (notamment p. 26).

<sup>8</sup> J. A. WILLIAMSON, « Chapter II – England and The Opening of the Atlantic », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. I The Old Empire*, op. cit., p. 27.

A. P. NEWTON, « Chapter V - Newfoundland to 1783 », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 119 à 145 (notamment p. 120).

<sup>9</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, Londres, Oxford University Press, 1922, p. 7.

<sup>10</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p.8.

<sup>11</sup> G. LANCTOT, « Chapter II – The Founding of Acadia and Canada », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 19.

<sup>12</sup> En réalité Jacques Cartier aurait utilisé le mot Canada au lieu de Kanata, un terme iroquois visant à définir « hutte » ou « village ». Entrée Canada dans J. H. MARSH, *The Canadian Encyclopedia*, 3ème éd, McClelland, 1999, p. 355.

Le territoire de la Nouvelle-France était composé, jusqu'au traité d'Utrecht en 1713, de cinq colonies<sup>13</sup> indépendantes chacune dirigée par une administration autonome. L'expansion de la présence française est à mettre au crédit de Jean-François de La Rocque de Roberval qui se vit attribuer un monopole commercial sur le territoire de la Nouvelle France en 1598 et Samuel Champlain, responsable de l'établissement des colonies de Port Royal<sup>14</sup> en 1605 et Québec en 1608.

Le système mis en place était centralisé et autoritaire. L'autorité royale y était exercée par délégation et sans véritable contrôle de la France. Confronté à une mauvaise gestion et à des abus de pouvoir, le Roi tenta de récupérer le contrôle sur l'autonomie concédée par les chartes commerciales. En effet, les premiers gouvernements se caractérisaient par une délégation de pouvoir, accordée par le Roi, à une compagnie commerciale. Ces dernières désignaient un gouverneur nommé par la Couronne. Devant les profits grandissants de la Compagnie des Habitants établie au Québec et les conflits relatifs à sa direction, Louis XIV adopta un règlement le 27 mars 1647<sup>15</sup> qui visait à réorganiser l'administration de la colonie. Le Conseil de Québec, composé du gouverneur de Nouvelle-France, du représentant jésuite dans la colonie et du gouverneur de Montréal, fut établi. Y siégeaient également des membres élus par ledit Conseil et les syndics des habitants de Trois-Rivières, Montréal et Québec<sup>16</sup> qui ne disposaient pas de voix délibérative et n'exerçaient donc qu'une fonction de porte-parole. Les membres nommés du Conseil exerçaient la majorité des fonctions de nature exécutive, afin d'administrer la colonie en vue de faire « *vivre les sujets de la Nouvelle-France dans la paix, l'union, le bon ordre*<sup>17</sup> ».

La Nouvelle France devint une colonie royale avec l'établissement, à partir de 1663, du Conseil supérieur de Québec, un organe créé sur les fondements du précédent

---

<sup>13</sup> La colonie de Canada, de l'Acadie, de Plaisance (sur l'île de Terre-Neuve), de la Baie du Nord et de la Louisiane.

<sup>14</sup> Dans cette entreprise il convient également de mentionner Pierre Dugua de Mons.

<sup>15</sup> G. LANCTOT, « Chapter II – The Founding of Acadia and Canada », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p.37

<sup>16</sup> Rapport du département des archives publiques pour l'année 1947, dominion du Canada, Ottawa, 1948, p. xxvi.

<sup>17</sup> *Loc. cit.*

conseil. Ce dernier était composé uniquement de personnalités officielles nommées<sup>18</sup>, symbolisant ainsi une régression par rapport au système mis en place en 1647 qui associait, de façon consultative, la population. Cette régression était également confortée par un renforcement des pouvoirs militaires du gouverneur. William Kennedy définit ce système comme « *paternaliste* », « *un système dans lequel aucune confiance n'était placée dans l'autonomie locale*<sup>19</sup> ». Les modalités d'administration de la Nouvelle-France révèlent une certaine similitude avec les premières chartes de gouvernement adoptées dans les colonies britanniques<sup>20</sup>.

La volonté française d'établir une présence pérenne et durable au Canada contraste avec le relatif désintéret britannique. Le Canada n'était considéré, ainsi que nous l'évoquions, qu'au regard de sa proximité avec les Treize Colonies. L'enjeu était de préserver une voie navigable pour assurer le commerce. Cet élément explique, sans doute, pourquoi le territoire de Terre-Neuve était le seul territoire sur lequel la Couronne britannique avait véritablement établi une présence. En 1583, le navigateur Humphrey Gilbert, fort d'une lettre patente s'établit dans la colonie de pêche de Saint-Jean, sur le territoire du Nouveau Brunswick. Cet entrepôt de pêche sera annexé par la force<sup>21</sup>, son équipage n'ayant pas hésité à massacrer les résidents de cette implantation. La conquête britannique du Canada fut progressive et s'échelonna de 1710, date de la conquête de Port-Royal, à la signature du Traité de Paris en 1763. Jusqu'à cette date, la présence anglaise au Canada se limitait surtout au territoire de Terre-Neuve, ou à quelques foyers de peuplement sans intérêt réel pour la métropole.

---

<sup>18</sup> R. SHORE MILNES, *Edits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du conseil d'état du Roi concernant le Canada*, vol.1, Québec, Desbarats, 1803, p. 21 à 24. Le conseil est composé du gouverneur, de l'évêque, de cinq membres et d'un procureur.

W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 13 souligne que siègent également un secrétaire et un intendant. Par ailleurs, le nombre de conseillers sera enrichi jusqu'en 1703.

<sup>19</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 23. L'auteur souligne également que le Gouverneur Frontenac réunira contre l'avis de Colbert des états généraux en 1672.

<sup>20</sup> Cet élément est notamment vrai pour la colonie de Nouvelle-Galles du Sud et ses dépendances ou encore pour la Nouvelle-Zélande. Chacune de ces colonies passera par l'intermédiaire d'un gouvernement exclusivement désigné par la métropole avant de se voir octroyer dans un premier temps des organes représentant le peuple avant de bénéficier d'assemblées élues.

S'agissant du Canada, les premières chartes de gouvernement adoptées pour la Nouvelle Ecosse, l'Île du Prince Edouard ou le Nouveau Brunswick prévoient l'élection d'une assemblée (qui ne fut pas convoquée avant de nombreuses années). Dans le même sens, s'agissant du Québec, les Instructions royales de 1763 ou le *Quebec Act* de 1774 (14, GeoIII, c. 83) prévoyaient l'élection d'une assemblée qui ne vit jamais le jour. L'ensemble de ces questions est développé plus loin.

<sup>21</sup> A. P. NEWTON, « Chapter V - Newfoundland to 1783 », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 123-124.

Jusqu'au tournant de 1710, les armées françaises et anglaises s'opposèrent régulièrement, ce qui donna lieu au cours du XVII<sup>ème</sup> siècle à la signature de nombreux traités entre les deux royaumes<sup>22</sup>. La volonté d'expansion de Louis XIV apparut comme l'un des éléments déclencheur de la conquête britannique, jusqu'ici installée sur le territoire de Terre-Neuve, tout comme la France. La Couronne française tenta de prendre le contrôle des possessions britanniques, en 1702, handicapant les activités commerciales de la Compagnie de la Baie d'Hudson, créée en 1670<sup>23</sup> et menaçant les habitants de Terre-Neuve. Entre 1608 et 1760<sup>24</sup>, la France dominait largement l'intérieur du territoire alors que la présence anglaise se limitait aux côtes<sup>25</sup>.

## B – La guerre de Sept Ans

La Reine Anne et le gouvernement Tory choisirent de répondre à la menace française par l'envoi de troupes menées par le Colonel Nicholson. La défense de ces colonies était une nécessité impérieuse, afin de préserver la voie commerciale avec les Treize colonies. La Couronne britannique vit également dans l'agression française, l'occasion de prendre le contrôle maritime de la zone. La capitulation de Port Royal, le 2 octobre 1710, marqua une première étape, sans véritable succès, dans cette campagne. Cet événement conduisit à la signature de Traité d'Utrecht le 16 avril 1713 qui définissait les frontières de la colonie de Nouvelle-Ecosse, clé de voûte de l'établissement de la souveraineté anglaise au Canada. Jean-Jacques Chevallier souligne que la paix d'Utrecht « *est bien peu de chose [...] Si nous regardons une carte du monde en 1713, l'Empire britannique y apparaît bien modeste*<sup>26</sup> ».

Le développement de la Nouvelle-Ecosse connut une interruption en 1719, date à laquelle le gouvernement britannique désigna le Colonel Richard Philipps gouverneur,

---

<sup>22</sup> T. CHAPPAIS, « Chapter III – The Old Regime », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 47 à 77 (p. 30 s'agissant du Traité de Saint-Germain-En-Laye de 1632 ou p. 60 s'agissant du Traité de Ryswick de 1697).

J. HOLLAND, « Chapter IV (1) – The Struggle for Supremacy in America 1682 – 1748 », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 78 à 90, (p. 90 s'agissant du traité d'Aix-la-Chapelle de 1748).

<sup>23</sup> Les navigateurs français Radisson et Groseilliers à l'origine de cette compagnie ont choisi de prêter allégeance à la couronne d'Angleterre en échange d'une charte commerciale.

<sup>24</sup> J. WEBBER, *The Constitution of Canada Contextual Analysis*, Londres, Hart Publishing, 2015, p. 10.

<sup>25</sup> Ceci se distingue de la colonisation américaine ou en Australasie au XVIII<sup>ème</sup> siècle.

<sup>26</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'Evolution de l'Empire Britannique*, op. cit., vol. 1, p. 14.

en charge de l'administration de la province. Ce dernier fut chargé par Londres d'administrer la colonie en faisant preuve de mesure. Confronté à des difficultés d'administration, il saisit le *Board of Trade* qui soumit à la métropole un projet d'administration pour la nouvelle colonie « *proche du modèle de la colonie de Virginie et non celui du Massachusetts considéré comme trop républicain après réflexion*<sup>27</sup> ». Le gouverneur avait pour instruction<sup>28</sup> de s'entourer d'un conseil nommé, composé de douze membres. Ce conseil n'avait en réalité que peu de compétences. La plus grande partie du pouvoir était concentré entre les mains du gouverneur. Ce système se révéla très vite, à l'image du reste des gouvernements mis en place à la même époque, de nature autocratique<sup>29</sup>. Il servit toutefois de fondement au développement du régime parlementaire qui allait prendre naissance, en creux, à compter de 1748.

La situation de ces territoires nouvellement cédés se révéla délicate. En effet, la population francophone, numériquement importante, demeurait loyale à l'Eglise catholique. Les gouverneurs successifs, notamment Charles Lawrence, étaient déterminés à endiguer tout mouvement contestataire, parfois au prix de décisions discutables. En 1755, ce dernier décida d'expulser des Acadiens et des hommes d'Eglise suspectés de fomenter une révolte contre les autorités britanniques. Cet épisode est considéré comme l'un des événements les plus traumatisants de l'annexion britannique<sup>30</sup>. Nul doute qu'il a contribué à l'adoption par le roi George III de la proclamation de 1763 protégeant la liberté religieuse des Français catholiques romains<sup>31</sup>.

Dans le contexte de la guerre de Sept Ans qui débuta en 1756, la position du Canada et de l'Amérique du Nord, plus généralement, représenta un enjeu particulier.

---

<sup>27</sup> J. FEEHAN, R. LANDES, « La tradition parlementaire en Nouvelle-Ecosse », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 7, n°2, 1984, p. 2 à 6.

<sup>28</sup> Commission du Gouverneur Richard Philipps du 2 septembre 1719 et du 9 juillet 1721, *Appendix to the Two Statements on the Part of the United States Respecting the Disputed Points of Boundary Between the United States and Great Britain*, 1829, p. 125 à 129.

<sup>29</sup> T. GARDEN BARNES, « the Daily Cry for Justice: the Failure of the Annapolis royal regime 1713-1719 », in P. GIRARD & J. PHILLIPS (dir.), *Essays in the history of Canadian Law : Nova Scotia*, vol. 3, Toronto, Université of Toronto Press, 2012, p. 10 à 41 (notamment p. 17 et suivantes).

<sup>30</sup> A. L. BURT, « Chapter VI – The Problem of Government », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 145 à 174 (p. 146 et suivante).

<sup>31</sup> Voir développement *infra*.

Il s'agissait d'accorder le plus grand soutien possible à l'entreprise britannique, notamment pour faire tomber la pièce centrale de la Nouvelle-France, la ville de Québec<sup>32</sup>. Cette opposition entre les Couronnes française et britannique s'inscrit dans un conflit européen plus large qui aboutira, dans une certaine mesure, à rééquilibrer la puissance coloniale de chacun des protagonistes. Grâce aux renforts envoyés depuis les Treize Colonies, les troupes britanniques finirent par s'imposer. Les deux possessions françaises les plus importantes qu'étaient Québec et Montréal déposèrent finalement les armes respectivement les 18 septembre 1759 et le 8 septembre 1760<sup>33</sup>. Une attention particulière peut être apportée aux articles 2 et 6 des *Articles de capitulation du Québec*<sup>34</sup>. Le premier d'entre eux s'intéresse à la garantie accordée aux terres et aux biens et le deuxième à la garantie de l'exercice de la religion catholique. Ces deux articles ont été accordés avec des réserves comme la mise à bas des armes s'agissant de l'article 2, d'une part et des limites imposées aux ministres des cultes et aux personnes pratiquant la religion catholique, d'autre part. On retrouve les mêmes idées dans les *Articles de capitulation de Montréal*<sup>35</sup> notamment à propos de la liberté religieuse avec davantage de détails<sup>36</sup>. Cet élément révèle la genèse des difficultés religieuses qui apparaîtront par la suite.

La victoire définitive de 1760 marqua la fin d'un conflit et l'établissement définitif de la souveraineté britannique sur le Canada et sur les océans<sup>37</sup>. A compter de cette date et jusqu'à l'adoption du *Constitutional Act* de 1791<sup>38</sup>, le Québec resta soumis à un régime autoritaire. Par contraste, les provinces maritimes, notamment la

---

<sup>32</sup> La campagne pour la conquête de Québec porte le nom de « la conquête de 1760 » et se déroulera de 1758 à 1760.

<sup>33</sup> C. T. ATKINSON, « Chapter IV (2) – The Struggle for Supremacy in America 1749 – 1760 », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, op. cit., p. 91 à 120, (p. 116 et suivante).

<sup>34</sup> En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie 1<sup>ère</sup> partie, 2<sup>ème</sup> éd., Ottawa, T. Mulvey, 1921, p. 1 à 3.

En anglais : W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 1930, p. 5 et 6.

<sup>35</sup> En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 5 à 22.

En anglais : W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, op. cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie p. 6 à 14.

<sup>36</sup> Les articles 27 à 35 des *Articles de capitulations de Montréal* portent sur l'exercice de la foi et la protection des biens.

<sup>37</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Londres, the Australian Book Company, 1901, p. 20.

<sup>38</sup> 31, GeoIII, c. 31.

Nouvelle-Ecosse, connurent à la même période les premières expériences – non réellement concluantes – d'un système représentatif.

## **Sous-section 2 – Le premier gouvernement militaire au Canada**

Le Traité de Paris dont la négociation dura trois ans symbolise la fin de la guerre des Sept Ans, financièrement très lourde pour l'Angleterre. La durée de la négociation comme le contexte justifient l'établissement d'un gouvernement militaire. En effet, l'objectif était de maintenir l'ordre et la sérénité dans le territoire du Québec et s'assurer du changement de loyauté des Canadiens.

### A – Une organisation centralisée

La dénomination « *canadien* » était à l'origine utilisée pour définir les anciens sujets français. Jean-Jacques Chevallier les décrit dans des termes élogieux : ce sont d« *des catholiques fervents dévoués et soumis à leurs prêtres et à la Papauté, jaloux de leur langue, de leurs lois spéciales, de leurs traditions, de leur manière d'être si opposée à celle des Anglo-Saxons. Ce sont avant tout des agriculteurs, de « splendides fermiers », défricheurs et bûcherons, alors que les Anglais qui vont s'installer au Canada font surtout du commerce. Ces Français d'origine, dont le labeur dans ce pays vierge a été admirable, se considèrent comme les premiers possesseurs de la terre et du bois, comme les vrais habitants. Ils se nomment fièrement Canadiens, Canadiens tout court. Ils ne veulent pas se dire conquis mais « cédés » par l'ingrat Roi de France, leur roi. Certes ils sont une forte race, et avec cela l'une des plus prolifiques qui fut jamais. On ne les assimilera, on n'émoussera leur personnalité qu'en les harcelant, en les massacrant<sup>39</sup> ». Il s'agissait de créer une nation issue de deux cultures jusqu'ici opposées.*

---

<sup>39</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 35.

L'enjeu immédiat pour le Général Amherst était d'assurer le maintien de la paix dans la nouvelle colonie et de mettre en place un gouvernement en état de marche, les fonctionnaires français ayant préféré quitter la colonie une fois la guerre achevée. Face à l'urgence et dans un souci d'efficacité, le découpage en districts fut conservé et chacun d'entre eux fut confié au soin d'un officier supérieur. Amherst désigna le Général James Murray pour administrer la région de Québec, et le Général Gage et le Colonel Burton furent désignés pour administrer respectivement le territoire de Montréal et de Trois Rivières<sup>40</sup>. Amherst insista pour qu'un régime d'égalité entre tous les sujets de la Couronne soit respecté. En effet, il indiqua aux responsables du Canada que « *Les habitants de ce pays sont des sujets de Sa Majesté autant que nous le sommes. Tant qu'ils le méritent, ils doivent bénéficier de la même protection. Je vous enjoins de donner l'ordre à vos troupes de vivre en bonne harmonie et fraternité avec ces derniers*<sup>41</sup> ». Ces officiers militaires gouvernaient par le biais de proclamations, prises au nom de la Couronne britannique. Leur mission première se résumait à rendre la justice<sup>42</sup>. On relève une confusion entre les juridictions civile et militaire dans le district de Québec<sup>43</sup>, comme le démontre l'*ordonnance établissant des cours militaires* du 31 octobre 1760<sup>44</sup> remise au Général Murray.

S'agissant des districts de Montréal et de Trois-Rivières, les Gouverneurs Gage et Burton ont fait le choix de chercher l'apaisement avec la population francophone en intégrant dans l'administration de la justice des officiers français-canadiens. La compétence de ces juridictions mineures se limitait à des jugements amiables, rendus sur le fondement de la coutume locale<sup>45</sup>. Cela ressort très nettement de l'affiche « *le placard* », adoptée par le Général Amherst<sup>46</sup> le 22 septembre 1760, qui l'autorise à déléguer la justice mineure, le règlement de litige amiable à des officiers de milice

---

<sup>40</sup> Le responsable de la région était le Général Amherst faussement désigné comme le premier gouverneur du Canada. Ce dernier était gouverneur de Virginie.

<sup>41</sup> A. L. BURT, *The Old Province of Quebec*, vol. 1, Toronto, Clarendon Library, 1968, p. 24.

<sup>42</sup> Le fait que la première mission des gouverneurs était de rendre la justice se retrouvait également en Australie au moment de l'établissement des premières colonies au départ de la Nouvelle-Galles du Sud. Elle est par ailleurs confirmée par le fait que les premières colonies australiennes étaient des colonies pénitentiaires.

<sup>43</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 26.

<sup>44</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 26 à 29.

<sup>45</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 27.

<sup>46</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., 1<sup>ère</sup> partie, p. 24 à 26.

commandant de paroisse. L'objectif est de permettre « *la vie en harmonie et [de]traiter les troupes en frères et Concitoyens [...] et tant que lesdits habitants obéiront et se conformeront auxdits ordres, ils jouiront des mêmes privilèges que les anciens sujets du Roi et ils peuvent compter sur notre protection*<sup>47</sup> ». Cette bienveillance et cette recherche d'harmonie dans la transition furent accueillies avec un certain soulagement par Londres et furent encouragées<sup>48</sup>.

L'administration de la colonie nouvellement établie était assurée par l'armée anglaise. En effet, comme dans les autres foyers de peuplement du Canada, notamment en Nouvelle-Ecosse, le nouveau souverain cherchait à éviter la recrudescence des violences. Il s'agissait de consolider l'autorité britannique si chèrement acquise. William Kennedy souligne que cette période est faussement qualifiée de gouvernement militaire au sens restrictif d'un gouvernement autoritaire. Pour des raisons tant pratiques, qu'idéologiques, il n'était nullement question d'accorder une quelconque autonomie au territoire du Québec. Le gouvernement était certes concentré entre les mains de l'armée et du gouverneur, mais cette administration temporaire était exercée avec une certaine bienveillance, souvent définie comme paternaliste<sup>49</sup>. Cette « *affection* » pour le nouveau souverain apparaissait comme une réponse au sentiment d'abandon ressenti par les Canadiens-Français. Il ne s'agit toutefois pas de minimiser l'importance des conflits, notamment religieux, toile de fond de cette période, déjà évoquée lors de la signature des *articles de capitulations* des villes de Québec et Montréal. Les limites de ce système, un mal nécessaire, apparurent dès 1761.

---

<sup>47</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., 1<sup>ère</sup> partie, p. 24.

<sup>48</sup> A. L. BURT, *The Old Province of Quebec*, op. cit., vol. 1, p. 26.

<sup>49</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p.29. Les seigneurs français avaient déclaré leur « *amour pour le gouverneur Murray, le père et le protecteur du peuple* ». Sans volonté de minimiser cette analyse on peut également avancer l'intérêt des seigneurs locaux soucieux de conserver leurs privilèges.

## B – La critique du système en vigueur

Dans la dépêche du 12 décembre 1761, Lord Egremont adressa une demande d'état des lieux à Jeffrey Amherst. Trois rapports<sup>50</sup>, servant de base de la proclamation de 1763, furent réalisés. Ces rapports, remis à Amherst par chacun des officiers en charge de la nouvelle colonie présentent un premier bilan depuis le changement de souverain. James Murray n'hésita pas à souligner les abus exercés par l'Intendant, membre du gouvernement, chargé d'administrer les affaires civiles et de lever l'impôt<sup>51</sup>. Il releva également l'inefficacité du système de justice précisant que « *les membres des cours de justice [dans lesquelles le gouverneur ou les lieutenants-gouverneurs ne siégeaient pas] étaient presque tous natifs de France et s'occupaient plutôt de leurs affaires que de l'administration de la justice. C'est pourquoi leurs décisions n'étaient guère respectées ; pour le succès de leurs causes les parties comptaient davantage sur la faveur et la protection du puissant que la bonté et la justice de leur cause*<sup>52</sup> ». Selon ce dernier, cette négligence et cette corruption dans l'administration de la justice par les Canadiens s'expliquaient par la faible rémunération des fonctionnaires de la Couronne française<sup>53</sup>. Pour sa part, le Colonel Burton condamne l'intégralité du système français : « *De l'ancienne administration rien ne semble mériter d'être conservé, à l'exception des droits et privilèges du Roi. Toutes les autres pratiques de l'administration ont contribué d'une manière extrêmement efficace à enrayer le progrès de cette colonie*<sup>54</sup> ».

Les rapports sont empreints d'une certaine condescendance. Le Gouverneur Murray, par exemple, relève « *le caractère chicaneur des Canadiens* » qui s'opposent à toute formalité administrative<sup>55</sup>, au point que ce dernier recommande l'adoption d'un code susceptible de simplifier cette situation. La noblesse y est décrite comme

---

<sup>50</sup> Ces trois rapports sont reproduits dans A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie :

Le rapport du Général Gage, responsable de Montréal, du 20 mars 1762 (p. 77 à 83).

Le rapport du Colonel Burton, en charge de territoire de Trois Rivières, du 6 avril 1762, (p. 66 à 77).

Le rapport du Général James Murray du 5 juin 1762 le Gouverneur Murray (p. 29 à 66).

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>55</sup> *Loc cit.*

désargentée et vaniteuse, se comportant comme : « *des tyrans pour leurs vassaux qui obtenaient rarement de faire cesser les abus*<sup>56</sup> ». Il qualifie les Canadiens « *de très ignorants et très attachés à leur religion* ». Cet attachement représente le moyen pour assurer la loyauté des nouveaux sujets. Il souligne ainsi que « *la reconstruction de la grande église [canadienne] attacherait la population à ses nouveaux maîtres*<sup>57</sup> ». Le Général Gage pour sa part, insiste sur le risque que représente l'Église catholique : « *aussi longtemps que le Canada sera desservi par des prêtres envoyés des séminaires en France dont ils dépendent et à qui ils doivent obéissance, le gouvernement britannique ne pourra compter sur l'attachement et l'affection de ces prêtres et de ceux qui subiront leur influence, tandis que dans des circonstances différentes, la tutelle bienveillante de Sa Majesté ne manquerait pas de gagner l'affection des Canadiens comme de ses autres sujets*<sup>58</sup> ». Le renforcement de la communauté protestante canadienne « *inciterait un grand nombre de leurs frères en France à venir jouir ici au milieu d'une population de leur origine, parlant leur langue et pratiquant leurs coutumes, de cette liberté religieuse après laquelle ils soupiraient ardemment. De plus, la réalisation d'un tel projet opérerait peut-être graduellement une réforme, du moins elle convaincrerait les Canadiens qu'il n'y a rien dans notre sainte religion d'incompatible avec la vertu et la moralité*<sup>59</sup> ».

Les trois représentants de la Couronne britannique relèvent malgré tout, une relative bienveillance de la part des anciens sujets français, vis à vis « *du nouveau maître* ». James Murray constate un progrès depuis la conquête : « *Nos troupes ont constamment vécu avec les habitants dans une harmonie sans exemple, même dans notre pays*<sup>60</sup> ». Toutefois, « *les Canadiens redoutent le sort des Acadiens [les déportations] et de se voir arracher à leur pays natal. Une fois le peuple convaincu qu'il n'a pas à craindre les déportations et qu'il jouira du libre exercice de sa religion, après la cession irrévocable du Canada par un traité de paix, les Canadiens deviendront de bons et fidèles sujets de Sa Majesté et le pays qu'ils habitent sera avant*

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 65.

*longtemps une riche et très utile colonie de la Grande-Bretagne<sup>61</sup>. » Dans le même sens, le Colonel Burton et le Général Gage insistent sur le fait que : « les habitants, particulièrement les paysans, paraissent très satisfaits d'avoir changé de maîtres. Jouissant du libre exercice de leur religion, ils commencent à comprendre qu'ils ne sont plus des esclaves et qu'ils jouissent complètement des bienfaits et des bontés de cet excellent gouvernement qui a fait la félicité particulière de tous les sujets de l'Empire britannique<sup>62</sup> », ou « [qu'] en général le peuple est assez bien disposé à l'égard de ses nouveaux maîtres [...] Le peuple ayant joui du libre exercice de sa religion depuis la capitulation du Canada, ses craintes à ce sujet ont beaucoup diminué mais il existe encore un sentiment de jalousie<sup>63</sup> ».*

Ainsi, tout était fait par les gouverneurs résidents pour tenter de pacifier la situation, le temps des négociations du Traité de Paris du 10 février 1763. Ce traité fut une étape avant l'adoption de la proclamation royale du 7 octobre 1763<sup>64</sup>, fondement du premier gouvernement civil du Canada. Ce document a vocation à consolider les acquis des *Articles de capitulations de Québec et Montréal* en matière de garantie des libertés et des biens. Toutefois, l'échec de cette première expérience peut être attribué à la volonté britannique de transposer, de copier le système en vigueur dans les Treize Colonies, sans tenir compte des particularités inhérentes à la colonie du Canada.

Le 10 août 1764 marque la naissance du gouvernement civil au Canada et plus localement au Québec<sup>65</sup>. La Proclamation royale du 7 octobre 1763 entrera pleinement en vigueur, une fois un délai de dix-huit mois<sup>66</sup> écoulé afin de permettre aux catholiques restés fidèles à la France de quitter la colonie.

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>64</sup> En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op cit., vol. 1 1<sup>ère</sup> partie, p. 136 à 141.

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, op. cit., p. 35 à 38.

<sup>65</sup> Cette rupture apparente avec le gouvernement militaire est révélée par les Instructions royales à l'intention de James Murray du 7 décembre 1763. En anglais, W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, op. cit., p. 43 à 52.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p.155 à 180.

Ces instructions recommandent la création d'un conseil de membres exécutifs et nommés parmi la population.

<sup>66</sup> Article 20 du Traité de Paris du 10 février 1763.

L'établissement définitif de la souveraineté britannique au Canada à la suite de la guerre de Sept Ans servira d'expérience à l'expansion de la présence anglaise à travers les océans. Cette expansion sera également et surtout justifiée par la perte définitive des Treize Colonies américaines. Cet événement marquera un tournant dans l'histoire de l'Empire britannique. Il aura deux conséquences majeures. La première conséquence, plus institutionnelle, concerne la survie de l'Empire. Le schisme provoqué par l'indépendance américaine affaiblira l'unité de l'Empire. Cette situation forcera la métropole à repenser ses rapports avec ses dépendances<sup>67</sup>. La seconde de ces conséquences est centrée autour de la question de l'envoi de détenus dans les colonies. En effet, au-delà de l'intérêt commercial que représentaient les Treize Colonies, il s'agissait pour l'Angleterre de pallier le problème de la surpopulation carcérale. Cette même situation forcera également la métropole à rechercher d'autres terres susceptibles de servir de solution de remplacement.

## **Section 2 : L'établissement de la souveraineté britannique en Australasie**

L'Australie était une terre d'aventure, à l'autre bout du monde. La découverte de cette partie du monde est attribuée au navigateur hollandais Abel Tasman en 1642<sup>68</sup>. Un siècle plus tard, la présence de la Couronne britannique dans le Pacifique fut le fruit

---

En français A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 92.

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, op. cit., p. 34-35.

<sup>67</sup> J.- J. CHEVALLIER, *L'Evolution de l'Empire Britannique*, op. cit., vol. 1, p. 30.

<sup>68</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 23. Les auteurs soulignent qu'il est difficile d'attribuer avec précision la découverte de cette partie du monde à une expédition en particulier. Voir également J. PINKERTON, *Early Australian Voyages*, Londres, Cassell & Company Limited, 1893, p. 9.

Toutefois, qu'il soit permis de mentionner les noms du navigateur portugais Cristóvão de Mendonça en 1522 ou encore les expéditions du Capitaine François Pelsaert qui fit naufrage au large des côtes de l'Australie Occidentale (archipel d'Hotman Abrolhos) en 1629. Une avancée majeure est à mettre au crédit d'Abel Janszoon.

A. J. TASMAN, *Abel Janszoon Tasman's Journal*, Amsterdam, Frederick Muller and Co., 1898, p.12 (Tasman lors de son voyage de 1642 découvrira la future Tasmanie en novembre 1642, qu'il baptisera Van Diemen en hommage au gouverneur-général des Indes néerlandaises Antonio Van Diemen) ou p. 20 (en décembre 1642 il découvrira la future Nouvelle-Zélande qu'il baptisera *Staten Landt* en « l'honneur de leur toute puissance les généraux de l'Etat »). La première édition du journal daterait de 1860.

Le journal de Abel Tasman est reproduit dans son intégralité en anglais sur le site <http://gutenberg.net.au/ebooks06/0600571h.html>.

des expéditions conduites par le Capitaine<sup>69</sup> James Cook entre 1768 et 1771<sup>70</sup>. L'Australie fut d'abord considérée comme un territoire de second plan, comme une solution de rechange au problème carcéral. L'administration de la colonie de Nouvelle-Hollande, devenue Galles du Sud permettra de mettre en lumière, plus encore que pour le cas du Canada, ou de la Nouvelle-Zélande, les modalités éminemment centralisatrices de l'administration coloniale au XVIIIème siècle. La colonie pénitentiaire qui portera le nom de Nouvelle-Galles du Sud (**sous-section 1**) servira de point de départ à la conquête du reste du continent, d'une part, et également de la Nouvelle-Zélande, d'autre part (**sous-section 2**).

### **Sous-section 1 – L'établissement de la colonie de Nouvelle-Galles du Sud, point de départ de la présence britannique en Australie**

L'établissement de la présence anglaise<sup>71</sup> dans le Pacifique débute avec l'expédition de James Cook en 1770. Ce dernier établira la souveraineté de la Couronne

---

<sup>69</sup> A l'époque du premier voyage il était lieutenant et ne sera élevé au grade de capitaine qu'en 1775, au retour de son second voyage.

<sup>70</sup> Il assumera la responsabilité de trois voyages d'exploration qui s'échelonnent entre 1768 et 1779. J. COOK, *The Three Voyages of Captain James Cook Round the World*, Londres, Longman, Hurst Rees, Orme and Brown, 1821 en sept volumes. - Pour un compte rendu abrégé en français J. COOK, *Les trois voyages du Capitaine Cook autour du monde racontés par lui-même*, Paris, M. Dreyfour, 312 pages (pas de mention de l'année d'édition), disponible sur le site Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65701013/f15.image.texteImage>.

<sup>71</sup> Nous attirons l'attention du lecteur, il n'est nullement question de conclure à l'établissement de la domination anglaise sur l'Australie comme une *terra incognita*. En effet, la question de la reconnaissance de l'antériorité des populations aborigènes est une question complexe et douloureuse en Australie. Il faudra attendre la décision Mabo (*Mabo and others v. Queensland*, (n°2), 3 juin 1992, [1992] HCA 23) pour qu'un travail de réconciliation débute. A ce titre les traces de la politique d'assimilation menée par les autorités australiennes appelée par la suite « génération volée » sont encore perceptibles. Par ailleurs, la date du 26 janvier 1788 est définie par les populations autochtones comme le début de l'invasion britannique.

On trouvera mention de cette reconnaissance très récemment dans les constitutions des états australiens : art. 2 du *New South Wales Constitution Act* 1902, n°32 cet article ajouté en 2010 prend le soin de préciser dans son 3ème alinéa qu'une telle reconnaissance n'emporte aucune conséquence juridique ou légale. L'idée sera la même pour l'Etat de Victoria qui reconnaît la place des peuples aborigènes notamment vis à vis de la terre (art. 1A du *Victoria Constitution Act* 1975, n°8750 ajouté en 2004 par le biais du *Constitution (Recognition of Aboriginal People) Act* 2004, n°73 qui prévoit également dans son 3ème alinéa que cela n'ouvre pas la reconnaissance de droits) ou encore pour l'Etat de l'Australie Méridionale (art. 2 du *South Australia Constitution Act* 1934 introduit par le biais du *Constitution (Recognition of Aboriginal Peoples) Amendment Act* 2013, n°8). Les Constitutions des états de Tasmanie (*Tasmania Constitution Act* 1934, 25, GeoV, n°94), du Queensland (*Queensland Constitution Act* 2001, n°80, dans son préambule ajouté par le biais du *Preamble Constitution Amendment Act* 2010, n°3) ou de l'Australie Occidentale (*Western Australia Constitution Act* 1889, 52 Vict, n°23, amendé en 2015) mentionnent cette problématique dans leur préambule. Au niveau de la fédération il convient de mentionner le *Aboriginal and Torres Strait Islander Act* 2005, n°54 ou le *Native Title Act* 1993, n°110.

Au moment de sa découverte l'intérêt de considérer l'Australie comme une terre vierge devait permettre une administration par le biais de la prérogative royale sans recourir au Parlement et au besoin de tenir compte de revendications autochtones. A titre d'exemple le traité conclu par John Batman en 1835 avec une tribu autochtone sur le territoire qui deviendra la ville de Melbourne par la suite.

Ce traité sera déclaré comme nul et non avenu par le Gouverneur Bourke le 26 août 1835. Cette annulation sera confirmée par le *Colonial Office* le 10 novembre 1835. L'enjeu pour le gouvernement impérial était d'éviter toute revendication de la part des populations autochtones.

britannique sur la côte est de l'île le 22 août, préférant le nom de Nouvelle-Galles puis Nouvelle-Galles du Sud<sup>72</sup>, à celui de Nouvelle Hollande<sup>73</sup>. L'idée de faire de ce nouveau territoire une colonie pénitentiaire est notamment défendue par Joseph Banks, membre de la *Royal Society*, qui avait accompagné James Cook en 1770, à bord de l'*Endevaour*, lors de son premier voyage. Il est d'ailleurs saisissant de souligner que le chapitre XIII<sup>74</sup> de son journal de bord livre au lecteur un bilan en demi-teinte de ce nouveau territoire, sans pour autant exclure la possibilité de s'y établir.

### A – La colonie de la Nouvelle-Hollande, solution au problème de la surpopulation carcérale

L'intérêt pour ce territoire reculé, qui ne prendra le nom d'Australie qu'en 1814<sup>75</sup>, n'apparaîtra pas immédiatement. Le Gouvernement britannique de l'époque ne considérait pas ce nouveau continent à sa juste valeur. Ce nouveau territoire était seulement considéré d'un simple point de vue utilitaire<sup>76</sup>, comme une compensation, une solution, à la perte imminente des Treize Colonies.

L'Angleterre du XVIII<sup>ème</sup> siècle était confrontée à un problème de surpopulation carcérale, une conséquence malheureuse de la guerre d'Indépendance américaine<sup>77</sup>. Face à la révolte des Treize colonies, le gouvernement décida d'interrompre (ou ne put mener à bien) au moins momentanément au départ, l'envoi de condamnés dans les

---

Sur cette question : J. WAUGH, « Chapt. 2 - Settlement », in C. SAUNDERS, A. STONE (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 56 à 77.

<sup>72</sup> *Historical Records of New South Wales*, vol. 1, part. 1, Sydney, Charles Potter Government Printer, 1893, p. 169-170.

La note relève que la dénomination Nouvelle-Galles du Sud n'apparaît pas dans le journal de James Cook qui utilisa *Botany Bay*. Cette expression apparaîtra dans une des premières éditions modifiées du journal par Hawkesworth. En réalité, James Cook était satisfait du nom Nouvelle Hollande. L'éditeur de James Cook décida de changer le nom en Nouvelle-Galles du Sud d'abord car les côtes de la Galles du Sud étaient déjà connues et ensuite pour se rapprocher des dénominations de l'époque qui arboraient toutes le préfixe « nouveau » comme Nouvelle-Angleterre, Nouvelle Ecosse, Nouvelle-Zélande, par exemple.

<sup>73</sup> Dénommée ainsi en 1664, à la suite de la découverte d'Abel Tasman avant d'être rebaptisée par James Cook.

<sup>74</sup> J. BANKS, *The Journal of Joseph Banks During Captain Cook's First Voyage in Endeavour in 1768-1770*, New York, Macmillan, 1896, chapitre XIII (p. 295 à 323). Il y relate notamment sa rencontre avec des kangourous (p. 284 par exemple).

<sup>75</sup> La dénomination définitive du continent en Australie (issue de terre australe) est attribuée à Matthew Flinders. Ce dernier réalisa plusieurs voyages d'exploration entre 1795 (notamment à partir de la fin 1797) et 1803. L'expression apparaîtra notamment dans l'ouvrage qui sera publié à la veille de sa mort *Terra Australis* le 18 juillet 1814.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 23. Les auteurs rapportent que l'expression *Terra Australis* figurait dans une carte française de 1531 attribuée à Oronce Finé.

<sup>76</sup> J.- J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 83-84.

<sup>77</sup> L'envoi de détenus dans les colonies de l'Empire était une pratique courante durant le XVII<sup>ème</sup> siècle. Cette dernière recevra la sanction du Parlement avec l'adoption du *Transportation Act 1717*, 4, Geol, c.11.

plantations de Virginie et du Maryland<sup>78</sup>. Il paraissait alors urgent de trouver une solution à la question de l'emprisonnement, pour l'heure organisée, à la hâte, sur les rives de la Tamise<sup>79</sup>. C'est à cette occasion que fut explorée par la Commission Bunbury<sup>80</sup> l'idée d'établir une colonie pénitentiaire, dans ce qui deviendra la Nouvelle-Galles du Sud. Lors de son audition devant la Chambre des communes le 10 avril 1779, Joseph Banks insiste sur le fait que *Botany Bay* semblait être une terre idéale pour accueillir une colonie pénitentiaire, tant « *Le sol riche permettrait de subvenir aux besoins d'une large population [...] Le climat est semblable à celui de Toulouse dans le sud de la France. [...] Les habitants rencontrés ne représentent pas un véritable danger* ». Le témoignage s'achève avec la perspective, à terme, de développer des échanges commerciaux avec l'Angleterre. Ce dernier avait recommandé à la commission l'envoi de 200 à 300 condamnés auxquels serait fourni du matériel de culture et de pêche afin de tirer avantage de ce nouveau territoire<sup>81</sup>. Cela conforta la commission qui était à la recherche d'un territoire à partir duquel l'évasion serait rendue difficile, d'une part et qui permettrait à ses habitants de survivre, sans le soutien de la métropole, après la première année<sup>82</sup>, d'autre part. Ainsi, cette alternative ne représenterait pas un poids matériel ou financier pour la métropole. Manifestement, Joseph Banks n'a pas hésité à embellir le portrait de la Nouvelle-Hollande. La description qu'il livre devant les parlementaires est plus favorable que celle retranscrite dans son carnet de voyage<sup>83</sup>. Toutefois, la proposition ne reçut pas le soutien escompté et fut, pour quelques années, mise de côté sans pour autant être totalement abandonnée.

---

<sup>78</sup> J. D. BUTLER, « British Convicts Shipped to American Colonies », *The American Historical Review*, vol. 2, n°1, 1896, p. 12 à 33. Les colonies du Maryland et de la Virginie ont adopté des lois prohibant l'envoi de détenus à partir de 1670, qui furent censurées par le roi. Toutefois cet événement initia un changement de politique.

<sup>79</sup> Confronté au double problème de l'Indépendance des Treize colonies et à la surpopulation carcérale à Londres, le Parlement adopta le *Criminal Law Act 1776*, 16, Geo.III, c. 43, communément appelé le *Hulks act*. Cette loi du Parlement britannique autorisait la création de prisons flottantes (en utilisant des navires mis hors service) dédiées aux travaux forcés. Ce système qui sera utilisé dans les colonies ne sera abrogé en Grande-Bretagne qu'en 1857, date à laquelle l'acte ne fut plus renouvelé (ce système perdurera quelques années à Gibraltar par exemple ou dans les Bermudes).

<sup>80</sup> Bilan de la commission reproduit dans les volumes 37, novembre 1778 à août 1780 (période du 1er au 10 avril 1779, p. 306 à 315 notamment) et 39, novembre 1782 à mars 1784 (22 mars 1784, p. 1040 à 1047) du *Journal of the House of Commons*. J. E. FITZSIMMONS, *The transportation of convicts to New South Wales, Australia, 1787-1840: Could free men and bondsmen exist together?*, 1970, Electronic Theses and Dissertations. 6851, p. 33, disponible sur le site de l'Université de Windsor : <https://scholar.uwindsor.ca/etd/6851>.

<sup>81</sup> *Journal of the House of Commons*, vol. 37, Londres, Chambre des communes, 1803, p. 310.

<sup>82</sup> *Journal of the House of Commons*, vol. 37, op. cit., p. 311.

<sup>83</sup> J. BANKS, *The Journal of Joseph Banks During Captain Cook's First Voyage in Endeavour in 1768-1770*, op. cit., p. 307 et suivantes. Il y décrit une terre relativement sablonneuse et sujette à la sécheresse dans laquelle l'eau ou les collines sont rares. Il n'exclut toutefois pas la possibilité de s'y établir.

La perte des Treize Colonies, consacrée par la signature du traité de Paris en 1783 renouvela l'intérêt de l'Angleterre pour la Nouvelle Hollande. Il était cette fois question d'en faire un foyer de peuplement. Cette idée est à mettre au crédit d'un nouveau protagoniste, James Maria Marta. Ce diplomate anglais d'origine corse<sup>84</sup> émit l'idée de faire de la Nouvelle Hollande une véritable colonie. Celle-ci devait servir de refuge aux loyalistes, colons américains restés fidèles à la Couronne britannique, comme cela était déjà le cas pour le Canada à partir de 1787 - incarnée par le projet d'*acte constitutionnel* de 1791. Ce dernier, qui avait lui aussi voyagé à bord de *l'Endeavour* en compagnie de James Cook et Joseph Banks, utilisa son influence politique pour adresser à Lord North, devenu ministre de l'Intérieur<sup>85</sup>, un projet de colonisation en ce sens. Dans sa *Proposition pour établir un foyer de peuplement en Nouvelle-Galles du Sud afin d'expié la perte de nos colonies américaines* de 1783, il souligne que « *ce territoire pourrait offrir un asile à ces infortunés colons américains restés loyaux et auxquels la Grande Bretagne est tenue par l'honneur et la gratitude d'offrir une protection et un soutien. [Ainsi] ils pourront reconstituer leur fortune perdue et, de nouveau, profiter de leur aisance passée*<sup>86</sup> ». Cette nouvelle proposition fut également éconduite jusqu'à l'arrivée au pouvoir de William Pitt le Jeune en décembre 1783. Cette nouvelle politique pénale nécessita d'abord l'adoption d'une loi du Parlement impérial en 1784<sup>87</sup> donnant compétence au Roi, avec le concours du Conseil, pour désigner les lieux de transports des détenus.

## B – L'influence déterminante de Lord Sydney

Grâce au concours de Lord Sydney, alors ministre de l'Intérieur, le projet de James Maria Marta fut modifié<sup>88</sup>. L'enjeu était alors de concilier la volonté d'offrir un

---

<sup>84</sup> La famille Marta a fui la Corse au XVIII<sup>e</sup> siècle pour s'être retournée contre Pasquale Paoli au moment de la guerre contre Gênes. James Maria Marta à l'origine de la proposition étudiée ici serait l'un des descendants, *Historical Records of New South Wales*, vol. 1, part. 2, Sydney, Charles Potter Government Printer, 1892 p. xxiv et suivantes.

<sup>85</sup> Entre 1782 et 1854 ce portefeuille sera rattaché au ministère de l'Intérieur avant de devenir un ministère à part entière.

<sup>86</sup> *Historical Records of New South Wales*, *op. cit.*, vol. 1, part. 2, p. 2 et suivantes. Le premier document est daté du 23 août 1783. Le style et les expressions utilisés par l'auteur pour décrire la Nouvelle-Galles du Sud ne sont pas sans rappeler la plume de Joseph Banks, qu'il cite d'ailleurs abondamment et qui prit part à la mise sur pied de ce projet.

<sup>87</sup> 24, Geo. III, c. 56, Une loi visant à organiser de façon efficace le transport de criminels et délinquants.

<sup>88</sup> *Historical Records of New South Wales*, vol. 1, part 2, *op. cit.*, p. 6 et suivantes. Dans une mention de l'échange avec Lord Sydney, James Matra reconnaît que la Nouvelle-Hollande serait susceptible d'accueillir des repris de justice qui apporteraient une aide matérielle aux colons établis sur place.

foyer aux loyalistes, tout en trouvant une solution au problème de la surpopulation pénitentiaire<sup>89</sup>. Ce nouveau document fut étudié par la Chambre des Lords au moment de l'examen du *Transportation of Felons Act* de 1784<sup>90</sup>. Ce n'est que le 13 janvier 1785 que la volonté de James Matra prit forme sous la plume de l'Amiral George Young<sup>91</sup> qui soumit à Lord Sydney un plan susceptible d'être mis en application<sup>92</sup>.

C'est finalement ce dernier plan qui fut retenu par le cabinet<sup>93</sup> et présenté par Lord Sydney au *Lord Commissioners of the Treasury*, le 18 août 1786<sup>94</sup>. Cette dernière version du plan revenait au cœur du problème, à savoir la question de surpopulation carcérale. Ainsi, il souligne que « *les geôles et les lieux de détentions dans le royaume étant arrivés à un tel seuil de saturation que le plus grand danger est à redouter. [Ce danger ne serait pas] seulement issu des évasions mais également des infections susceptibles de se développer d'heures en heures. Sa Majesté a eu le plaisir de me signifier son commandement royal de prendre, séance tenante, toutes mesures susceptibles d'exclure des individus condamnés du royaume [...]*<sup>95</sup> ».

Plus loin, Lord Sydney identifie *Botany Bay*, en Nouvelle-Galles du Sud, comme un territoire susceptible de répondre à cet objectif. Le plan retenu par Lord Sydney a le mérite de concilier les deux enjeux mis en avant à cette période : l'établissement d'une colonie et la question pénitentiaire. En effet, il souligne que l'envoi de prisonniers de droit commun représente un avantage à court et moyen termes pour la métropole, notamment grâce au développement d'une voie commerciale. Cette idée reflète la volonté de faire droit, dans une certaine mesure, au projet de James Maria Matra, consistant à offrir aux loyalistes venus des colonies américaines un refuge, alors

---

<sup>89</sup> A. TINK, « The Role of Parliamentary Committee Witnesses in the Foundation of Australia », *Australasian Parliamentary Review*, vol. 20, n°2, 2005, p. 33 à 38.

<sup>90</sup> *Transportation of Felons Act de 1784*, 24, Geo. III, c. 56.

<sup>91</sup> Ce dernier avait également pris part à l'expédition de 1770.

<sup>92</sup> *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol. 1, part. 2, p. 10 à 13. Ce plan est transmis à Lord Sydney par l'entremise de l'avocat général Richard Pepper Arden.

<sup>93</sup> En avril 1785 toutefois, une deuxième commission fut créée afin d'étudier la question de l'envoi de détenus de droit commun en Afrique. Finalement, cette commission s'est prononcée contre l'envoi de prisonniers de droit commun en Afrique. La commission finit par abandonner le choix de l'Afrique notamment à la suite de l'échec de l'expédition conduite par le Capitaine Thompson entre février et juillet 1786. Pour une analyse de la commission Beauchamp voir notamment C. M. H. CLARK, « The Origins of Convicts Transported to Eastern Australia 1787-1852 », 2 parties, *Historical Studies*, vol.7, n°26 et n°27, 1956, p. 121 à 135 et 314 à 327.

<sup>94</sup> *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol.1, part.2, p. 14 à 16 (voir également les pages suivantes, jusqu'à la page 20 pour d'autres recommandations).

<sup>95</sup> *Ibid.*, p.14.

même que ces derniers ont, pour nombre d'entre eux, déjà fait le choix d'immigrer au Canada<sup>96</sup>.

Lord Sydney recueillit par la suite l'accord de l'amirauté pour mener à bien cette expédition<sup>97</sup>. Un ordre en conseil en date du 6 décembre 1786 désigna expressément la Nouvelle-Galles du Sud comme un territoire susceptible d'accueillir une telle population<sup>98</sup>. Le Parlement britannique valida définitivement le plan né en 1779 à la fin de l'année 1786. A l'occasion du discours du Trône du 23 janvier 1787, le Roi George III annonça un plan afin de transporter à *Botany Bay* des criminels de droit commun<sup>99</sup>. Winston McMinn relève d'ailleurs que l'expérience de 1787 est une nouveauté pour la métropole. Cela explique, selon l'auteur, le cadre juridique minimal qui entoure les règles d'administration de la colonie et l'essor d'un système autoritaire durant les trente premières années<sup>100</sup>. Ainsi, l'Australie ne présenta que peu d'intérêt entre 1770 et 1788. Le Capitaine Arthur Phillip<sup>101</sup>, était à la tête de la première expédition d'ampleur. La *First Fleet*<sup>102</sup>, était une expédition composée de 11 navires transportant quelque 750 condamnés<sup>103</sup>, des vivres pour deux années mais aucun véritable moyen de faire fructifier cette nouvelle terre<sup>104</sup>. Entre 1788 et 1868, la nouvelle colonie reçut plus de 160.000 condamnés originaires, pour l'essentiel, des îles Britanniques. Cette logique de peuplement s'est révélée être un avantage pour la métropole<sup>105</sup>. A l'arrivée du Capitaine Phillip, il fut décidé de ne pas s'établir à *Botany*

---

<sup>96</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 28.

<sup>97</sup> *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol.1, part. 2, p. 20 à 23, lettre de Lord Sydney du 31 août 1786 relative à l'envoi de 750 criminels de droit commun.

<sup>98</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 35.

<sup>99</sup> R. BISSET, *The History of the Reign of George III*, vol. 3, Philadelphie, Levis & Weaver, 1811, p. 99. Le discours est reproduit dans W. COBBETT, *The Parliamentary History of England*, vol. 26, Londres, Hansard, 1816, p. 210 et suivantes.

<sup>100</sup> W. G. MCMINN, W. GREGORY, *Constitutional History of Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 1979, p. 1.

<sup>101</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol.1, p. 82. La colonie pénitentiaire fut officiellement établie lors d'une cérémonie officielle le 7 février 1788. La fonction de gouverneur fut officiellement instituée par une commission du 12 octobre 1786, puis précisée par une seconde lettre patente du 2 avril 1787.

Première commission du 12 octobre 1786 : *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol. 1, part. 2, p. 24-25.

La lettre patente, plus détaillée du 2 avril 1787 : *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol. 1, part. 2, p. 61 à 67.

<sup>102</sup> Cette expédition quitta Londres le 13 mai 1787 et arriva finalement à *Botany Bay* le 18 janvier 1788.

<sup>103</sup> *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol. 1, part. 2, p. 14. Ce chiffre correspond aux recommandations de Lord Sydney dans son plan d'août 1786.

<sup>104</sup> J. E. GILLESPIE, « The transportation of Convicts after 1783 », *Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 13, n°3, 1922, p. 359 à 381. L'auteur met en lumière le peu de préparation de l'expédition, une organisation presque bâclée.

<sup>105</sup> J. E. GILLESPIE, « The transportation of Convicts after 1783 », art. cit. L'auteur souligne la source d'économie que cela représentait tout en soulignant que la volonté des pouvoirs publics de faire de ce long voyage un élément dissuasif pour les criminels en devenir n'a en réalité pas porté ses fruits.

*Bay* comme cela était prévu à l'origine mais à *Port Jackson*<sup>106</sup>, considéré comme plus accueillant. Ce territoire est devenu l'actuelle ville de Sydney, nommée en 1788 en hommage à Lord Sydney qui n'a pas ménagé ses efforts pour donner vie au projet d'enracinement de la présence britannique en Australasie.

Le récit de l'Australie comme colonie pénale de substitution peut toutefois être nuancé par deux éléments supplémentaires. En effet, d'une part, il est significatif de souligner que ce nouveau territoire offrait des perspectives commerciales intéressantes pour la métropole, notamment dans l'établissement de rapports avec la Chine<sup>107</sup> ; d'autre part, la colonie pénitentiaire servit également à renforcer la présence britannique dans le Pacifique en donnant naissance à d'autres colonies<sup>108</sup>.

## **Sous-section 2 – L'établissement de la présence britannique en Nouvelle-Zélande**

La nouvelle colonie établie à Sydney servira de point de départ à l'exploration du continent d'une part et de la Nouvelle-Zélande, déjà découverte lors du voyage de James Cook en 1770.

### A – L'annexion de la Nouvelle-Zélande

La conquête de la Nouvelle-Zélande est également attribuée à James Cook dans le cadre de son expédition. Ce dernier posa le pied sur l'île en 1769 et en prit possession au nom du Roi George III sans établir la souveraineté britannique. En effet, lors de l'établissement des premiers Anglais de 1769 à 1841, à la désignation d'un gouverneur résident, cette dernière était administrée par la Nouvelle-Galles du Sud. Une première

---

<sup>106</sup> Arrivée sur cette terre plus hospitalière le 26 janvier 1788 baptisée ainsi en 1770 par James Cook en l'honneur de George Jackson officier de l'Amirauté. J. COOK, *The Three Voyages of Captain James Cook Around the World*, op. cit., vol. 2, p. 91.

<sup>107</sup> Il était également question de limiter l'influence française dans la région.

<sup>108</sup> Développement *infra*.

tentative de peuplement fut initiée par le Capitaine Herd en 1826, avant d'être abandonnée.

A l'image de l'Australie, la métropole ne voit la Nouvelle-Zélande que d'un œil distant<sup>109</sup>. La compétence du gouverneur de Nouvelle-Galles du Sud se justifie par une interprétation large de la commission remise à Arthur Phillip en 1786. En effet, cet instrument autorise le Capitaine Phillip à annexer toutes les îles adjacentes à *Botany Bay*<sup>110</sup>. Par ailleurs, le Parlement impérial adoptera le *Murders Abroad Act* 1817<sup>111</sup> qui précise explicitement que la Nouvelle-Zélande n'est pas un dominion britannique. A ce titre, la souveraineté britannique ne saurait s'exercer sur ce territoire, alors même que les deux îles ont été annexées. Cela révèle le caractère flou du statut de la Nouvelle-Zélande. A titre d'exemple, James Busby, un diplomate et journaliste britannique, sera désigné premier Résident britannique dans l'île, en 1833, sans jamais recevoir le titre de Gouverneur ou une commission royale. Ce dernier devra rendre des comptes et sera sous les ordres de Richard Bourke<sup>112</sup>, gouverneur de Nouvelle-Galles du Sud. Ce dernier fut désigné pour mettre fin aux tensions qui existaient entre les colons européens et les populations maories dont il devait assurer la protection. Jean-Jacques Chevallier relève qu'entre « *1769 et 1840 on vit dans les îles des aventuriers, des pêcheurs de baleine à moitié pirates, des missionnaires*<sup>113</sup> », ces derniers exerçant notamment la fonction de juge de paix<sup>114</sup>.

Ce n'est qu'en 1839 que Londres retrouvera de l'intérêt pour cette possession reculée et qu'un véritable projet de gouvernement sera initié<sup>115</sup>, motivé par l'accroissement de la population, les perspectives commerciales ou encore la

---

<sup>109</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 105-106. Jean-Jacques Chevallier souligne que la Métropole à qui l'on demandait d'intervenir pour régler les conflits avec les tribus maories ne nourrissait pas le moindre projet de colonisation.

<sup>110</sup> *Historical Records of New South Wales*, op. cit., vol. 1, part. 2, p. 24.

<sup>111</sup> *Murders Abroad Act* 1817 57, Geo. III, c. 53. On trouve dans cette loi l'utilisation du nom de Nouvelle-Zélande.

<sup>112</sup> Instructions adressées à James Basby le 13 avril 1833. Disponible sur le site de la *Victoria University of Wellington* : <http://nzetc.victoria.ac.nz/tm/scholarly/tei-TurEpi-t1-g1-t1-g1-t2-g1-t3.html>.

<sup>113</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 105.

<sup>114</sup> C. C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapter 1 Introduction » (p. 1 à 11), dans J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, Londres, Stevens and Sons, 2<sup>ème</sup> éd., p. 2.

<sup>115</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 75.

C. C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapter 1 Introduction », in J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, *ibid.*, p. 3.

découverte de l'or. En 1839, le *colonial office* décida d'étendre la souveraineté britannique sur la Nouvelle-Zélande en réponse à l'initiative privée de la Compagnie de Nouvelle-Zélande de prendre possession de ce nouveau territoire sous la direction de William Wakefield. Une lettre patente en date du 15 juin 1839<sup>116</sup> étend le territoire de la Nouvelle-Galles du Sud au territoire découvert par la Capitaine Hobson. La commission souligne que ce dernier est à la fois consul plénipotentiaire auprès des peuples maoris et Lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Zélande.

Le 19 janvier 1840<sup>117</sup>, le Gouverneur de Nouvelle-Galles du Sud, George Gipps adopta trois proclamations visant, d'une part, à étendre la compétence juridictionnelle de la colonie à la Nouvelle-Zélande et d'autre part à remettre l'achat de terres entre les mains de la Couronne. Les colons arrivés avec Wakefield entendaient continuer à s'administrer librement et à étendre l'autorité de la Compagnie de Nouvelle-Zélande. Cette dernière ne fut dissoute qu'en 1851 par George Grey. Les tensions entre le lieutenant-gouverneur et les colons de la compagnie ont créé une situation à laquelle il devenait urgent de trouver une solution. Le 21 mai 1840, la souveraineté de la Couronne britannique fut affirmée sur le dominion de Nouvelle-Zélande<sup>118</sup>. Cette situation fut confirmée par l'adoption du *New South Wales Continuance Act 1840*<sup>119</sup>, loi du Parlement impérial qui autorisait la création de colonies autonomes. Cette loi sera accompagnée d'une lettre patente datée du 16 novembre 1840<sup>120</sup> qui reconnaissait l'existence de la Nouvelle-Zélande comme une colonie à part entière dotée de ses propres institutions. Comme dans le cas du Canada ou de la Nouvelle-Galles du Sud, cet instrument représente la première charte de gouvernement pour les Iles Kiwis. La séparation de la Nouvelle-Zélande est définitivement proclamée le 3 mai 1841<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> Lettres patentes du 15 juin 1839, archives nationales de Nouvelle-Zélande, Wellington, ACGO 8341 IA9 1/2.

<sup>117</sup> D. V. WILLIAMS, « The Annexation of New Zealand to New South Wales in 1840: What of the Treaty of Waitangi? », *Australian Journal of Law and Society*, vol. 2, n°2, 1985, p. 41 à 55.

<sup>118</sup> William Hobson distingue la souveraineté sur l'île du nord par cession et l'île du sud par découverte.

<sup>119</sup> *New South Wales Continuance Act 1840*, 3 & 4, Vic., c. 62 (Imp).

<sup>120</sup> Lettres patentes du 16 novembre 1840, archives nationales de Nouvelle-Zélande, Wellington, AGGO 8341 IA9 5/6.

<sup>121</sup> C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapter 1 Introduction », in J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, op. cit. p. 3.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 76.

Cette chaîne d'événements complexes amène à s'interroger sur les motivations de la métropole. Robson souligne qu'en pratique, rien n'empêchait la métropole de déclarer, dès le départ, le caractère distinct de la Nouvelle-Zélande. L'argument réside dans le fait que cela faciliterait l'annexion des îles en s'appuyant sur le soutien logistique de la Nouvelle-Galles du Sud. En effet, l'auteur relève que « *six mois, à peine après l'arrivée du capitaine Hobson en Nouvelle-Zélande, le Parlement de Grande Bretagne étudiait un projet de loi visant à établir une colonie séparée ; et dans un délai de quatre mois supplémentaires, les lettres patentes de novembre 1840 furent adoptées. Elever la Nouvelle-Zélande, pour en finir avec le statut de dépendance, dans des délais aussi courts n'est pas attribué à un changement de gouvernement ou de politique du Colonial Office, à un événement particulier en Nouvelle-Zélande, ou à la croyance dans l'échec de l'expérience du statut de dépendance [de la Nouvelle-Galles du Sud]. Le Colonial Office avait depuis le début l'intention de faire de la Nouvelle-Zélande une colonie distincte et n'avait rattaché cette dernière à la Nouvelle-Galles du Sud que de façon temporaire, le temps d'obtenir un statut légal* »<sup>122</sup>. Le problème résidait principalement dans le fait que la Nouvelle-Zélande oscillait entre le statut de territoire découvert et de territoire cédé. En définitive, cette nouvelle possession britannique l'a été par annexion.

Avant d'évoquer l'administration de la Nouvelle-Zélande et l'adoption du *Constitution Act* de 1852, il semble intéressant de s'attarder sur les modalités d'adoption du Traité de Waitangi, considéré faussement comme la *Magna Carta* du peuple maori<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapter 1 Introduction », in J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, op. cit., p. 4.

<sup>123</sup> D. V. WILLIAMS, « The Annexation of New Zealand to New South Wales in 1840: What of the Treaty of Waitangi? », art. cit.

## B – Le Traité de Waitangi 1841

Un examen détaillé du Traité de Waitangi, sujet de recherche en soi<sup>124</sup>, va au-delà de l'objet de la présente étude. Toutefois, le caractère particulier de ce document justifie que l'on y consacre un développement. La littérature souligne de façon majoritaire l'absence de valeur juridique du document dans la construction de la Nouvelle-Zélande. Le traité de Waitangi a toujours eu une importance symbolique centrale dans l'histoire néozélandaise. Par ailleurs, son importance va se renforcer à mesure que les juges s'en saisiront pour rendre des décisions<sup>125</sup>. En outre, le traité permettra, notamment, de poser, par la suite, des limites à la souveraineté du Parlement néozélandais<sup>126</sup>.

L'établissement de missionnaires en Nouvelle-Zélande permit aux tribus maories de créer des liens avec les premiers Anglais, rapports qui allaient progressivement devenir commerciaux. Par ailleurs, les populations maories se méfiaient des Français qui revendiquaient également la possession des îles. En 1831, le chef maori Nga Puhī et le missionnaire Rawiri Taiwhanga effrayés par le retour des marins français après le meurtre du Capitaine Marc Joseph Marion du Fresne en 1772 à la Baie des îles<sup>127</sup>, ont pris l'initiative de réunir treize chefs maoris de l'île nord, pour solliciter la protection du Roi William IV<sup>128</sup>. Dans cette lettre, les chefs maoris proposent une alliance au roi anglais et demande sa protection contre « *la tribu de Marion* » (les Français) ou d'autres peuples qui causeraient des troubles. Il est intéressant de souligner que cette dernière mention fait référence aux colons britanniques installés par Wakefield. C'est à cette occasion que le *Colonial office* désigna James Busby comme Résident anglais

---

<sup>124</sup> M. BELGRAVE, M. KAWHARU, D. WILLIAMS, *The Treaty of Waitangi: Perspectives on the Treaty of Waitangi*, 2<sup>ème</sup> éd., Melbourne, Oxford University Press, 2005, 400 pp.

E. J. HAUGHEY, « The Treaty of Waitangi – Its Legal Status », *New Zealand Law Journal*, décembre 1984, p. 392.

<sup>125</sup> P. JOSEPH, « The Treaty of Waitangi : a Text for the Performance of Nation », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 4, n°1, 2015, p. 1 à 23. J. OLIVER-HOOD, « Ko Nga Take Ture Maori, Our Significantly Indigenous Administrative Law: The Treaty of Waitangi and Judicial Review », *Auckland University Law Review*, vol. 19, 2013, p. 53 à 75.

<sup>126</sup> D. V. WILLIAMS, « The Annexation of New Zealand to New South Wales in 1840: What of the Treaty of Waitangi? », art. cit.

<sup>127</sup> En réponse, les marins français avaient massacré 250 Maoris.

<sup>128</sup> La lettre est signée de la main de William Yate un missionnaire anglais. Une copie de la traduction de la lettre a été transmise à l'auteur de ces lignes par les services de la bibliothèque du Parlement de Nouvelle-Zélande. Par ailleurs, une version maorie du texte est conservée en Angleterre.

en Nouvelle-Zélande<sup>129</sup>. Un second document rédigé en 1835, désigné comme la déclaration d'indépendance, visait à reconnaître la souveraineté des tribus sur leurs terres<sup>130</sup> et fut à l'origine de la Confédération des tribus unies. Cette initiative fut accueillie par les autorités britanniques comme un moyen de faciliter la négociation avec ces dernières. Wakefield contesta d'ailleurs la clause de souveraineté contenue dans une déclaration devant la Chambre des Lords<sup>131</sup>, sans succès.

Le comité de la Chambre des lords de 1837 avait recommandé au gouvernement d'initier un processus de négociation avec les tribus maories afin d'obtenir un transfert de souveraineté et prendre possession des terres. C'est à cette occasion que Lord Normanby donna à William Hobson trois instructions<sup>132</sup> : prendre le contrôle sur la vente des terres<sup>133</sup>, établir un gouvernement civil et négocier avec les représentants maoris, sur la base de ce qui avait été recommandé en 1837. Les discussions principales débutèrent les 5 et 6 février 1840 et une quarantaine de chefs maoris signèrent finalement le traité<sup>134</sup>. A compter de cette date, Hobson dépêcha des représentants sur tout le territoire afin de généraliser la signature du traité. A la date du 15 octobre 1840, plus de 512 chefs avaient ratifié le traité.

Le traité de Waitangi rédigé en quelques jours à peine avait vocation à créer une union avec les Maoris, un accord symboliquement important. Dans les faits, la métropole ne considérait nullement cet accord comme un document de nature à limiter la souveraineté du Parlement. Le juge Pendergast<sup>135</sup> rappelle qu'il n'est aucunement question d'admettre une limite à la souveraineté du Parlement britannique. De nombreuses voix critiquent le processus de ratification du traité. En effet, David

---

<sup>129</sup> G. MARTIN, « James Busby and the Treaty of Waitangi », *British Review of New Zealand Studies*, vol. 5, 1992, p. 13 à 22.

<sup>130</sup> Ce document fut traduit par le révérend Henry Williams à qui l'on attribua par ailleurs la traduction du Traité de Waitangi.

<sup>131</sup> D. V. WILLIAMS, « The Annexation of New Zealand to New South Wales in 1840: What of the Treaty of Waitangi? », art. cit.

<sup>132</sup> *Correspondence with the Secretary of State Relative to New Zealand*, Londres, W. Clowes and Sons, 1840, p. 37 à 42.

<sup>133</sup> J.- J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p.106 et suivantes. L'auteur consacre un développement aux méthodes économiques et aux incitations mises en place.

<sup>134</sup> 26 d'entre eux étaient déjà partis à la déclaration d'indépendance de 1835

<sup>135</sup> *Wi Parata v The Bishop of Wellington* SC Wellington [1877] NZJurRp 183; (1877) 3 NZ Jur (NS) 72 (SC). Voir également G. MORRIS, « James Pendergast and the Treaty of Waitangi: Judicial Attitudes to the Treaty During the Latter Half of the Nineteenth Century », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 35, n°1, 2004, p. 117 à 144.

Pour un autre approche différente voir celle de John Salmond décrite dans: M. HICKFORD, « John Salmond and Native Title in New Zealand: Developing a Crown Theory on the Treaty of Waitangi, 1910-1920 », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, n°4, 2007, p. 853 à 924.

Williams souligne que le traité conclu en février 1840 n'incarnait pas le consentement de la majorité des tribus maories. De façon quelque peu pessimiste, l'auteur souligne que « *le traité de Waitangi est en réalité marginal dans la reconnaissance de la Nouvelle-Zélande comme une entité moderne, manifestement le document n'a qu'une importance légale secondaire. Il est dès lors surprenant que ce document soit élevé au rang de Magna Carta de la Nouvelle-Zélande* »<sup>136</sup>. La reconnaissance des droits maoris apparaîtra plus tard notamment avec la création du Tribunal maori<sup>137</sup>.

Cette mise en perspective historique permet de mieux saisir la nature particulière de l'établissement de la présence anglaise en Nouvelle-Zélande. Par ailleurs, la nature différente de chacune des colonies a fait l'objet de controverses dans la doctrine sans toutefois entrainer de réelles difficultés pratiques. En effet, la question du fondement juridique des différents foyers de peuplement anglais n'a pas eu de conséquence sur l'évolution convergente de ces derniers. Derrière la diversité des catégories apparaissent le pragmatisme anglais et l'objectif d'unité de l'administration.

---

<sup>136</sup> D. V. WILLIAMS, « The Annexation of New Zealand to New South Wales in 1840: What of the Treaty of Waitangi? », art. cit.

<sup>137</sup> Juridiction créée à la suite de la promulgation du *Treaty of Waitangi Act 1975* (1975, n°114).

## **Conclusion : l'unité dans la diversité**

Cette unité se conçoit notamment par le prisme de la puissance du Parlement impérial. Le Parlement de Westminster était considéré comme le seul pouvoir constituant. La nécessité de maintenir l'unité de l'Empire commande que les premiers systèmes de gouvernements mis en place se caractérisent par une concentration des pouvoirs entre les seules mains des gouverneurs. Ce dernier tient alors son autorité et sa légitimité de la seule Couronne britannique à laquelle il rend seul des comptes, et devant laquelle il est seul responsable. Cette autorité se fonde sur les lettres patentes ou les anciennes chartes commerciales, un système qui existait déjà dans les Treize colonies, souvent de nature commerciale<sup>138</sup>.

Les systèmes centralisés et autoritaires mis en place dans les premières chartes de gouvernement évolueront progressivement vers la limitation de l'autorité des agents de la Couronne, consacrant ainsi le passage du gouvernement autoritaire à une première forme de gouvernement civil qui sera appelé à muer vers davantage de libertés, notamment le droit de se gouverner. Cette première période marquée par une recherche de cohérence dans l'administration des territoires lointains a conduit la métropole à intégrer les particularismes locaux à un schéma d'administration plus large ayant vocation à tendre vers l'unité. Cette unité se caractérisait par le recours au Parlement impérial comme seul organe susceptible de créer cette structure cohérente.

Les mécontentements et les bilans mitigés des premières expériences substitueront aux lettres patentes l'adoption de lois du Parlement impérial portant gouvernement civil qui représenteront la première étape d'une construction constitutionnelle qui s'épanouira en creux de la lettre de ces constitutions, caractérisées par une certaine forme de minimalisme et d'uniformité.

---

<sup>138</sup> T. GUILLUY, *Du « Self-Government des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et le développement de la Constitution Britannique, op. cit., p. 313 et suivantes.*

## Chapitre 2 : Les premières lois portant constitutions pour les dominions, fondement des premiers gouvernements

*« La permanence des institutions représentatives dépend de la volonté du peuple à se soulever dans le cas où celles-ci seraient en danger. Si ces dernières sont trop peu estimées, il est rare qu'elles s'enracinent, et si elles y parviennent, elles seront certainement renversées, dès qu'un chef de gouvernement ou de parti susceptible de fédérer suffisamment de force pour un coup de main ne courra que peu de risques pour obtenir le pouvoir absolu<sup>1</sup> ».*

La première section a tenté de décrire la logique qui sous-tend l'expansion britannique. La perspective de la perte des colonies américaines a contraint à un changement dans la politique impériale. Cette idée met en lumière le caractère empirique, pragmatique de l'esprit politique britannique. Il s'agissait de pallier le problème de la surpopulation carcérale et de maintenir la souveraineté britannique au Canada après la conclusion du Traité de Paris. Apparaît ici la dimension de diversité dans la Constitution de l'Empire.

Toutefois, l'apparente diversité qui peut exister entre le Canada et l'Australasie va progressivement laisser place à l'unité. Cette unité se ressent dans les modalités d'administration de chacun des territoires nouvellement acquis. Les mécanismes mis en place dans les instruments royaux reprennent le même esprit : un système centralisé au sens où les directives émises par Londres doivent être appliquées sans être remises en question, même s'il a pu arriver que le *Board of Trade* ou le Conseil judiciaire privé se prononcent sur certaines questions<sup>2</sup>. C'est notamment la raison pour laquelle les premiers gouverneurs étaient des officiers militaires<sup>3</sup> dont la mission première était d'administrer les colonies « *pour le maintien de la paix et du bon ordre*<sup>4</sup> ». Chacun des

---

<sup>1</sup> J. S. MILL, *On Liberty, Utilitarianism, and other essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 226.

<sup>2</sup> Dans le même sens, le *Colonial Law Validity Act* 1865, 28&29 Vict, c. 63, a été adopté afin de renforcer l'autonomie locale et mettre fin à un problème d'interprétation du droit impérial, notamment dans le territoire de l'Australie Méridionale.

<sup>3</sup> Tradition qui durera jusqu'au XX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>4</sup> Formule que l'on retrouve systématiquement dans les documents remis aux officiers royaux ou dans les lois du Parlement de Westminster relatives à l'établissement des premiers gouvernements dans les colonies.

instruments de gouvernement en vigueur à l'époque prévoyait la réunion d'une assemblée nommée ou élue par les propriétaires terriens. Toutefois, pour des raisons d'opportunité, ces assemblées ne virent jamais le jour.

La comparaison des modalités d'administration du Canada (**section 1**) et de l'Australasie (**section 2**) permet de mettre en lumière le relatif échec de cette première période qui ne prendra fin qu'avec l'adoption de lois par le Parlement impérial visant à donner naissance à une forme de régime représentatif, première étape vers le gouvernement parlementaire.

### **Section 1 – L'administration coloniale dans l'Amérique du Nord canadienne**

Le Canada connut une évolution bien moins linéaire que les autres colonies. En effet, au sein même de ce nouveau territoire cohabitèrent deux régimes distincts : le régime centralisé et autocratique de la région du Québec et le régime plus ouvert des Provinces maritimes. La Nouvelle-Ecosse, le Nouveau-Brunswick ou l'Île-du-Prince-Édouard disposaient déjà d'institutions représentatives. La mise en place de ces systèmes représentatifs s'est faite plus rapidement sans toutefois être exempte de difficultés ou de doutes. Cette évolution s'explique par le fait que ces territoires, pacifiés, étaient peuplés exclusivement de sujets britanniques anglais<sup>5</sup>.

L'élément le plus intéressant demeure le régime mis en place dans la province de Québec (**sous-section 1**) et les évolutions qui vont voir le jour (**sous-section 2**).

---

<sup>5</sup> Pour une analyse plus détaillée voir : W. H. P. CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, 3<sup>ème</sup> éd, Toronto, the Carswell Company, 1916, p. 317 et suivantes.

Il est également intéressant de relever que la commission remise au Gouverneur Edward Cornwallis prévoyait dès 1749 la création d'une assemblée élue pour la Nouvelle-Ecosse. Cet organe ne vit le jour qu'en 1758 sous le gouvernorat de Charles Lawrence.

Les instructions remises au Gouverneur de la colonie de l'Île du Prince Édouard prévoyaient la convocation d'une assemblée qui sera désignée en 1773. Enfin la colonie du Nouveau Brunswick bénéficia du même arrangement dès 1784.

W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, *op. cit.*, p. 9 et suivantes (notamment s'agissant d'une reproduction de la Commission remise à Charles Cornwallis en 1749).

Egalement J. E. READ, « The Early Provincial Constitutions », *Canadian Bar Review*, vol. 26, 1948, pp. 621 à 637.

## **Sous-section 1 – La proclamation de 1763 et le Quebec act de 1774 : premières chartes de gouvernement**

La Proclamation de 1763 s’inspire très largement des premières expériences de gouvernement rapportées par les premiers officiers britanniques chargés de l’administration de la nouvelle colonie. Alors que la Proclamation de 1763 tentera en vain de reproduire le système en vigueur dans les Treize colonies, le *Quebec Act*<sup>6</sup> vise à mettre en place un système plus ouvert, sans toutefois parvenir à endiguer les perturbations qui ne cesseront qu’un demi-siècle plus tard.

Le *Quebec Act* représente une véritable expérience institutionnelle et constitutionnelle. Le Canada, comme nous l’avons évoqué, est une terre d’expérimentation, un laboratoire. Précurseur à tous points de vue, la colonie du Canada apparaît comme la fille aînée de la Couronne d’Angleterre. C’est sans doute pour cette raison que John Macdonald, premier chef de gouvernement du Canada avait proposé de dénommer la nouvelle nation autonome « *royaume du Canada* », ce qui ne fut finalement pas retenu<sup>7</sup>.

### A – La proclamation royale de 1763

La Proclamation royale de 1763<sup>8</sup> était un document qui posait deux éléments bien distincts. Il s’agissait, tout d’abord, de définir avec précision les limites de la nouvelle colonie, notamment au sujet des autres foyers de peuplement déjà présents. A ce titre, il est intéressant de souligner que la question de la délimitation géographique est présente dans de nombreux instruments de gouvernement adoptés à la même époque dans le cadre de l’administration de l’Australie ou de la Nouvelle-Zélande. Par ailleurs,

---

<sup>6</sup> 14, Geo. III, c. 83. En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 137 à 142.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l’histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 552 à 558.

<sup>7</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, An Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 314 à 315.

<sup>8</sup> En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l’histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., 1<sup>ère</sup> partie, p. 136 à 141.

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, op. cit., p. 18 à 21.

le texte garantissait l'exercice de la liberté religieuse et consacrait la survie d'une partie du droit français<sup>9</sup>. En effet, l'enjeu était de prévenir toute guerre de religion, même si le projet réel, qui ressort des instructions<sup>10</sup> remises au Gouverneur Murray, était celui d'une assimilation, d'une anglicisation du Québec<sup>11</sup>. Dans une lettre en date du 13 août 1763<sup>12</sup>, Lord Egremont informe le Gouverneur Murray d'un risque de troubles dans la colonie. En effet, ce dernier souligne que « *Sa Majesté a reçu certaines informations qui lui donnent raison de craindre que les Français aient l'intention de profiter de la liberté accordée aux habitants du Canada de pratiquer la religion catholique pour entretenir des relations avec la France et conserver, par le moyen des prêtres, une influence suffisante sur les Canadiens pour les conduire à se joindre à eux si l'occasion se présente de tenter de recouvrer ce pays* ».

La lecture de la proclamation royale en parallèle des instructions remises au gouverneur met en lumière un double discours. La relative bienveillance du texte de la proclamation contraste avec les instructions royales qui au départ, entendaient limiter les droits des nouveaux sujets. Il est en effet indiqué qu'une attention particulière devait être accordée aux prêtres tant dans la Proclamation que dans la lettre adressée au Gouverneur Murray « [...] *Il est donc de la plus grande importance de surveiller les prêtres*<sup>13</sup> ». Bien que le Roi, par l'article 4 du traité définitif, ait consenti « *à accorder la liberté de pratiquer la religion catholique et que Sa Majesté n'ait pas la moindre intention d'empêcher Ses nouveaux sujets catholiques romains de pratiquer leur religion suivant les rites de l'Eglise romaine, néanmoins la condition exprimée par le même article ne doit pas être perdue de vue, savoir : tant que le permettent les lois de la Grande-Bretagne*<sup>14</sup> ».

---

<sup>9</sup> A ce titre il s'agit ici d'une application de la doctrine coloniale de l'époque fondée sur la distinction entre territoire acquis par peuplement ou conquête.

<sup>10</sup> Instructions royales adressées au Gouverneur Murray le 7 décembre 1763.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791, op. cit.*, vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 155 à 179.

On trouvera également une reproduction de la commission adressée à James Murray le même jour p. 146 à 155.

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929, op. cit.*, p. 27 à 37.

<sup>11</sup> J.- J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique, op. cit.*, vol. 1, p. 36.

<sup>12</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791, op. cit.*, vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 142 à 143.

<sup>13</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *ibid*, p.142.

<sup>14</sup> Article IV du Traité de Paris du 10 février 1763.

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Constitution of Canada 1713-1929, op. cit.*, p. 32.

Par ailleurs, la commission remise à James Murray et les instructions données posent le cadre général du premier gouvernement civil pour le Canada. L'administration de la colonie était confiée à un conseil composé de cinq membres officiels (quorum nécessaire au fonctionnement du Conseil) tels que les lieutenant-gouverneurs de Trois Rivières et de Montréal, le juge en chef de la province et l'inspecteur général des douanes auxquels s'ajoutaient huit personnes désignées par le gouverneur-général parmi les « *les habitants les plus singuliers ou les personnes de moyens*<sup>15</sup> ». L'article 7 des instructions royales autorise le gouverneur-général à suspendre et remplacer les membres du conseil (y compris les lieutenant-gouverneurs). Ce gouverneur-général devra toutefois justifier de « *bonnes et sérieuses raisons*<sup>16</sup> ».

On trouve également la mention, comme dans la plupart des textes établissant des colonies, de la nécessité de réunir une assemblée lorsque cela apparaît souhaitable<sup>17</sup>. Cette assemblée générale, dont les modalités de désignation étaient laissées au libre choix du chef de l'exécutif de la province, devait être composée des propriétaires terriens de celle-ci. Cette référence à une chambre élue visait à attirer les colons britanniques. Toutefois, la démarche ne fut pas concluante et l'équilibre démographique restait largement en faveur des Canadiens<sup>18</sup>. Ces deux organes disposaient du pouvoir d'adopter des lois et des ordonnances pour la province tout en restant soumis, tant au contrôle du gouverneur-général que de la métropole. Une restriction de fait était imposée aux francophones catholiques qui ne pouvaient siéger au sein du conseil de la colonie qu'après avoir prêté serment contre la papauté<sup>19</sup>.

S'agissant de l'administration de la justice, l'ordonnance établissant des cours civiles autorisait les sujets catholiques comme protestants à siéger au sein des jurys.

---

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791, op cit.*, vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 87.

<sup>15</sup> Article 2 des instructions du 7 décembre 1763.

<sup>16</sup> Article 21 des instructions du 7 décembre 1763.

<sup>17</sup> Article 11 des instructions du 7 décembre 1763.

<sup>18</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791, op cit.*, vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 185 à 187. Cette idée ressort de la lettre adressée par le Gouverneur Murray à Lord Halifax en date du 15 octobre 1764.

<sup>19</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791, op cit.*, vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 149. Cette restriction présente dans la commission n'est pas reprise dans les instructions.

Dans une note de bas de page, les auteurs font référence aux annotations du Gouverneur Murray qui soulignait l'inutilité d'exclure les catholiques, tant la population protestante était en infériorité numérique<sup>20</sup>. Toutefois, cette justification n'a pas trouvé grâce aux yeux des anciens sujets de Sa Majesté. En effet, *les représentations du grand jury du Québec*<sup>21</sup> sont révélatrices des tensions entre les deux communautés. Les sujets britanniques ont pu ainsi contester la présence des Français catholiques au sein des jurys d'accusation mis en place à Québec.

A partir de 1770, apparaissent les premières revendications pour la réunion d'une chambre des représentants, telle que prévue dans la proclamation de 1763<sup>22</sup>. L'absence de réunion de cette chambre posait des problèmes d'administration. En effet, seule l'assemblée de la colonie ou, à défaut le Parlement britannique, pouvaient instituer des impôts. Michel Morin relève que de nombreuses actions de la part du procureur devant le *King's Bench* ont été initiées sans succès. Le rejet était motivé par une application de la jurisprudence antérieure à la décision *Campbell v. Hall*<sup>23</sup>. Cette situation devint vite intenable et le Gouverneur Murray, de sa propre initiative, choisit de faire preuve d'un plus grand libéralisme que ce qui était permis. Ce dernier tenta d'agir sur un élément facilement modifiable : la désignation de juges, jurés et avocats francophones<sup>24</sup>. Ainsi, une ordonnance rectificative du 19 septembre 1764<sup>25</sup>, fut adoptée pour rassurer les nouveaux sujets britanniques. Il n'était évidemment pas question de réunir une assemblée pour l'heure. Cette apparente largesse était exercée au profit de sa mission : angliciser les anciens sujets français, comme en témoignent par exemple les articles 32 à 39 des instructions royales.

---

<sup>20</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *ibid* p. 181, note de bas de page n°2.

<sup>21</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *ibid*, p. 187 à 192 (particulièrement p. 190) et la réponse des Français (p. 192 à 195).

<sup>22</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *ibid*, p. 397-398.

<sup>23</sup> M. MORIN, « Les revendications des nouveaux sujets francophones et catholiques de la Province de Québec, 1764-1774 », dans B. BAKER & D. FYSON (dir.), *Essays in the History of Canadian Laws and the Canadas*, Toronto, Osgood Society, 2013, p. 131 à 186.

<sup>24</sup> Lettre en date du 29 octobre 1764 du Gouverneur Murray aux Lords du commerce.

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Constitution of Canada 1713-1929*, *op. cit.*, p. 55.  
En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, *op cit.*, vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 200 à 202 (notamment p. 201).

<sup>25</sup> En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Constitution of Canada 1713-1929*, *op. cit.*, p. 48-49.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, *op cit.*, vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 219-220.

Les revendications grandissantes de la part de certains marchands ont conduit au remplacement du Gouverneur Murray en 1766, au profit du Gouverneur Guy Carlton, plus sévère. Il s'opposa avec encore plus de véhémence que son prédécesseur à la convocation d'une assemblée, normalement prévue dans la proclamation de 1763. Celui-ci justifia cette position en insistant sur le désintérêt des populations locales pour la chose publique. Il n'hésita pas à expliquer que « *la population canadienne n'est absolument pas désireuse de voir s'établir dans la province des institutions représentatives*<sup>26</sup> ». Il considérait que la convocation « *d'une chambre d'assemblée qui aurait toute sa force dans un pays où les hommes sont presque tous égaux, devrait donner une forte impulsion aux principes républicains. Je demande humblement à la grande sagesse des conseils de Sa Majesté de décider jusqu'à quel point l'esprit d'indépendance de la démocratie est compatible avec un gouvernement subordonné à la monarchie britannique et si les notions irrésistibles d'une telle institution doivent être développées dans les circonstances actuelles au sein d'une population si récemment conquise*<sup>27</sup> ».

Au-delà de la question du trouble né de la circulation des idées républicaines, l'organisation d'une élection sur une base intégralement égalitaire se révélerait très largement défavorable au pouvoir britannique, la population étant majoritairement catholique. Cet argument démographique était mis en avant dans un document remis à Sa Majesté<sup>28</sup>. Par ailleurs, on a pu reprocher à la population francophone, son peu d'appétence pour les institutions représentatives. En effet, la France de l'époque n'avait pas encore connu le bouillonnement de la fin du siècle. Cette réalité est loin d'être le reflet de celle du Québec. En fait, comme nous l'avons souligné et comme le démontre Michel Morin, la population francophone a bénéficié, par le biais de la presse<sup>29</sup> notamment, des avancées institutionnelles anglaises et a su très vite tirer profit d'un

---

<sup>26</sup> M. MORIN, « Chapt. 3 - Constitutional Debates in French Canada, 1764-1774 » (p. 47 à 79) dans P. OLIVER, P. MACKLEM, N. DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 47 à 79.

<sup>27</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 268 à 271 (notamment p. 271). Lettre de Guy Carleton à l'attention du ministre Shelburne le 20 janvier 1768.

<sup>28</sup> M. MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieur à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 44, n°2-3, 2014, p. 259 à 306.

<sup>29</sup> M. MORIN, « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : *La Gazette de Québec 1764-1774* », *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, vol. 47, 2013, p. 319 à 355.

modèle qui ne lui était pas réellement étranger, étant donné l'existence antérieure d'institutions comme le Conseil supérieur du Québec. Le seul mécanisme qui n'était pas encore réellement appréhendé par la population francophone était l'élection de représentants susceptibles d'influencer la politique locale<sup>30</sup>. L'absence d'élection d'une chambre populaire déclencha l'opposition des sujets britanniques qui considéraient que l'établissement d'un tel organe était un droit dont ils ne sauraient être privés<sup>31</sup>.

Les revendications ne cessèrent pas durant cette période et prendront souvent la forme de pétitions de la part de marchands ou propriétaires locaux qui s'opposaient aux choix de la métropole<sup>32</sup>.

## B – Le besoin d'un nouveau cadre institutionnel

Le système mis en place en 1763 s'est révélé très vite impraticable, par sa nature discriminante. L'exemple du serment d'allégeance, déjà évoqué, imposé à tous les membres du gouvernement entraînait de fait une exclusion de tous les catholiques romains. Dans le même sens, il avait été d'abord décidé d'établir pleinement la *common law*. Très vite, des protestations tant de la part des Canadiens, que des anciens sujets de Sa Majesté, vont voir le jour. Durant cette période, de nombreux rapports sont étudiés par les autorités britanniques pour tenter d'administrer au mieux la nouvelle colonie. L'une des questions centrales qui occupait ces rapports portait sur la conciliation de l'ancien droit français avec le droit anglais, un élément déjà mentionné dans la proclamation de 1763. Cette recherche de conciliation est confirmée par le rapport du 14 avril 1766<sup>33</sup> qui relève que le Roi anglais n'a pas souhaité mettre en place

---

<sup>30</sup> M. MORIN, « Chapt. 3 - Constitutional Debates in French Canada, 1764-1774 », in P. OLIVER, P. MACKLEM, N. DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, art. cit., p. 49.

<sup>31</sup> M. MORIN, « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : *La Gazette de Québec 1764-1774* », art. cit.

<sup>32</sup> W. P. M., KENNEDY, *The Constitution of Canada an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 41-42.

A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 195 à 199 (pétition du 7 janvier 1763 des habitants français contre le système de justice) ou p. 202 à 205 (pétition des marchands du Québec).

<sup>33</sup> Rapport du procureur général et du solliciteur général (York et de Grey) concernant le gouvernement civil de Québec, 1766. En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Constitution of Canada 1713-1929*, op. cit., p.65 à 58

un système autoritaire. Les contestations de la part des catholiques de Québec ont conduit à un assouplissement de la politique menée à partir de 1771, justifié par la volonté de ne pas attiser un vent de révolte qui pouvait provoquer un affaiblissement de la présence anglaise, numériquement inférieure<sup>34</sup>. Les revendications vont se renforcer pour obtenir la réunion d'assemblées représentatives ou le rétablissement de la coutume de Paris, sans pour autant obtenir gain de cause.

Dans le même sens, le gouverneur Carleton sera sévèrement critiqué. La population locale regrette presque l'apparente rigueur de James Murray. Dans une remontrance de 1766, les membres du Conseil exécutif reprochent au gouverneur-général de ne consulter qu'une partie d'entre eux sans tenir compte de la règle du consensus explicitement mentionnée dans les instructions royales<sup>35</sup>. Sa réponse, sans ambages, rappelle qu'il est libre de consulter les membres du conseil exécutif lorsqu'il estime cela nécessaire<sup>36</sup>. On serait tenté d'y voir les premiers éléments d'un contrôle du chef de l'exécutif colonial. Ce contrôle, s'il semblait apparaître en filigrane, restait limité en l'absence d'un contrôle du conseil sur les finances et sur la responsabilité du gouverneur.

L'expérience de 1763 met en exergue, dans une certaine mesure, les limites de la doctrine de transposition britannique. Le Canada, par son histoire et sa population, ne saurait être traité comme une colonie semblable aux Treize Colonies. C'est bien cette volonté d'uniformisation qui sera à l'origine des tensions. Le bon sens et le pragmatisme du législateur impérial conduiront à la reconnaissance du particularisme local en le laissant s'exprimer dans le fonctionnement institutionnel.

---

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 222 à 228.

<sup>34</sup> J. WEBBER, *The Constitution of Canada Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2015, p. 13. L'auteur relève que l'immigration britannique restait encore très largement minoritaire.

<sup>35</sup> Représentations des membres du Conseil, au Lieutenant-gouverneur Carleton, 13 octobre 1766 :

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 74.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 250-251.

<sup>36</sup> Réponse de Guy Carleton:

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 75.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 251.

## Sous-section 2 – Le Quebec Act<sup>37</sup> 1774

Le *Quebec Act* 1774 est la première grande loi du Parlement britannique portant constitution pour une colonie. Elle entend rompre avec l'état du droit qui donnait à la couronne la faculté de statuer par des ordres en conseil. La loi de 1774 veut prendre la pleine mesure des acquis de la Glorieuse Révolution. Son adoption est concomitante à la décision *Campbell v. Hal*, déjà évoquée. Cette loi posera les bases d'un système qui sera exporté dans les autres colonies, notamment en Australasie. Ce texte revêt une importance significative pour l'histoire du Canada dans la mesure où il entend mettre fin à la politique d'assimilation initiée en 1763, au profit d'une logique d'intégration, propre à maintenir la paix dans la colonie<sup>38</sup>.

L'un des premiers projets sérieux de conciliation est attribué à Francis Maseres, un juriste versé dans le droit anglais comme dans le droit français. Dans son rapport de 1766<sup>39</sup>, il conteste l'autorité du roi pour administrer la colonie et souligne que seul le Parlement britannique est compétent dans ce domaine. Tout en rejetant la nécessité d'établir une chambre des représentants, il considère que la question de la conciliation entre les droits français et anglais est centrale. Ce dernier proposera plusieurs projets par la suite<sup>40</sup>.

### A – L'adoption du *Quebec Act*

Le contexte dans lequel le *Quebec Act* est adopté est particulier. En effet, la situation dans les Treize Colonies semble de plus en plus tendue. Les premières

---

<sup>37</sup> En anglais : W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 137 à 142.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 552 à 558.

<sup>38</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of the Canada an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 49.

<sup>39</sup> En anglais : W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 69 à 72.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 229 à 241.

<sup>40</sup> M. MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », art. cit. L'auteur relève que Maseres imprimera, sans nécessairement se les attribuer, plusieurs projets visant par exemple à l'intégration graduelle du clergé dans le giron de l'Eglise anglicane, la création d'un conseil législatif composé de protestants ou l'adoption de nouvelles règles successorales.

réflexions sur l'adoption d'un nouveau cadre institutionnel apparaissent dès 1767. Dans un courrier en date du 20 juin 1767, Lord Shelburne informe Guy Carleton de la volonté du cabinet britannique de trouver de nouveaux arrangements pour la province : *« Comme il est de la plus grande importance d'établir une forme de gouvernement équitable pour la province de Québec, les serviteurs de Sa Majesté et particulièrement ceux du Conseil Privé de Sa Majesté sont appelés considérer sérieusement et attentivement les améliorations qu'il est possible d'apporter à la constitution civile de cette province. Toute lumière apportée sur ce sujet sera d'un grand secours de même que tout renseignement propre à indiquer jusqu'à quel point il est pertinent et praticable de fusionner les lois anglaises et françaises, en vue d'en arriver à un système à la fois équitable et avantageux pour les anciens et les nouveaux sujets de Sa Majesté, afin que le tout soit confirmé et finalement établi en vertu de l'autorité du parlement<sup>41</sup> ».*

William Kennedy relève un paradoxe intéressant. En effet, alors que le cabinet britannique cherchait un règlement politique à la situation du Québec et plus largement du Canada, Carleton réagissait en soldat dans la perspective d'une guerre domestique ou avec les futurs Etats-Unis, dans laquelle le Canada était appelé à être une pièce centrale<sup>42</sup>. Cette idée fait écho au message du roi qui désire trouver une issue harmonieuse aux événements en Amérique du Nord. Il est également important de rappeler que le Parlement britannique devient le pivot de la construction de l'Empire<sup>43</sup>.

Les événements dans les Treize Colonies ont encouragé l'adoption d'un texte visant à garantir le soutien de la population du Canada. La loi de 1774 porte sur deux grands éléments que l'on retrouvera également dans les lois portant constitutions pour la Nouvelle-Zélande et l'Australie, à savoir la mise en place d'une architecture institutionnelle de nature à permettre l'établissement d'un gouvernement civil et l'exercice de la justice – deux fonctions qui seront souvent confondues. La volonté de

---

<sup>41</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 254.

<sup>42</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of the Canada an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 59.

<sup>43</sup> W. P. M. KENNEDY, *ibid*, p.63.

maintenir en vigueur une partie du droit français témoigne du changement de politique, évoqué plus haut, conduit par Londres. La politique d'assimilation mise en place en 1763 va être remplacée par une politique d'intégration et d'apaisement. C'est là tout l'esprit dans lequel la loi de 1774 fut rédigée. Burke n'hésitera pas à résumer cela en soulignant que dans la loi de 1774 « [se caractérise par] *la préservation de leurs préjugés, leurs anciennes coutumes, définies dans le texte se révèlent en faveur de la France. La seule différence réside dans le fait qu'ils se trouvent face à George III et non plus Louis XVI* <sup>44</sup> ». Le système judiciaire français fut partiellement réintroduit<sup>45</sup>, notamment en matière civile. S'agissant du domaine pénal, le système anglais était considéré comme beaucoup plus protecteur. Guy Carleton recommandait par exemple la réception de l'*habeas corpus* pour le Québec. D'une manière générale, les idées de Guy Carleton ont largement influencé le projet de loi. Les rapports successifs seront étudiés toutefois, et les idées de ce dernier vont prévaloir, notamment l'impossibilité d'octroyer un système représentatif<sup>46</sup>. Ces idées sont très largement relayées par Wedderburn et Marriott dans leur rapport<sup>47</sup>. Cet argument est motivé par le bilan nuancé de l'expérience américaine et le risque de déséquilibre dans la province.

Les modalités de l'adoption du texte<sup>48</sup> permettent de mettre en lumière une volonté raisonnée et raisonnable d'adopter le texte le plus pertinent, susceptible de poser les fondations pour un nouveau gouvernement<sup>49</sup>. On retrouvera la structure mise en place dans la proclamation de 1763. Les pouvoirs du gouverneur-général sont maintenus et renforcés. On y trouve la mention d'une assemblée, toutefois sous-entendue (en précisant que le moment n'est pas opportun). Le Conseil est élargi de

---

<sup>44</sup> Edmond Burke, cité dans W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of the Canada an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 51.

<sup>45</sup> M. MORIN, « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : *La Gazette de Québec 1764-1774* », art. cit.

<sup>46</sup> M. MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieur à l'adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 », art. cit.

Dans le rapport Maseres par exemple :

En anglais: W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 71.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 238 et suivantes.

<sup>47</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 402 à 411 (rapport d'Alex Wedderburn du 6 décembre 1772) ou p. 426 à 468 (pour le rapport de James Marriott de 1774). Voir également F. X. GARNEAU, *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours*, vol.3, Québec, Imprimerie de Fréchet et Frère, 1848, p. 327.

<sup>48</sup> M. MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieur à l'adoption de l'*Acte de Québec* de 1774 », art. cit., p. 296.

<sup>49</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of the Canada an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 57-58.

douze à vingt-trois membres (avec un seuil minimum de dix-sept). L'un des éléments intéressants qui préfigure une forme de répartition des compétences concerne le fait que les cinq « membres officiels » du conseil étaient appelés à exercer les compétences liées à l'administration de la colonie. Le texte précisait que ces fonctions regroupaient « toute affaire dans lesquelles leurs avis est nécessaire exception faite des actes liés à la législation ». L'absence de cette assemblée créera des problèmes notamment pour l'adoption de loi financière. Pour régler le problème, le Parlement de Londres adoptera le *Revenue act 1774*<sup>50</sup>.

Cette première loi significative était accompagnée d'instructions à l'attention du représentant de la Couronne, auquel était accordé une grande confiance.

### B – L'échec du *Quebec Act*

Après de nombreuses modifications et neuf jours de discussions au sein du Parlement de Westminster, l'acte du Québec sera finalement adopté. L'acte du Québec sanctionné le 22 juin 1774 était considéré comme une loi scélérate. L'élargissement des frontières de la province afin de s'étendre au territoire américain, favorisait les catholiques et n'instituait pas d'organe représentatif. L'Acte ne présentait pas d'avancée constitutionnelle en soi. En effet, il n'était pas question de refonte du système ou de réorganisation institutionnelle<sup>51</sup>. Il semblerait même plus opportun de souligner que cette loi était en réalité une loi asymétrique. En effet, ce texte consacrait la nature particulière de la province de Québec et représentait un gain notable pour les Canadiens catholiques en entérinant les droits et libertés déjà garanties jusqu'ici. Il assouplissait également les règles relatives au serment et reconnaissait le maintien d'une part importante du droit français. Il représentait toutefois une régression pour les

---

<sup>50</sup> 14, GeoIII, c. 88.

En anglais : W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 140 à 142.

En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol.1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 558 à 561. Par ailleurs, cette logique visant à avoir recours au Parlement impérial afin de palier à un problème de compétence législative sera notamment utilisé en Nouvelle-Galles du Sud au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, au moment du *de facto* d'une colonie pénale à une colonie civile – passage d'un gouvernement militaire à un gouvernement civil.

<sup>51</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., p. 38.

J. WEBBER, *The Constitution of Canada Contextual Analysis*, op. cit., p. 13.

anciens sujets britanniques. En effet, comme nous l'avons évoqué, aucune assemblée législative n'était prévue par le texte, faute de stabilité nécessaire. Il s'agissait d'un texte d'apaisement en vue de limiter les influences néfastes des Treize Colonies. En effet, dans un message en date du 26 octobre 1774, le Congrès américain nouvellement constitué invitait ses voisins à les rejoindre dans sa lutte contre la Couronne britannique<sup>52</sup>.

Cette opposition au texte est apparue durant les débats relatifs à son adoption mais demeura bien ancrée dans la période qui suivit directement celle-ci. Au moment de son adoption, les débats au sein du Parlement soulignent la nature discriminante du texte. Alors que Lord North le défend en évoquant les risques d'un embrasement dans la région, ses détracteurs n'hésitent pas à critiquer un texte qui viole les principes de la Constitution britannique ou de la monarchie. Les plus farouches opposants au texte vont jusqu'à souligner que les « *sujets britanniques [sont] privés de leur droit de naissance* » notamment s'agissant du recours au procès devant un jury<sup>53</sup>. Le système établi est critiqué comme étant un maintien tout juste déguisé de la monarchie française très largement favorable aux nouveaux sujets catholiques. Le caractère particulièrement bienveillant vis-à-vis de l'Église catholique entraîna la contestation des habitants de Londres. Le Lord Maire de Londres s'éleva contre la loi de 1774<sup>54</sup>. Ce dernier n'hésita pas à demander une audience au Roi George III, accompagné d'une centaine de représentant de la ville pour qu'il exerce son droit de veto sur cette loi considérée comme inique<sup>55</sup>. La pétition qui fut adressée au Roi était sans appel. Par ailleurs, la loi de 1774 est une violation des engagements de la proclamation de 1763<sup>56</sup>. Elle est critiquée comme établissant légalement la religion catholique romaine

---

<sup>52</sup> Adresse du Congrès général aux habitants du Québec, 26 octobre 1774 : W. P. M. KENNEDY, *Statutes Treaties and Documents of the Constitution of Canada*, op. cit., p. 143 à 147.

<sup>53</sup> W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713-1929*, op. cit., p. 96 à 134. En français : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol. 1, 1<sup>ère</sup> partie, p. 518 et suivantes.

<sup>54</sup> M. MORIN, « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieur à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », art. cit., p. 304.

<sup>55</sup> *The Old Province of Quebec*, vol. 1, Toronto, Clarendon Library, 1968, p. 183 et suivantes.

<sup>56</sup> La pétition utilise l'adjectif « répugnant » bien connu des Pères fondateurs américains pour évoquer la question de la prérogative ou du droit constitutionnel britannique.

*The Annual Register 1774*, Londres, J. Dodsley, 1778, p. 232-233.

considérée comme une religion « *d'idolâtre et sanguinaire* ». La pratique de la foi protestante, à l'inverse, n'est pas protégée.

Devant les mécontentements grandissants vis-à-vis de cette loi considérée comme scélérate, comme l'une des quatre « *lois intolérables*<sup>57</sup> » tant par les Treize Colonies que par les sujets britanniques de la nouvelle colonie, un front critique de la part du corps politique et de la population apparut. Cette opposition au système mis en place au Québec s'étendait au-delà des clivages politiques classiques. En effet, le mois de mai 1775 fut un mois relativement troublé. Le *Quebec Act* fut farouchement critiquée tant par les sympathisants de la dépendance américaine que les défenseurs de la situation particulièrement défavorables aux protestants résidants au Québec. Les 17 et 18 mai fut déposé devant le Parlement de Westminster un projet de loi visant à abroger cette loi inopportune par nature. Ce projet d'abrogation était porté Lord Camden et George Savile<sup>58</sup> siégeant chacun dans une chambre différente du Parlement. Leur projet se fondait notamment sur les pétitions qui avaient été adressées au Parlement par les citoyens de la province de Québec sous la plume de Francis Masere. Trois pétitions furent adressées au mois de janvier 1775, respectivement à la Chambre des communes, à la Chambre des lords et au Roi. Ces pétitions reprennent en substance les arguments évoqués une année auparavant au cours des débats relatifs à l'adoption du texte. On y retrouve les arguments condamnant la mise en place d'un régime autoritaire, tyrannique, violant les principes cardinaux de la Constitution britannique. Une large place est également accordée à l'absence de garantie donnée à la pratique de la religion d'Etat anglicane, à laquelle est préféré le culte catholique romain exercé par les anciens sujets français.

L'Histoire, déjà en marche, acheva finalement de consacrer le destin funeste qui guettait la loi dès son adoption. Les conséquences de l'indépendance américaine ont conduit à faire du texte un document mort-né. A son retour au Canada en 1774, Guy Carleton rétablira, pour des raisons évidentes d'expédient politique, le système

---

<sup>57</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 63

<sup>58</sup> R. E. CLOSE, « The Attempted Repeal of the Quebec Act: The State of the Parliamentary Opposition in 1775 », *Past Imperfect*, vol. 1, 1992, p. 77 à 91.

antérieur à l'adoption de l'acte du Québec. Cette situation de fait s'explique par l'imminence de l'indépendance américaine et le besoin de préserver l'intégrité de la colonie. Les hostilités qui existaient avant l'adoption de la loi resurgirent et s'intensifièrent sous le gouvernorat de Frederick Haldimand à partir de 1778. On notera par exemple une pétition du 11 avril 1785<sup>59</sup> par laquelle les loyalistes réclamaient un gouvernement indépendant de celui du Québec, guidé par les principes de la Constitution britannique. Un rapport sur l'état de la province souligna le fait que le système se montrait impraticable. Le Baron Dorchester critiquait un système fondé sur l'injustice et le favoritisme<sup>60</sup>. Au moment où des projets de modification commençaient à être étudiés, Adam Lymburner se présenta devant la Chambre des communes pour défendre la création d'une assemblée représentative. Kennedy relève que les débats qui suivront manqueront de sincérité et seront biaisés par des considérations extérieures. Toutefois, cet événement permettra à Pitt de reprendre la main sur la question de l'administration du Québec<sup>61</sup>.

L'évolution de la province du Québec vers le système représentatif ne sera atteinte qu'en 1791 avec l'adoption de l'Acte constitutionnel<sup>62</sup>. L'expérience initiée en 1774 ne produira donc jamais pleinement ses effets. Cette période transitoire qui ne donnera aucun réel élément sur l'éventuelle réussite de la loi de 1774 prendra fin en 1787, au moment où le gouvernement britannique décidera de reprendre la situation du Québec en main. Le plan mis en avant proposera la division du Québec. Il s'agira également de doter la colonie d'un véritable système représentatif.

Les balbutiements de la nouvelle colonie canadienne mettent en exergue l'esprit dans lequel la métropole entendait établir ses rapports avec ses dépendances. On rappellera que l'architecture institutionnelle formalisée dans les lettres patentes ou les commissions n'est en réalité que lacunaire. Le projet colonial est à rechercher ailleurs,

---

<sup>59</sup> Pétition de Sir John Johnson et des loyalistes du 11 avril 1785 :

A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791*, op. cit., vol. 1 2<sup>ème</sup> partie, p. 758 à 761.

<sup>60</sup> Lord Dorchester à Lord Sydney, 13 juin 1787 : A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *ibid* , p. 926 à 928.

<sup>61</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of the Canada an Introduction to its Development and Law*, op. cit., p. 77.

<sup>62</sup> 31, Geo. III, c. 31.

dans les instructions, dans les échanges entre les gouverneurs et la métropole. Ces rapports sont très encadrés et il n'est laissé que peu de marge de manœuvre aux officiers royaux pour exercer leur fonction. En effet, ces derniers, bien que titulaires d'une délégation dans l'exercice des fonctions étatiques, obéissent à un agenda défini par *Downing Street*.

## **Section 2 : L'administration des colonies en Australasie**

Le point de départ de la conquête de l'Australasie est la colonie de Nouvelle-Galles du Sud. De ce premier foyer de peuplement, des expéditions ont été initiées tout à la fois pour découvrir le territoire et pour établir de nouvelles colonies. A ce titre, l'origine pénitentiaire de la colonie installée à Sydney explique le caractère militaire, autocratique de l'administration coloniale (**sous-section 1**), qui sera également appliqué en Nouvelle-Zélande (**sous-section 2**). Ce système très concentré reposait sur la seule personne du gouverneur-général qui recevait des directives de la métropole. Ce système évoluera *a minima*, avec l'adoption de lois du Parlement britannique. Ces lois étaient construites sur le modèle de ce qui existait déjà au Canada, visant à introduire un semblant de contrôle sur le gouverneur-général.

### **Sous-section 1 – 1787-1828 d'un gouvernement autoritaire à un gouvernement limité**

Le changement de démographie, l'évolution de l'immigration dans les colonies australiennes et notamment en Nouvelle-Galles du Sud, de même que la condamnation du système pénitentiaire, conduiront à une première étape dans l'évolution des institutions coloniales avec l'adoption de la loi de 1823<sup>63</sup>. Cette loi symbolise – rien de

---

<sup>63</sup> 4, Geo. IV, c. 96 (1823), *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, His Majesty's law and Statutes Printers, Butterworth and Son, Londres, 1823, p. 924 à 944.

plus – les premiers pas de la colonie, puis du reste de l’Australie, vers la mise en place d’un régime de type représentatif à compter de 1840.

### A – Le gouvernement de Nouvelle-Galles du Sud

Arthur Phillip fut désigné gouverneur de la Nouvelle-Galles du Sud par une commission du 12 octobre 1786<sup>64</sup>. Ce document de désignation n’apporte que peu d’éléments sur les modalités d’administration de la future colonie. Il se borne, notamment, à définir les limites géographiques de la nouvelle colonie, comme c’était le cas dans la proclamation de 1763, pour le Canada. Cette commission sera amendée par une seconde commission en date du 2 avril 1787<sup>65</sup>. Cette dernière autorise le gouverneur à étendre la domination britannique aux territoires et côtes environnantes, notamment à la Nouvelle-Zélande. Il semble intéressant de souligner que, comme pour le reste des colonies, l’autorité des gouverneurs est tout à la fois fondée sur la prérogative royale et sur l’autorité du Parlement de Westminster<sup>66</sup>. En effet, le 25 avril 1787<sup>67</sup> fut adressée à Arthur Phillip une lettre patente qui devait fonder son autorité<sup>68</sup>. Ce document instituait une autorité absolue entre les mains du gouverneur. Dans l’introduction à leur commentaire de la Constitution australienne, John Quick et Robert Garran soulignent que « *le gouverneur s’est vu octroyer un pouvoir presque absolu. Le système était fondé sur une logique despotique tempérée par son discernement et par le fait qu’il se savait dans l’obligation de rendre des comptes aux autorités impériales de toute faute dans l’administration de la colonie*<sup>69</sup> ». La colonie de Nouvelle-Galles du Sud étant considérée comme une colonie de peuplement où ne résidait aucune population, la doctrine du XVIII<sup>ème</sup> siècle admettait que l’autorité du gouverneur reposait sur la seule prérogative royale<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> *Historical Records of New South Wales, op. cit.*, vol. 1, part. 2, p. 24-25.

<sup>65</sup> *Historical Records of New South Wales, op. cit.*, vol. 1, part. 2, p. 61 à 67.

<sup>66</sup> 24, Geo. III, c. 56, *Transportation of Felons Act 1784*,

<sup>67</sup> *Historical Records of New South Wales, op. cit.*, vol. 1, part. 2, p. 85 à 91.

<sup>68</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth, op. cit.*, p. 35. Les auteurs contestent le fondement juridique de l’autorité du gouverneur en soulignant que cette autorité devrait découler uniquement du Parlement Impérial, p. 35.

<sup>69</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *ibid* p. 36.

<sup>70</sup> Sur la question de l’étendue de la compétence du gouverneur sur le fondement de la prérogative royale, la plupart des auteurs soulignent que la seule limite attachée à celle-ci réside dans la levée de l’impôt et des taxes.

Voir pour des avis concordants E. V. EVATT, « The Legal Foundations of New South Wales », *Australian Law Journal*, vol. 11, 1938, p. 409 à 424, V. WINDEYER, « A Birthright Anf Inheritance : The Establishment of the Rule of Law in Australia »,

Par ailleurs, le gouverneur nommé et responsable devant la Couronne – devant le cabinet britannique – disposait du pouvoir d’administrer la colonie librement. Ce système fondé sur la logique de gouvernement militaire rompait avec l’idée d’un gouvernement libre<sup>71</sup> comme il en existait en Angleterre. Les lettres patentes des 2 et 25 avril 1787, prises sur le fondement d’une loi du Parlement britannique<sup>72</sup>, sont désignées comme « la *Première Charte de Justice* » : elles reconnaissent au gouverneur « le pouvoir de faire et exécuter toute mesure de la façon qu’il jugera appropriée » ; il est également mentionné que les habitants de la colonie doivent être des sujets « obéissants et doivent assister Arthur Phillip<sup>73</sup> ». L’administration générale obéit à des règles militaires strictes. En effet, le gouverneur-général dispose de la faculté, au besoin et selon son propre jugement d’appliquer la loi martiale<sup>74</sup> et d’administrer la justice<sup>75</sup>.

Cette première charte de justice est accompagnée d’instructions sur les modalités pratiques d’administrations, de la colonie et d’une loi du Parlement britannique relative à l’établissement d’un système de justice<sup>76</sup>. On y distingue les matières civiles et pénales<sup>77</sup>, toutes deux de la compétence du *judge advocate*<sup>78</sup>. Il est intéressant de souligner qu’en matière civile, la juridiction est composée du *judge advocate* et de deux

---

*Tasmanian University Law Review*, vol. 1, n°5, 1962, p. 635 à 669, E. CAMPBELL, « Prerogative Rule in New South Wales, 1788-1823 », *Royal Australian Historical Society Journal*, vol. 50, 1964, p. 161 à 191.

<sup>71</sup> W. H. MOORE, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, 2<sup>ème</sup> éd., Melbourne, Charles F. Maxwell, 1910, p. 8.

<sup>72</sup> *New South Wales Courts Act 1787*, 27 Geo. III, c. 2, *Historical Records of New South Wales*, vol. 1 part. 2, *op. cit.*, p. 67 à 70. Cette loi du Parlement britannique autorise l’édiction de tribunaux compétents en matière pénale, de même que la mise en place d’un gouvernement civil. Cette dernière disposition ne sera pas réellement suivie d’effet.

<sup>73</sup> *Historical Records of New South Wales*, vol. 1 part. 2, *op. cit.*, p. 67.

<sup>74</sup> *Historical Records of New South Wales*, vol. 1 part. 2, *op. cit.*, p. 65.

<sup>75</sup> E. CAMPBELL, « The royal prerogative to create colonial courts: a study of the constitutional foundations of the judicial system in New South Wales 1788 – 1823 », *Sydney Law Review*, vol. 4, n° 3, p. 343 à 372. Dans cet article l’auteur reprend toute la controverse sur l’étendue du pouvoir de prérogative en soulignant notamment que « dans le cas des colonies dépourvues de législature élue, la Couronne dispose de la faculté d’ériger des tribunaux. Il ajoute que de tels tribunaux ne peuvent statuer contre les principes fondamentaux de la Constitution [britannique] » Cette analyse se fonde sur la décision du *Board of trade Re the Lord Bishop of Natal* de 1864, 3 *moo PCCNS* 115.

<sup>76</sup> *New South Wales Courts Act 1787*, 27 Geo. III c. 2. Cette loi du parlement permet de saisir la nature particulière de l’établissement et du développement de la première colonie australienne. En effet, il y est question d’autoriser les juges dans la métropole à condamner à une peine (« minimum d’un an et ne pouvant excéder la durée maximum de la peine ») devant être purgée dans la nouvelle colonie.

<sup>77</sup> John Quick et Robert Garran, notamment n’ont pas hésité à relever les doutes qui existaient sur la légalité des décisions prises par le gouverneur. En effet, la loi de 1787 se borne à autoriser la création de tribunaux compétents en matière pénale. Toutefois, la morphologie mouvante de la colonie imposera également, cela vient d’être évoqué, la création de tribunaux compétents en matière civile. Il incombait au Parlement impériale de créer des juridictions compétentes en matière civile, en l’absence d’une législature locale. J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 36 et suivantes.

<sup>78</sup> Sur la fonction, voir V. WINDEYER, « A Birthright and Inheritance: The Establishment of the Rule of Law in Australia », *Tasmanian University Law Review*, vol. 1, n°5, 1962, p. 635 à 669 (notamment p. 641 et suivantes).

habitants de la colonie jugés compétents et honorables<sup>79</sup>. Le système de justice sera par la suite modifié par l'adoption d'une *Seconde charte de Justice*<sup>80</sup>, en 1814, qui remplacera les tribunaux à compétence civile par trois tribunaux distincts.

Après le départ du capitaine Phillip en 1792, suivra une période de gouvernement autocratique marqué par des abus<sup>81</sup>. Ce système autoritaire et centralisé sera étendu à l'ensemble des territoires qui seront annexés durant cette période. En effet, la Nouvelle-Galles du Sud étant le point de départ de la colonisation australienne, les gouverneurs administreront le fonctionnement des nouveaux territoires. A compter de 1793, l'afflux de colons anglais<sup>82</sup>, d'une part et les critiques du système mis en place d'autre part, imposent une évolution de l'administration de la colonie carcérale qui prendra corps à partir de 1823. Ainsi, jusqu'en 1823, il n'est aucunement question de reconnaître aux colonies australiennes un quelconque degré d'autonomie dans l'administration des affaires locales. Cela s'explique sans difficulté par l'absence d'un projet de colonisation précis, teinté d'un certain désintérêt de la métropole, d'un côté et la nature particulière de la première vague de population de l'autre. Le changement de démographie s'explique également par le nombre de colons émancipés qui se verront attribuer des terres à exploiter.

Plus largement encore, le système carcéral mis en place est particulièrement critiqué par des personnalités éminentes comme Jeremy Bentham. Dans une série d'écrits, il condamnera la politique coloniale dans son ensemble et appellera en définitive à une redéfinition des liens entre la métropole et ses colonies<sup>83</sup>. Ce dernier

---

<sup>79</sup> Lettres patentes établissant les cours de justice, du 2 avril 1787, *Historical Records of New South Wales*, vol. 1 part. 2, *op. cit.*, p. 70 à 76 (p. 71).

<sup>80</sup> Des lettres patentes modificatives seront adoptées le 4 février 1814. Parmi les trois tribunaux établis, on trouve une Cour suprême qui n'apparaîtra réellement qu'à compter de 1823.

<sup>81</sup> Quick et Garran définissent cette période comme une période de despotisme, J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 36. W. J. V WINDEYER, *Lectures on Legal History*, 2<sup>ème</sup> éd, Sydney, Law Book Company, 1957, p. 305. L'auteur définit le gouverneur de cette période comme un « autocrate absolu ».

<sup>82</sup> G. CARNEY, *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 38.

<sup>83</sup> Cet appel sera notamment incarné dans son discours « *Emancipate your colonies* » de 1793, qui sera publié 1829, J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, vol. 4, Edinburgh, William Tait, 1838- 1843, p. 407 à 418.

Jeremy Bentham considère la colonisation comme une conquête semblable à « *une ambition vulgaire* », une « *abomination* » alors que l'émancipation suppose un dépassement, « *un nouveau chemin vers la gloire* ». Il qualifiera le système de représentation des populations dans les colonies, comme une « *illusion* ». A ce titre, la conclusion de l'auteur est particulièrement révélatrice des critiques adressées (p. 418).

n'hésite pas souligner l'absence de fondements juridiques de l'autorité octroyée aux gouverneurs en matière législative<sup>84</sup>. Il condamne un système abusif qui repose sur la loi martiale et dans lequel les Britanniques, hommes libres en vertu de la loi, sont maintenus en esclavage dans une terre d'exil. L'autorité du gouverneur illégalement obtenue est exercée afin de poursuivre un objectif contraire à l'esprit de la constitution anglaise : « *La compétence [législative] ainsi illégalement endossée, fut exercée, comme fut souligné, à des fins oppressives ou contraire à la Constitution. Les britanniques, libres par le droit autant que les Britanniques peuvent l'être, sont maintenus dans cette terre d'exil en situation de servitude*<sup>85</sup> ». Il souligne que les agents de la Couronne exercent sur les sujets anglais un pouvoir législatif sans contrôle du Parlement, une autorité absolue et autocratique semblable à la tyrannie : « *Les agents de la Couronne ont exercé la compétence législative sans l'autorité dérivée du parlement. Ils n'ont pas légiféré dans des situations isolées, mais dans absolument toutes les situations. Ils ont exercé une autorité d'une dimension autocratique proche de l'autorité exercée en Russie*<sup>86</sup> ». La colonie de Nouvelle-Galles du Sud est en réalité semblable à la Bastille<sup>87</sup>. Il regrette qu'un système ouvertement inconstitutionnel soit maintenu en vigueur pendant trente ans sans susciter la moindre indignation ou protestation. Bentham souligne que le gouverneur de la colonie légifère, de bonne foi, par ordonnances, élevées dans ce cas-ci au rang d'acte de portée législative<sup>88</sup>, parfois guidées par des instructions de la métropole. En effet, avant l'adoption de la loi de 1823, le gouverneur, comme le roi d'Ancien Régime était le seul législateur (en l'absence d'un conseil) et les proclamations adoptées par ce dernier avaient force de loi. Il ajoute que les compétences législatives qui auraient été déléguées dans la colonie

---

<sup>84</sup> Une sévère critique du système mis en place en Nouvelle-Galles du Sud se trouve dans son pamphlet rédigé en 1803 « *A Plea for the Constitution : Shewing the Enormities Committed, to the Oppression of the British Subjects, Innocent as well as Guilty ; in Breach of the Magna Carta, the Habeas Corpus Act, the Petition of Right and the Bill of Rights as likewise of the Several Transportation Acts, in and by the Design, Foundation, and Government of the Penal Colony of New South Wales : Including an Inquiry into the Right of the Crown to Legislate Without Parliament in Trinidad and Other British Colonies* », J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. 4, p. 251 à 286.

L'auteur souligne une contradiction apparente en ce que la loi ne confère qu'une compétence de créer des cours de justice et en aucune façon de prendre des actes de portée législative. Par ailleurs, il souligne que la loi évoque la création d'une colonie et la mise en place d'un gouvernement civil sans prévoir de compétence législative. L'auteur poursuit, non sans ironie, que les ordonnances prises par le gouverneur de la Nouvelle-Galles du Sud sont nulles sauf à admettre la compétence législative du gouverneur (p. 255).

<sup>85</sup> J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. 4, p. 253.

<sup>86</sup> J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, ibid., p. 254.

<sup>87</sup> J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, ibid., p. 283.

<sup>88</sup> Il n'est pas question d'assimiler le pouvoir du Roi à celui du gouverneur dans la colonie (dont il conteste d'ailleurs le nom en l'absence d'une assemblée).

par la Couronne n'auraient pu l'être que sur le fondement d'une loi du Parlement ce qui ne fut nullement le cas<sup>89</sup>. *In fine*, Bentham milite pour la refonte du système et l'abrogation des mesures prises par les gouverneurs sur le fondement de l'autorité royale. Il appelle de ses vœux la mise en place d'un organe de consultation représentant la volonté des colons et l'édiction d'un système de justice équitable.

Dans le même sens, une commission de la Chambre des communes instituée en 1812<sup>90</sup> afin d'enquêter sur les effets du système de transport des détenus en Nouvelle-Galles du Sud relève que les gouverneurs successifs exerçaient un pouvoir législatif absolu sans le moindre contrôle d'un conseil ou d'une assemblée locale<sup>91</sup>, qui serait pourtant compétente pour les questions de taxes et d'impôts, notamment. Cette critique des pouvoirs du gouverneur déjà mise en avant par Jeremy Bentham s'exerce notamment en matière fiscale. Par exemple, John Mac Arthur, un colon influent qui deviendra membre du Conseil législatif en 1823, souleva dès 1802<sup>92</sup> la question de la compétence du gouverneur en matière fiscale. Selon ce dernier une telle législation ne peut pas valablement être prise par le seul gouverneur sur le fondement de la prérogative. En effet, seule une assemblée législative locale – inexistante pour l'heure – ou, à défaut, le Parlement britannique sont compétents.

Cet épisode révèle en définitive la contradiction qui peut exister entre les catégories juridiques et la réalité de l'administration. Le fond de la question repose sur la nature juridique de la colonie pénitentiaire de Nouvelle-Galles du Sud. Ainsi que nous l'avons évoqué, la Nouvelle-Galles du Sud était une terre inhabitée, occupée par les Anglais. Il ne s'agissait nullement d'un territoire conquis ou cédé appelé à être gouverné par prérogative. A ce titre, la Nouvelle-Galles du Sud aurait dû bénéficier d'une assemblée locale, notamment, compétente en matière de taxe. Or, le statut de colonie pénitentiaire, appelle des modalités d'administrations particulières, dont la

---

<sup>89</sup> J. BENTHAM, *ibid*, vol. 4, p. 258. Il justifiera d'ailleurs son argument en mentionnant le *Quebec Act*. Voir également les sections X et XI du pamphlet, p. 269 à 271.

<sup>90</sup> *The Colonial Journal*, vol.2, n°3&4, Londres, G. Davidson, 1816, p. 437 à 450.

<sup>91</sup> *The Colonial Journal*, vol.2, n°3&4, *op. cit.*, p. 443.

Idee également évoquée par Bentham : J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham, op. cit.*, vol. 4, p. 269.

<sup>92</sup> Cette discussion est décrite dans les notes personnelles du Gouverneur King, P.M. BLADEN, *Historical Records of New South Wales*, Sydney, Government Printer, 1898, vol. 6, p. 1.

mise en place d'un régime militaire. Par ailleurs, à l'origine, la population de la colonie se résumait à des détenus et des militaires chargés d'en assurer la surveillance.

En réalité, l'argument avancé par la métropole pour justifier cette entorse à la règle établissant la distinction entre les territoires découverts et les territoires cédés ou conquis, reposait sur le fait que la nature pénitentiaire de la colonie justifiait une situation de guerre qui opposait l'armée aux détenus. Cette justification éminemment contestable, au moins sur le principe, cachait, semble-t-il la volonté de la métropole d'uniformiser le statut des colonies, et de justifier d'une manière ou d'une autre le recours à la prérogative pour administrer ces dernières<sup>93</sup>. Il semble évident de considérer cette radicalisation, comme une conséquence de l'indépendance américaine.

Cette question surgira de nouveau durant le gouvernorat de Lachlan Macquarie. Le Juge Barron Field soulèvera la question de la légalité de la compétence législative du gouverneur en matière de monnaie. A cette occasion, le Comte de Bathurst a saisi l'avocat général et le *sollicitor general* afin d'obtenir une réponse définitive à cette imprécision constitutionnelle. Les conseillers juridiques de la Couronne, dans un avis du 15 février 1819, ont livré une réponse d'une extrême clarté en soulignant que « [...] *La portion de la Nouvelle-Galles du Sud possédée par Sa Majesté, n'a pas été acquise par conquête ou cession, mais colonisée au titre d'un territoire inhabité. Sa Majesté ne dispose pas du droit, par l'usage de la prérogative, ou par le biais de son gouverneur d'instituer des lois afin de lever des impôts pour cette colonie. De tels impôts ne peuvent être institués, au regard de la situation de la présente colonie, que par le Parlement de Grande-Bretagne. Quand bien même le pouvoir d'instituer un impôt serait entre les mains du Roi ou de ceux à qui il délègue son pouvoir, permettre au Gouverneur (dans le cas d'espèce) d'imposer un tel impôt n'est pas approprié, car sa commission ne lui reconnaît pas cette autorité. Si toutefois, Sa Majesté disposait de la faculté en vertu de la prérogative d'imposer des taxes pour une colonie de ce type [pénitentiaire], il pourrait être rapidement remédié aux manquements dans la procédure par l'adoption d'un Ordre en Conseil ; toutes taxes à l'avenir (lorsque cela*

---

<sup>93</sup> A. L. MESTON, « The Growth of Self-Government in Tasmania », *Papers and Proceedings of the Royal Society of Tasmania*, Hobart, Mercury Printing Office, 1928, p. 176 à 187.

*est recommandé) pourront l'être par l'adoption d'un Ordre [en Conseil] similaire. Toutefois, nous sommes de l'avis, comme nous l'avons observé, que le seul moyen de légaliser les taxes dans cette colonie est une loi du Parlement [du Royaume-]Uni. Toutes futures taxes ne peuvent être imposées que par la même Autorité, au regard de l'état du droit, la colonie étant dépourvue d'une assemblée représentative, par laquelle de telles taxes peuvent être imposées. Tenant compte de la circonstance particulière de cette colonie et la nature d'une large partie de sa population, le Parlement pourrait investir Sa Majesté en Conseil d'un pouvoir d'imposer de telles taxes nécessaires aux dépenses de la colonie [...], cela est une conjoncture sur laquelle on ne peut se prononcer. Toutefois, si une telle autorisation n'est pas délivrée, le Parlement Uni semble être la seule autorité constitutionnelle susceptible de légaliser les impôts passés ou à venir<sup>94</sup> ». Cet avis est intéressant car il met un frein à la tentative de confusion entre les territoires annexés par conquête ou par cession, initiée par la métropole. Samuel Shepherd et Robert Gifford tirent toutes les conséquences de la décision, maintes fois citée, *Campbell v. Hall* de 1774<sup>95</sup>, en rappelant la compétence générale du Parlement britannique s'agissant de l'administration des colonies, notamment en matière fiscale<sup>96</sup>.*

En réponse à cet avis, le Parlement impérial adopte en 1819<sup>97</sup>, *une loi visant à suspendre tout recours contre tout gouverneur ou toute personne concerné par l'établissement et la collecte de taxes en Nouvelle-Galles du Sud*, loi de validation rétroactive des impôts et autres taxes mis en place par les gouverneurs de la colonie. Le préambule de la loi fait mention de l'échange entre Mac Arthur et le Gouverneur King en 1804 en mentionnant la question des taxes sur les spiritueux (également mentionnée à l'article 3 de la loi). Le préambule comme l'article premier du texte disposent que toute personne mise en cause peut opposer la suspension de toute

---

<sup>94</sup> *Historical Records of Australia*, vol. 1, series IV, Sydney, Library Committee of the Commonwealth Parliament, 1922, p. 330-331.

<sup>95</sup> (1774), 1 Cowp 204, 98 ER 1045.

<sup>96</sup> L'avis met en lumière une distinction entre les taxes de fonctionnement de la colonie, des taxes instituées au titre de taxes portuaires, de péages, sur les marchés, considérées comme des « *terres de la Couronne* » (pouvant être administrées par le Roi ou son représentant).

<sup>97</sup> 59, Geo. III, c.114, du 12 juillet 1819.

T. CALLAGHAN, *Acts and ordinances of the Governor and Council of New South Wales, And Acts of Parliament Enacted for, and applied to the Colony*, vol.1., Sydney, William John Row, Government Printer, 1844, p. 398-399.

poursuite jusqu'au 1er janvier 1821. Par ailleurs, l'article 2 du même texte souligne qu'il est légal, pour le gouverneur ou toute personne en charge de l'administration de la colonie d'instituer et de lever des impôts jusqu'au 1er janvier 1821 (en précisant que cette autorisation s'applique également aux taxes déjà en vigueur)<sup>98</sup>.

La confusion entre les différents types de colonies abordée ici à demi-mot sera ouvertement critiquée dans une décision de 1830. Rappelons que la Nouvelle-Galles du Sud n'a pas été annexée par cession ou conquête ; il s'agissait d'un territoire désert, *res nullus*, à ce titre obtenu par occupation et établissement d'un foyer de peuplement. Pour justifier le recours à la prérogative pour administrer la colonie, la Métropole souligna l'opposition avec les aborigènes. Le Conseil Privé évoqua « [Sur la question de] *la transition entre une situation de l'établissement de foyer de peuplement à un autre état. Une telle situation [intermédiaire] est inconnue dans notre droit. Un pays doit être dans un état de paix ou de guerre, bien qu'il soit parfois difficile distinguer la frontière entre eux. La distinction entre le jour et la nuit est tout à fait intelligible toutefois nul n'est en mesure de déterminer le moment où l'un termine et l'autre débute*<sup>99</sup> ». Cette métaphore tend à montrer qu'un territoire ne peut se trouver dans plusieurs situations juridiques à la fois ; le juge appelle ici à la clarté. Francis Forbes, premier président de la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud aura également l'occasion de préciser dans un memorandum de 1834 que « *la colonie de Nouvelle-Galles du Sud est une colonie de peuplement, établie sur un territoire inhabité sur lequel les sujets de Sa Majesté se sont établis*<sup>100</sup> ». Cette idée sera précisée s'agissant du statut de la Terre de Van Diemen – devenue Tasmanie – lorsque le Conseil privé affirmera que « *cette colonie fait partie des dominions de Sa Majesté par occupation et non par conquête*<sup>101</sup> ». L'analyse du Conseil privé se limite aux conditions

---

<sup>98</sup> Cette loi sera renouvelée à trois reprises par l'adoption du *Duties New South Wales Act 1820*, 1 Geo. IV, c. 62, du *New South Wales Duties Act 1821*, 1 & 2, Geo. IV, c.8 et finalement le *Duties in New South Wales Act 1822*, 3, Geo. IV, c.96 (ce dernier document est reproduit dans T. CALLAGHAN, *Acts and ordinances of the Governor and Council of New South Wales, And Acts of Parliament Enacted for, and applied to the Colony*, op. cit., vol.1, p. 399-400.

Un projet de loi en 1825 de nature à valider l'ensemble de ces dispositions fut débattu et finalement abandonné. En effet, les minutes (n°7) du Conseil Législatif du 11 janvier 1825 soulignent bien le manque de confort du Conseil : « *Le Conseil [...] est de l'opinion unanime que de très nombreuses difficultés apparaîtraient de l'adoption de la présente ordonnance* », archives du Parlement de Nouvelle-Galles du Sud.

<sup>99</sup> *Elphinstone and Robertson v. Bedreechund and Anoopchand* (1830), 1 Knapp PC 316 ; 12 ER 34.

<sup>100</sup> J. M. BENNETT, *Some Papers of Sir Francis Forbes, First chief Justice in Australia*, Sydney, Parliament of New South Wales, 1998, p. 228.

<sup>101</sup> *Fenton v. Hampton* (1858), 11 Moo PC 347.

d'établissement de la présence britannique, sans tenir compte de la nature pénitentiaire de la colonie administrée par le biais de la loi martiale. On retrouve une idée similaire dans le préambule du *South Australia Act 1834*<sup>102</sup>, qui met en avant le caractère « *de terre désertique et inoccupée tout à fait acceptable pour le projet de colonisation* ».

Au-delà de la voix de Bentham, d'autres parlementaires de Londres souhaitent une évolution du système dans la colonie de Nouvelle-Galles du Sud<sup>103</sup>. Le 23 avril 1817, Lord Bathurst adresse une lettre<sup>104</sup> au ministre de l'Intérieur Sidmouth, dans laquelle il met en cause l'efficacité et l'utilité du système australien. Il milite pour un changement d'administration dans la colonie. Au surplus, le rapport Brigge, du nom de l'ancien juge en chef de Trinité, apporte la dernière pierre à l'édifice d'évolution de la colonie pénitentiaire. Ce dernier a été désigné pour « *enquêter* »<sup>105</sup> sur l'administration des colonies pénitentiaires en Nouvelle-Galles du Sud et en Terre de Van Diemen. Le cœur de son analyse repose sur l'impossibilité d'assimiler les nouveaux émancipés à des colons britanniques<sup>106</sup>. Malgré cette réserve, le Parlement adoptera successivement deux lois relatives à l'administration de la justice en Nouvelle-Galles du Sud et à la terre de Van Diemen.

La mission donnée à Brigge est, au-delà des raisons identifiées, encouragée par des pétitions émanant de la colonie, adressées par des colons émancipés qui se trouvant dans une situation d'infériorité juridique par rapport à de « réels » sujets britanniques. John Brigge fut placé à la tête d'une commission d'enquête le 6 janvier 1819<sup>107</sup> dont la mission était d'enquêter sur les abus de pouvoirs dans la colonie et notamment dans

---

<sup>102</sup> 4 & 5, Willi. V, c. 95, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, His Majesty's Printers, Londres, 1834, p. 447 à 454.

<sup>103</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., vol. 1, p. 85 et suivante.

<sup>104</sup> *Historical Records of Australia*, op. cit, series 1, vol. 10, p. 807-808.

<sup>105</sup> La lettre de mission, en date du 6 janvier 1819, adressée à John Thomas Bigge est annexée à un envoi de Lord Bathurst au Gouverneur Macquarie du 30 janvier 1819, *Historical Records of Australia*, op. cit, series 1, vol. 10, p. 2 et suivantes.

<sup>106</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., p. 87.

Ce point est précisément évoqué dans les orientations d'enquête remise à John Bigge par Lord Bathurst : *Historical Records of Australia*, op. cit, series 1, vol. 10, p. 11.

<sup>107</sup> *Historical Records of Australia*, op. cit, series 1, vol. 10, p. xv.

l'administration de la justice<sup>108</sup>. Il remettra trois rapports entre 1822 et 1823<sup>109</sup>, qui portent sur l'administration de la justice<sup>110</sup> dans la colonie et le fonctionnement agricole et économique de cette dernière. Il recommande une limitation dans les fonctions législatives du gouverneur<sup>111</sup>. Les éclairages qu'il apporte, auront une influence déterminante sur l'adoption du *New South Wales Act* de 1823<sup>112</sup> et l'*Australian Courts Act* de 1828<sup>113</sup>. John Quick et Robert Garran soulignent que l'histoire constitutionnelle de la Nouvelle-Galles du Sud et de la Tasmanie commence avec l'adoption du *New South Wales Act* de 1823 qui représente une première « *charte de gouvernement* »<sup>114</sup>.

Cette loi remplacera les chartes de justices et consolidera l'ensemble, instituant un gouvernement civil. Elle vise d'abord à modifier le système judiciaire. Ainsi, les tribunaux militaires sont remplacés par une cour suprême et une cour d'appel sur le modèle anglais. Le 13 octobre 1823, une nouvelle lettre patente, *la troisième charte de justice*, relative à l'organisation de la nouvelle cour suprême est également promulguée. Cette dernière n'entrera en fonction que le 17 mai 1824, date de promulgation de lettres patentes révisées. Par ailleurs, et plus important pour notre étude, la loi de 1823 reprend le modèle institué au Canada dans la loi de 1774.

A l'image de la loi de 1774, cette expérience constitutionnelle relève davantage de la nécessité de gouvernement, notamment fondée sur le besoin de maintenir l'ordre dans la colonie que d'une évolution constitutionnelle vers l'autonomie. Il n'est alors pas surprenant que le *New South Wales Act* de 1823 souffre de la même inefficacité que son modèle canadien. Une différence est à noter toutefois : la loi australienne porte

---

<sup>108</sup> *Historical Records of Australia*, op. cit., series 1, vol. 10, p. 3-4.

Lord Bathurst attire l'attention de Briggé sur la nécessité de préserver la tranquillité de la colonie et ne pas « attiser des ressentiments qui existeraient » (p.8).

<sup>109</sup> *Report of the Commissioner of Inquiry of the Colony of New South Wales*, 19 juin 1822, Bibliothèque de l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud. Dans la section 6.

*Report of the Commissioner of Inquiry of the judicial Establishment of new South Wales and Van Diemen's Island*, 4 juillet 1823, *House of Lords Sessional papers 1801-1833*, vol. 152, 1823.

*Report of the Commissioner of Inquiry on the state of agriculture and trade in the colony of New South Wales*, 13 mars 1823, Bibliothèque de l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud.

<sup>110</sup> *Historical Records of Australia*, op. cit., series 1, vol. 10, p. 9.

<sup>111</sup> Il proposera un encadrement des compétences législatives du gouverneur en imposant que ce dernier, avant toute décision, consulte un magistrat de la colonie au préalable et une validation de la mesure par le Parlement britannique. L'ensemble de ces mesures restant sous le contrôle de la Couronne. *House of Lords Sessional papers 1801-1833*, vol. 152, 1823, p. 84

<sup>112</sup> 4, Geo. IV, c. 96 (référence citée en note...).

<sup>113</sup> 9, Geo. IV, c. 83, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, His Majesty's law and Statutes Printers, Butterworth and Son, Londres, 1828, p. 558 à 575.

<sup>114</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 37.

en son intitulé et sa conclusion une clause crépusculaire qui la rend caduque au 1<sup>er</sup> juillet 1827. La particularité de cette clause qui n'a pas d'équivalent au Canada ou en Nouvelle-Zélande témoigne de la nature expérimentale de l'administration de la Nouvelle-Galles du Sud et de la volonté du Parlement impérial de dresser un bilan avant de pérenniser le système mis en place, une nouvelle preuve de l'empirisme impérial.

Alors que John Brigge ne milite pas réellement pour l'établissement d'une assemblée représentative, en soulignant que l'on ne peut décemment pas assimiler le statut et la condition des sujets britanniques et des colons récemment émancipés, la loi de 1823 ne rejette pas fermement cette idée. En effet, tout en précisant explicitement « *qu'il n'est pas opportun de convoquer une assemblée législative* »<sup>115</sup>, la Couronne dispose toutefois de la faculté de créer un conseil législatif composé de cinq à sept membres nommés<sup>116</sup>. Cette tournure de phrase que l'on trouvait déjà dans le *Quebec Act* de 1774 souligne, d'une part, le caractère stéréotypé de la plume impériale à cette époque et, d'autre part, la possible évolution des colonies vers une forme d'autonomie.

A l'origine, le plus ancien organe législatif en Australie avait essentiellement un rôle de conseil du gouverneur-général sans moyen de s'opposer à ce dernier. Le *New South Wales Act* précisait que le Conseil pouvait s'opposer à l'adoption d'un projet de loi ou une ordonnance, sauf, si « *il [apparaissait] au Gouverneur que le texte [était] essentiel pour la paix et la sécurité de la colonie et ne [pouvait] être rejeté sans causer un préjudice extrême à la bonne gouvernance et au bien-être de la colonie* »<sup>117</sup>. Par ailleurs, tous les projets de lois et ordonnances adoptés sur l'avis de ce conseil devaient être adressés à Londres<sup>118</sup>, après avoir été contrôlés par le Juge en chef de la colonie<sup>119</sup>. La compétence législative de l'organe était vaguement définie et la loi se bornait, comme dans le cas du Canada, à reconnaître une compétence législative afin de

---

<sup>115</sup> Art. 24 du *New South Wales Act* 1823.

<sup>116</sup> Les lettres patentes adressées au Gouverneur Darling le 16 juillet 1825 précisent que le Roi délègue à son gouverneur la faculté d'adopter des mandats royaux pour procéder aux nominations au sein de l'organe exécutif de la colonie.

<sup>117</sup> Art. 24 du *New South Wales Act* 1823. Il est prévu, d'une part que l'entrée en vigueur du texte doit être appuyée par un membre du Conseil et d'autre part que les raisons du gouverneur doivent être consignées dans les minutes (p. 38).

<sup>118</sup> Les articles 30 et 31 du *New South Wales Act* 1823 prévoyaient que les actes votés au sein de la colonie devaient être adressés à la métropole dans les six mois de leur adoption pour un éventuel veto (dans un délai de trois ans). Par ailleurs, les lois devaient être soumises au Parlement impérial.

<sup>119</sup> Art. 29 du *New South Wales Act* 1823.

maintenir la paix, le bien-être et le bon ordre dans la colonie<sup>120</sup>. Il fonctionnait suivant la logique du secret des délibérations prises à la majorité. La loi soulignait également que les réunions du Conseil législatif devaient être consignées avec précision<sup>121</sup>. A première vue, cela ne constitue en rien une révolution. Toutefois l'histoire était en marche – de façon inconsciente toutefois – vers l'enracinement du système de gouvernement parlementaire. Le 1er décembre 1823, le premier Conseil composé de cinq personnalités issues du gouvernement colonial<sup>122</sup> est désigné. Il ne se réunira pour la première fois que le 25 août 1824<sup>123</sup>. Lynn Lovelock et John Evans soulignent que le fonctionnement très encadré n'a pas empêché l'apparition de pratiques semblables à celles qui existaient déjà au sein du Parlement de Westminster<sup>124</sup>. Cette première étape ne marquera pas une rupture significative avec le système en vigueur jusqu'ici. Toutefois, elle représente un premier jalon dans une évolution en marche.

La Nouvelle-Galles du Sud connaît une nouvelle étape de son développement en 1825 avec la désignation de Ralph Darling comme nouveau gouverneur. La commission remise au Gouverneur Darling, du 16 juillet 1825<sup>125</sup>, tout en reprenant à grands traits les éléments des commissions précédentes marque cependant une nouvelle époque. La Nouvelle-Galles du Sud et la Terre de Van Diemen sont dorénavant séparées<sup>126</sup>, et le territoire de la Nouvelle-Galles du Sud est étendu. D'un point de vue institutionnel, les compétences du Gouverneur sont modifiées par la création d'un Conseil exécutif, distinct du Conseil législatif. Il opère comme un organe de contrôle

---

<sup>120</sup> Art. 24 du *New South Wales Act* 1823.

<sup>121</sup> Art. 24 du *New South Wales Act* 1823.

<sup>122</sup> *Historical Records of Australia*, op. cit, séries 1, vol. 11, p. 195-196 William Stewart, Lieutenant-gouverneur; Francis Forbes, Juge en chef; Frederick Goulburn, Secrétaire colonial (fonction créée en 1821 et désigné d'abord comme secrétaire ou greffe auprès du gouverneur); James Bowman, Chirurgien en Chef et John Oxley, Surveillant General. *Historical Records of Australia*, op. cit, séries 1, vol. 11, p. 424 à 426, on notera également que par un second mandat en date du 16 novembre 1824 le surveillant général sera remplacé par l'archidiacre Thomas Hobbes Scott.

<sup>123</sup> Garney. Par ailleurs, les minutes du premier conseil sont reproduites en page 407, vol. 11. Il n'est pas expressément mentionné qu'il s'agit de la première convocation du conseil. Cela est déduit du fait que le Gouverneur assistera à la prestation de serment de chacun des membres du Conseil, une obligation préalable à la prise de fonction en application du *New South Wales Act* 1823, p. 44.

<sup>124</sup> L. LOVELOCK, J. EVANS, *New South Wales Legislative Council Practice*, Sydney, Federation Press, 2008, p. 18.

A titre d'exemple les minutes n°8 du 24 décembre 1827 et n°9 du 31 décembre 1827 évoquent la désignation de trois membres du Conseil chargés de rédiger les premières règles de fonctionnement du Conseil législatif en réponse à une demande du Gouverneur Darling (cité dans L. LOVELOCK, J. EVANS, *New South Wales Legislative Council Practice*, *ibid*).

<sup>125</sup> Commission de Ralph Darling du 16 juillet 1825 :

[https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/nsw6\\_doc\\_1825.pdf](https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/nsw6_doc_1825.pdf).

<sup>126</sup> Article 44 du *New South Wales Act* 1823.

La décision de séparer l'île de Van Diemen, future Tasmanie, fut actée par un Ordre en conseil en date du 14 juin 1825, adressée au Gouverneur Darling le 28 juillet 1825, *Historical Records of Australia*, op. cit, séries 1, vol. 12, p. 41 à 44.

du Gouverneur, ce dernier ne pouvant agir sans son avis, sauf dans les cas d'urgence imminente ou dans les cas de remise en cause des intérêts de la Couronne<sup>127</sup>. Au-delà de la création du Conseil exécutif qui représentera un proto-cabinet, cette nouvelle direction s'accompagne d'un élargissement du Conseil législatif. En effet, le 17 juillet 1825<sup>128</sup>, sa composition est portée à son maximum de sept membres pour y inclure trois nouveaux membres désignés parmi les résidents de la colonie. Les sept membres désignés à cette date sont William Stewart, Lieutenant-gouverneur, Francis Forbes, Président de la Cour suprême<sup>129</sup>, Alexander Mcleay, Secrétaire colonial, Thomas Hobbes Scott, Archidiacre de la colonie, John MacArthur, Robert Campbell et Charles Thoresky. On remarquera que les trois derniers membres du Conseil législatif, considérés comme des membres non-exécutifs (non officiels)<sup>130</sup>, ne sont pas membres du Conseil exécutif. « *L'élargissement du Conseil législatif est considéré comme l'élément le plus significatif dans l'évolution des modalités d'administration de la colonie. En effet, pour la première fois on admettra la présence de personnes ne disposant pas de fonction officielle mais d'un intérêt personnel certain dans les affaires de la colonie. Toutefois, l'équilibre des votes restait en faveur des membres de l'exécutif colonial* »<sup>131</sup>.

La loi de 1823 marque un tournant dans l'histoire constitutionnelle de la colonie, une étape fondamentale vers l'octroi d'institutions représentatives. Ces acquis seront repris dans la loi de 1828, considérée comme la *seconde charte de gouvernement* de la colonie. Celle-ci reprendra la plus grande partie des dispositions de la loi de 1823, jusqu'à son intitulé. Le Conseil législatif est porté de sept à quinze membres. Le nombre de notables appelés à participer aux décisions de la colonie va sensiblement se renforcer. Par ailleurs, la commission remise à Richard Bourke le 25 juin 1831<sup>132</sup> l'autorise à désigner lui-même les membres du Conseil exécutif. Ceci apparaît en rupture avec les commissions précédentes qui ne reconnaissaient ce pouvoir de

---

<sup>127</sup> Il n'est pas ici question de comparer la formule de l'avis comme on la retrouvera plus tard comme un véritable mécanisme d'imputation de la responsabilité, fondement du système parlementaire.

<sup>128</sup> Le mandat de désignation des membres du Conseil législatif date du 14 juillet 1825, pour prendre effet le 17.

<sup>129</sup> Nommé en 1822 il occupera cette fonction dès l'adoption de la Première charte de justice du 13 octobre 1823.

<sup>130</sup> G. CARNEY, *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, op. cit., p. 39.

<sup>131</sup> *Historical Records of Australia*, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, 1919, series 1, vol. 12, p. xiv.

<sup>132</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 38.

nomination qu'à la Couronne. Ainsi, cet élément, certes secondaire, marque une étape dans l'octroi d'une forme d'autonomie locale.

L'étape suivante du développement australien qui représente un facteur déterminant pour la métropole est la découverte de l'or à compter des années 1840. Cela encouragea sans conteste Londres à changer sa politique vis-à-vis de ce continent prometteur.

### B – Le développement au-delà de la Nouvelle-Galles du Sud

Les autres colonies australiennes doivent leur existence à la Nouvelle-Galles du Sud<sup>133</sup>. En effet, nombre d'entre elles seront d'abord représentées au sein du Conseil législatif de Nouvelle-Galles du Sud (par exemple les futures colonies de Victoria et du Queensland) avant de se voir reconnaître un gouvernement autonome assisté d'un conseil exécutif puis d'un conseil législatif. Soulignons que ces organes sont, au départ, nommés par les gouverneurs et seront composés de membres officiels (membres des deux conseils) et de membres non officiels (siégeant uniquement au sein du conseil législatif).

La Terre de Van Diemen, créée à l'occasion de la séparation de 1825, suivra la même évolution que la colonie de Sydney. De 1803 à cette date, cette île servait de colonie pénitentiaire. Un ordre en conseil du 14 juin 1825, pris sur le fondement et conformément à la loi de 1823, établit un Conseil exécutif et un Conseil législatif, composé, comme en Nouvelle-Galles du Sud de cinq à sept membres. Par ailleurs, la colonie se voit octroyer un lieutenant-gouverneur, qui doit rendre des comptes au gouverneur de la primo-colonie. Cette nouvelle colonie suivra la même évolution puisque le Conseil législatif sera élargi, en 1828 à 15 membres. Un véritable point de rupture se produit alors que le transport de détenus, qui avait cessé en Nouvelle-Galles

---

<sup>133</sup> A l'exception de la colonie de l'Australie Occidentale, voir développement *supra*.

du Sud en 1840<sup>134</sup>, se poursuivra jusqu'en 1853<sup>135</sup>. Par ailleurs, la Terre de Van Diemen ne bénéficiera du système représentatif mis en place en Nouvelle-Galles du Sud en 1842<sup>136</sup>, qu'à l'occasion de l'adoption du *Australia Constitutions Act* de 1850<sup>137</sup>.

En 1839<sup>138</sup>, le Victoria<sup>139</sup> est reconnu comme l'un des trois districts de la Nouvelle-Galles du Sud. On placera à sa tête un surveillant général, Charles La Trobe. Le district est d'abord représenté par six membres<sup>140</sup> élus, siégeant au sein du Conseil législatif de Nouvelle-Galles du Sud, par le biais du *Australian Constitutions Act* de 1842 avant de devenir une colonie à part entière en 1850, au moment de l'adoption du second *Australian Constitutions Act*<sup>141</sup>. Entre-temps, les habitants de ces districts avaient symboliquement et ironiquement élu le comte Henry Grey comme représentant de la ville de Melbourne.

Dans le même sens, la colonie carcérale de *Moreton Bay*, établie en 1824, comme une dépendance de la Nouvelle-Galles du Sud ne deviendra la colonie du Queensland qu'en 1859<sup>142</sup>. Le district de *Moreton Bay* sera représenté, au sein du Conseil législatif de la Nouvelle-Galles du Sud, par un membre en 1851<sup>143</sup>, auquel s'ajoutera un second membre à compter de 1853. A partir de 1851, de nombreuses

---

<sup>134</sup> G. W. RUSDEN, *History of Australia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, vol. 2, p. 126. (1ere ed. 1883) Le gouvernement britannique annonça, par un ordre en conseil du 22 mai 1840, le retrait de la Nouvelle-Galles du Sud des colonies susceptibles de recevoir des détenus. Cette annonce fait suite à la prise de position de John Russell à la Chambre des communes, comme un projet de longue date.

Copie de l'envoi n°96 de John Russell de mai 1840 disponible sur le site :

[https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/nsw8\\_doc\\_1840.pdf](https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/nsw8_doc_1840.pdf).

<sup>135</sup> W. A. TOWNSELY, *The Struggle For Self-Government in Tasmania 1842-1856*, Gouvernement de Tasmanie, 1951, p. 97 et suivantes.

<sup>136</sup> *Australian Constitutions Act* (1842), 5 & 6, Vict., c. 76 (Imp.), *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1842, p. 582 à 597.

<sup>137</sup> *Australian Constitutions Act* (1850), 13 & 14, Vict., c. 59, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1850, p. 339 à 355.

<sup>138</sup> A l'origine, l'établissement de la Victoria devait servir à accueillir des détenus qui finalement s'établiront dans la terre de Van Diemen.

<sup>139</sup> L'exploration de ce territoire fut confiée au Lieutenant Murray en 1802 et se poursuivit jusqu'en 1835. J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 52.

<sup>140</sup> Cinq membres pour le district de Port Phillip et un membre pour la ville de Melbourne.

<sup>141</sup> L'article 3 de la loi donnait mandat au Gouverneur et au Conseil législatif de Nouvelle-Galles du Sud pour réorganiser le découpage électoral.

Par ailleurs l'article 5 du *Australian Constitutions Act* 1850 prévoyait la reconnaissance à part entière de la colonie de Victoria au moment des élections de 1851 en application de l'article 5 de la loi.

<sup>142</sup> Par lettres patentes du 6 juin 1859 désignant George Ferguson Bowen Capitaine Général et Gouverneur en Chef de la colonie du Queensland. La lettre patente autorise le nouveau gouverneur à désigner un Conseil exécutif. On notera d'ailleurs que, comme en 1831 pour la Nouvelle-Galles du Sud ce pouvoir de nomination est directement exercé par le Gouverneur, palie également à l'ordre en conseil la question de l'adoption d'une nouvelle constitution.

<sup>143</sup> Le district de *Morenton Bay* sera incorporé dans le découpage électoral de Nouvelle-Galles du Sud à compter de 1843.

pétitions sont adressées à la métropole, par les résidents du district de *Moreton Bay*, afin d'obtenir une séparation et devenir une colonie indépendante. Malgré ce délai, soulignons toutefois que la séparation<sup>144</sup> était envisagée dans les *Australian Constitutions Acts* de 1842 et 1850. On y trouve également une mention dans le *New South Wales Constitution Act* de 1855<sup>145</sup>.

A l'origine, le territoire de l'Australie Méridionale était également rattaché à la Nouvelle-Galles du Sud<sup>146</sup>. En 1829, Edward Gibbon Wakefield publia le pamphlet « *Une lettre de Sydney, la ville la plus importante d'Australasie*<sup>147</sup> », un document qui visait à proposer une nouvelle modalité de colonisation<sup>148</sup>, la colonisation systématique<sup>149</sup>. Ce dernier obtint du *Colonial Office* l'autorisation de mettre en œuvre ses idées. La métropole n'accueillait pas d'un bon œil la création d'une compagnie commerciale hors de tout contrôle<sup>150</sup>.

Ces réticences aboutirent à l'adoption du *South Australian Colonization Act* du 15 août 1834<sup>151</sup> qui donnait compétence à Sa Majesté pour établir une province anglaise et coloniser l'Australie-Méridionale<sup>152</sup>. A ce titre, le statut de ce territoire est quelque peu différent des autres. Le texte n'institue qu'une province et non une colonie à part

---

<sup>144</sup> On trouve dans ces deux lois la mention suivant laquelle la Reine est en mesure par une lettre patente d'établir une colonie séparée de la Nouvelle-Galles du Sud. La différence entre la mention de 1842 et celle de 1850 réside dans le découpage géographique de la colonie en devenir.

<sup>145</sup> *Constitution Act (New South Wales)*, 18 & 19 Vic., c. 54, du 16 juillet 1855 (Imp.), *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1855, p. 149 à 170. L'article 7 de la loi prévoit que « Sa Majesté peut créer une nouvelle colonie par lettres patentes ou un ordre en conseil. Il y est également précisé que la Reine peut y établir un gouvernement et un organe législatif de façon à ressembler à la législature établie en Nouvelle-Galles du Sud ». A la suite de l'adoption de cette loi, le district de *Moreton Bay* sera en mesure d'élire neuf membres au sein du Conseil législatif.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 73.

<sup>146</sup> G. CARNEY, *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, op. cit., p. 62.

<sup>147</sup> Ce document fut publié anonymement dans la presse le 21 août 1829.

E. G. WAKEFIELD, *A Letter from Sydney and Other Writings*, Londres, J. M. Dent, 1929, p. 5 à 99.

<sup>148</sup> Cette méthode fut d'ailleurs mise en pratique avec un succès nuancé en Nouvelle-Zélande.

<sup>149</sup> E. R. KITTRELL, « Wakefield's Scheme of Systematic Colonization and Classical Economics », *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 32, n°1, 1973, p. 87 à 111, ou, R. BUNKER, « Systematic colonization and Town Planning in Australia and New Zealand, *Planning Perspectives*.

<sup>150</sup> *Hansard, Parliamentary Debates 1834*, Londres, T. C. Chansard, 1834, vol. 25, p. 709 et suivantes (débat du 29 juillet).

Cette idée apparaît également dans le troisième et quatrième rapport sur l'expérience menée en Australie Méridionale de 1838 et 1839.

<sup>151</sup> *An Act to Empower His Majesty to Erect South Australia into a British Possession or Province and to Provide for the Colonization Thereof*, 15 août 1834, 4 & 5, Will. IV, c. 95 (Imp.).

Cette loi porte également les dénominations de *South Australia Foundation Act* ou *South Australia Act*.

<sup>152</sup> G. L. FISCHER, « South Australia Colonization Act and Other Related Constitutional Documents », *The Adelaide Law Review*, vol. 4, 1966, p. 360 à 372.

Par ailleurs, cette volonté est mise en lumière par l'article 1<sup>er</sup> qui précise que toute personne qui réside dans la province de l'Australie Méridionale n'est plus soumise au droit applicable dans toute autre partie de l'Australie mais soumise au droit applicable à cette nouvelle province.

entière. Ce statut particulier de la nouvelle province est confirmé par l'absence de toute mention de la fonction de gouverneur. En effet, la loi se concentre sur la vente des terres assurée par un conseil des commissaires, aux compétences étendues<sup>153</sup>. L'établissement de la présence anglaise dans la nouvelle province ne devait pas représenter un poids financier pour la métropole<sup>154</sup>. Les commissaires avaient à charge de vendre les terres pour assurer le fonctionnement de la province<sup>155</sup>. Le caractère singulier de la naissance de l'Australie-Méridionale est également révélé par l'article 16 de la loi qui prévoit que les commissaires doivent adresser à la métropole « *une fois par an et à tout autre moment, un rapport complet et détaillé sur l'état de leurs opérations. Ce rapport sera présenté dans les six semaines aux deux chambres du Parlement* ». Sur le plan du gouvernement, la loi « *habilite le roi à autoriser une ou plusieurs personnes résidant dans la province à prendre des mesures afin d'établir des cours de justice, créer et lever des impôts et prendre toutes mesures nécessaires à l'ordre, à la paix et au bon gouvernement des sujets de Sa Majesté dans la province* ». Il est également précisé que les actes adoptés dans la province doivent être soumis au contrôle du Roi en Conseil<sup>156</sup>. Élément intéressant, le texte prévoyait que le Roi par ordre en Conseil pouvait octroyer à ce territoire une constitution une fois le seuil de 50.000 âmes atteint<sup>157</sup>. Cet article met en lumière le caractère évolutif du projet de colonisation britannique. Le *South Australian Colonization Act 1834* est précisé par les lettres patentes en date du 19 février 1836<sup>158</sup>. Il est intéressant de relever que cet

---

<sup>153</sup> Art. 3 et suivants du *South Australian Colonization Act 1834*.

Les débats au sein de la Chambre des communes (23 juillet 1834) relatifs à l'adoption de la loi mettent en lumière la volonté de tester un nouveau mécanisme de colonisation qui pourrait être étendu aux autres possessions britanniques et encourager l'immigration. *Hansard, Parliamentary Debates 1834, op. cit., vol. 25, p. 430 ou 432.*

<sup>154</sup> L'article 26 du *South Australian Colonization Act 1834* impose aux commissaires désignés de lever une somme de 35.000 pounds, préalablement à tout établissement de la province. A cette occasion fut établie la *South Australian Colonization Commission* qui fut finalement dissoute au moment de l'adoption du *South Australia Act* de 1842, qui fit de la province une réelle colonie.

L'article 24 précise que la gestion de la province ne doit pas être une charge pour la métropole. Il est ainsi prévu une garantie de 20.000 pounds.

Les *Rules and Regulations for the Disposal of Public Land in His Majesty's Province of South Australia* adoptés en 1835 encadrent la vente des terres.

Disponible sur le site : <https://www.foundingdocs.gov.au/scan-sid-550.html>

<sup>155</sup> L'article 6 du *South Australian Colonization Act 1834* autorise la vente de terre pour douze shillings sterling, l'acre, minimum.

<sup>156</sup> Art. 2 du *South Australian Colonization Act 1834*.

<sup>157</sup> Art. 25 du *South Australian Colonization Act 1834*. A l'inverse l'article 25 prévoit un dispositif visant à ce que la Couronne dispose des terres invendues à l'expiration d'un délai de 10 ans si la population de la province n'atteint pas le seuil de 20.000 âmes.

<sup>158</sup> Le préambule de la loi de 1834 précise que le territoire de l'Australie Méridionale est inhabité et propre à la colonisation.

instrument ne mentionne pas le nom du futur gouverneur. Il semblerait que la nouvelle province soit directement rattachée à l'Angleterre. Par ailleurs, alors que les lettres patentes visent, normalement, à accorder des droits à une personne identifiée ou une compagnie, le présent document semble adressé au gouvernement anglais.

Le développement institutionnel de l'Australie-Méridionale se fonde notamment sur un ordre en conseil du 23 février 1836<sup>159</sup> qui autorise le gouverneur à administrer la colonie et rappelle les mécanismes de contrôle des actes adoptés dans la province. A l'occasion de la désignation de John Hindmarsh<sup>160</sup>, la colonie se verra dotée d'un Conseil de gouvernement<sup>161</sup>, composé de membres – officiels – nommés<sup>162</sup> dont le rôle n'est que de peu d'importance, et chargé de conseiller le Gouverneur en chef de la province. Cette première désignation sera prise sur le fondement d'un ordre en conseil en date du 13 juillet 1836<sup>163</sup>. Enfin, la proclamation du 28 décembre 1836<sup>164</sup>, prise par le nouveau Gouverneur John Hindmarsh décrète, à Adélaïde, l'établissement d'un gouvernement pour la colonie et actera la naissance de cette dernière<sup>165</sup>.

Les rapports entre le gouverneur et les commissaires engendrent des difficultés d'administration notamment mises en lumière dans les rapports<sup>166</sup> relatifs à la politique

---

Les lettres patentes apportent une modification à la loi en précisant « rien dans les lettres patentes ne doivent affecter les droits détenus par les populations autochtones » et nuance le fait que la nouvelle province soit inhabitée. Le document est reproduit dans G. L. FISCHER, « South Australia Colonization Act and Other Related Constitutional Documents », art. cit., p. 368-369. Ces idées seront consacrées dans le *South Australia Government Act 1838*, 1 & 2, Vict., c. 60 (Imp.), *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1838, p. 322 à 326.

<sup>159</sup> G. CARNEY, *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, op. cit., p. 52.

Le document est disponible sur le site :

[https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/sa4\\_doc\\_1836.pdf](https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/sa4_doc_1836.pdf).

<sup>160</sup> Ce dernier remplacera Charles Napier nommé gouverneur-désigné, à la suite de sa démission en 1835.

<sup>161</sup> L'ordre en conseil en date du 23 février 1836 précise également que trois personnalités officielles peuvent administrer la colonie.

<sup>162</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 63.

<sup>163</sup> G. D. COMBE, *Responsible Government in South Australia*, 3<sup>ème</sup> éd, Adélaïde, Parliament of South Australia, 2009, p. 8.

<sup>164</sup> Document reproduit dans G. L. FISCHER, « South Australia Colonization Act and Other Related Constitutional Documents », art. cit., p.370.

On retrouve dans la proclamation la mention de la protection apportée aux habitants indigènes. Ces derniers bénéficient des mêmes garanties que les sujets britanniques.

<sup>165</sup> Juridiquement, la province existait déjà depuis l'adoption des lettres patentes du 19 février 1836. Il s'agissait d'acter l'entrée en vigueur du droit anglais (idée qui sera reprise dans plusieurs lois subséquentes).

<sup>166</sup> On dénombre 4 rapports publiés entre 1836 et 1840 :

*First Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1836*, Parliamentary Paper n° 491, House of commons, 28 juillet 1836.

*Second Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1837*, Parliamentary Paper n° 97, House of commons, 26 janvier 1838.

*Third Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1838*, Parliamentary Paper n° 255, House of commons, 13 mai 1839.

de colonisation de l’Australie Méridionale. Le troisième rapport soumis le 13 mai 1839 évoque les modalités de fonctionnement de la province : *« à l’origine le projet de colonie pour l’Australie Méridionale était d’établir une colonie par le biais d’une charte coloniale sur le modèle des principes mis en place dans les foyers de peuplement britannique en Amérique du Nord durant le dix-septième siècle. Suivant ce plan, une société privée aurait exercé, par délégation de la Couronne, certaines compétences souveraines au sein de la province. [...] Toutefois, ce plan fut abandonné et la loi qui érige la province de l’Australie Méridionale, au lieu de mettre en place un pouvoir centralisé comme on le trouverait dans une colonie de la couronne ou mise en place par une charte, mit en place un pouvoir divisé. On y distingue le gouverneur et le conseil qui exercent les fonctions exécutive, législative et la levée de l’impôt, des fonctions relatives à la vente des terres, la dépense des fonds levés pour l’immigration [...] La division de l’autorité ainsi instituée n’a pas fonctionné de manière optimale<sup>167</sup>. La répartition des compétences entre le gouvernement local et les commissaires n’a pas été établie clairement. La loi donna aux Commissaires davantage de compétences que nécessaires si l’objet était de permettre au Gouverneur et au Conseil d’organiser les dépenses de la colonie ; et donna trop peu de pouvoir aux Commissaires s’il s’agissait de leur faire porter la responsabilité des finances afin d’honorer la promesse faite au Parlement de ne pas faire de cette colonie un poids sur les deniers publics. Dans ce pays, la confiance dans les projets libéraux, le soutien efficace et la coopération que Lord Glenelg a témoigné aux Commissaires dans la conduite de leur difficile expérience ont empêché de révéler la délimitation mal définie et inappropriée des pouvoirs dans la loi. [...] Les partisans [du Gouverneur] pensaient faire respecter la prérogative et le pouvoir royal en s’éloignant de la lettre des instructions adressées aux Commissaires dans la sélection des sites dans la capitale [...] Les partisans des commissaires s’imaginent appliquer les principes particuliers incarnés dans le South Australia Act en s’opposant et limitant l’exercice du pouvoir de l’exécutif [...]»<sup>168</sup>.*

---

*Fourth Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1839, Parliamentary Paper n° 556, House of commons, 20 juillet 1840.*

<sup>167</sup> Nous soulignons.

<sup>168</sup> *Third Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1838, Parliamentary Paper n° 255, op. cit., p. 15.*

Ainsi, le rapport souligne que les difficultés liées<sup>169</sup> à l'application des nouvelles modalités de colonisation relèvent en réalité d'un conflit d'interprétation du *South Australian Colonization Act*. En effet, deux conceptions semblent ici s'opposer : d'une part la conception classique de l'administration coloniale qui repose sur l'autorité dominante du gouverneur en conseil et d'autre part, la conception définie dans ce projet de colonisation.

Au-delà du conflit d'interprétation, un conflit de normes voit le jour. Dans le cas de l'Australie-Méridionale, l'acte fondateur ne donne que peu d'éléments<sup>170</sup> sur l'exercice du gouvernement. Les modalités de fonctionnement sont issues de l'expérience coloniale d'une part et des documents pris sur le fondement de la loi de 1834 – ordre en conseil ou lettres patentes – et juridiquement inférieurs d'autre part. On voit ici apparaître, dans une certaine mesure, les limites de la construction de l'Empire qui repose sur une logique empirique de stratification. Le rapport se concentre alors sur une solution à apporter au problème du conflit institutionnel. Il apparaissait nécessaire de renforcer les pouvoirs du gouverneur au-delà de ce qui était déjà prévu avec l'adoption du *South Australia Government Act* de 1838<sup>171</sup> et de permettre une synergie entre les missions de ce dernier et celles des commissaires<sup>172</sup>.

Le quatrième et dernier rapport reprendra mot à mot les remarques des précédents<sup>173</sup>. Ce dernier s'achève sur une recommandation visant à prévoir l'élection de certains membres du Conseil de gouvernement. Cette mesure s'inscrit dans un esprit

---

<sup>169</sup> Le rapport relève notamment que ces difficultés sont explicitées dans les dépêches adressées à la métropole, causant un préjudice tant sur le développement de la province que les autres colonies australiennes.

<sup>170</sup> B. SELWAY, *The Constitution of South Australia*, Sydney, Federation press, 1997, p. 4-5.

<sup>171</sup> *South Australia Government Act* 1838, (31 juillet 1838), 1 & 2, Vict., c. 60 (Imp.).

Cette seconde loi du Parlement impérial a pour objet « la nécessaire clarification des compétences » de chacun des organes. Les compétences du Conseil exécutif seront renforcées (article 1<sup>er</sup> de la loi). Cette redéfinition aboutira au rapprochement des fonctions de gouverneur et de commissaire résident, fonction qui seront occupées par George Gawler entre octobre 1838 et mai 1841, en remplacement de John Hindmarsh.

<sup>172</sup> *Ibid.* Le rapport souligne qu'il serait préjudiciable à l'avenir de la province que le pouvoir du gouverneur soit davantage affaibli par les modalités de colonisation expérimentées.

<sup>173</sup> *Fourth Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia* 1839, Parliamentary Paper n° 556, *op. cit.*, p. 22.

de transition<sup>174</sup> vers l'octroi, au moyen d'une loi du Parlement impérial, d'institutions représentatives<sup>175</sup>.

A partir de 1841, le Gouverneur George Grey remplacera George Gawler sanctionné pour sa gestion financière. Par ailleurs, le Parlement reconnaît que les lois instituant la province de l'Australie-Méridionale n'ont pas permis un équilibre entre les différents organes<sup>176</sup>. Londres se résignera à aider la province dans la gestion de ses dettes<sup>177</sup>.

A la suite de cet échec, le fonctionnement de la province allait progressivement s'aligner sur celle des autres colonies. En effet, cela eut le bénéfice d'encourager le changement de statut de cette province au profit de celui d'une véritable colonie administrée entièrement par la Couronne, par l'adoption du *South Australia Government Act* de 1842<sup>178</sup>. Cette évolution est notamment le fruit, comme on le trouvait déjà au Canada, d'une revendication des habitants de la province pour prendre en main la gestion de leur gouvernement et notamment des dépenses publiques<sup>179</sup>. A l'image des lois portant constitutions coloniales dans les autres colonies australiennes, l'ensemble des pouvoirs est de nouveau concentré entre les mains du Gouverneur assisté d'un Conseil législatif composé de sept membres nommés parmi les habitants de la colonie<sup>180</sup>. La distinction entre les membres officiels et non-officiels sera explicitement prévue dans une instruction royale du 29 août 1842<sup>181</sup>. Cette idée aligne

---

<sup>174</sup> *Third Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1838*, Parliamentary Paper n° 255, *op. cit.*, p. 18-19 Le troisième rapport (idée qui sera reprise dans le quatrième rapport) proposait d'expérimenter l'élection de conseils municipaux, comme une étape vers l'élection d'une partie des organes de gouvernement. Le rapport souligne que l'article 22 du *South Australia Colonization Act 1834* prévoit l'octroi de telles institutions si la population franchit le seuil de 50.000 membres. Le rapport précise que les conflits au sein du gouvernement de la province nuisent à ce projet et reporte « l'acquisition d'un gouvernement représentatif » en ce que l'immigration est découragée par de tels événements (p.18).

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>176</sup> *Hansard, Parliamentary Debates 1841*, Londres, T. C. Chansard, 1834, vol. 57, p. 245 et suivantes.

<sup>177</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 63.

Cette idée ressortira également de l'article 9 du *South Australia Government Act 1842*.

<sup>178</sup> *An Act to provide for the better government of South Australia* (30 juillet 1842), 5 & 6, Vic., c. 61 (Imp.), *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1842, p. 531 à 536.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi prévoit l'abrogation des lois de 1834 et 1838.

E. BLACKMORE, *The Law of the Constitution of South Australia*, Adelaïde, Government Printer, 1894, p. 51.

<sup>179</sup> G. D. COMBE, *Responsible Government in South Australia*, 3<sup>ème</sup> éd, Adelaïde, Parliament of South Australia, 2009, p. 13.

L'auteur évoque une réunion publique tenue à Adelaïde le 19 décembre 1839 qui aboutit à la signature par 441 colons d'une pétition en vue de permettre l'élection de membres non officiels au sein des organes gouvernants de la colonie.

<sup>180</sup> Article 5 du *New South Wales Government Act 1842*.

<sup>181</sup> G. D. COMBE, *Responsible Government in South Australia*, *op. cit.*, p. 14.

réellement le gouvernement de la colonie de l’Australie-Méridionale sur celui des autres colonies. Par ailleurs, les trois membres officiels doivent cependant être résidents dans la colonie. On peut dès lors supposer que l’influence de la métropole est nuancée en ce que ces derniers ne sont pas véritablement des officiers impériaux.

L’article 6 du *South Australia Government Act* 1842 propose une alternative intéressante à ce qui existait à la même période. En effet, la Couronne dispose de la faculté de mettre en place une structure bicamérale composée, classiquement du Conseil législatif nommé et d’une Assemblée générale composée de membres élus. Dans le même sens, la Couronne dispose de la faculté d’ériger un organe monocaméral, la Chambre de l’Assemblée générale composée de membres élus et de membres nommés. S’agissant des compétences de ces organes de gouvernement, celles-ci sont restreintes et ne présentent aucune évolution vers une autonomie locale<sup>182</sup>. Par exemple, dans le cas où un organe élu serait mis en place, il est explicitement prévu que les textes de nature financière sont à la seule initiative du gouverneur. Par ailleurs, l’article 4 rappelle que l’envoi de condamnés est explicitement exclu pour la colonie. Cette idée précise également la nature différente de l’Australie-Méridionale et ce depuis sa création. On notera enfin que la loi ne précise pas que la réunion d’une assemblée est inappropriée pour l’heure. Ainsi, cette loi semble s’éloigner, dans une certaine mesure de cette réserve souvent présente dans les lois portant gouvernement civil pour les autres colonies.

La rédaction du *South Australia Government Act* s’inspire des propositions du Rapport Durham de 1840. Toutefois, les avancées formelles de la loi en matière de représentation ne verront pas le jour – alignant définitivement cette colonie sur le reste des colonies australiennes – et ce système ne changera qu’avec l’adoption de l’*Australia Constitutions Act* de 1850. Le rejet initial du système représentatif se

---

<sup>182</sup> Les articles 5 et 6 du *South of Australia Government Act* 1842 prévoient les mécanismes de la réserve et du veto royale en matière de loi adoptée dans la colonie.

justifiait par l'état des finances<sup>183</sup> de la colonie et le désordre institutionnel qui y régnait.

Entre 1842 et 1849, les revendications locales pour l'introduction d'un système représentatif se sont intensifiées<sup>184</sup>. Soulignons finalement que l'Australie-Méridionale se sépara, au profit de la Fédération australienne, d'une partie de son territoire en 1907 pour permettre la création du Territoire du Nord<sup>185</sup>. L'Australie Méridionale, à l'origine rattachée à la colonie-mère de la Nouvelle-Galles du Sud, a connu un développement particulier, empreint de certaines difficultés, avant de rejoindre la voie tracée. Reste le cas de l'Australie-Occidentale, qui présente la singularité de ne pas être issue d'un démembrement de la Nouvelle-Galles du Sud. En effet, après avoir été explorée sur ordre du gouverneur Darling, cette colonie fut créée *ex nihilo* par la métropole.

### Le gouvernement civil de l'Australie-Occidentale

Etablie en 1826 sur les ordres du Gouverneur Darling qui souhaitait empêcher une annexion française<sup>186</sup>, l'Australie Occidentale connut une histoire « *sans incident durant les cinquante premières années*<sup>187</sup> ». L'année suivante, le Capitaine Stirling proposa d'établir une véritable colonie dans la région<sup>188</sup>. Les instructions royales du 30

---

<sup>183</sup> Pour tenter de remédier au problème de la vente des terres dans la colonie le Parlement impérial adoptera le *South Australia Waste Lands Act 1842*, 5 & 6, Vict., c. 36 (Imp.), 22 juin 1842, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1842, p. 185 à 188.

<sup>184</sup> G. W. RUSDEN, *History of Australia*, op. cit., vol. 2, p. 506. L'auteur évoque une résolution du Conseil législatif en date du 15 décembre 1849, en réponse à un rapport du Conseil privé en date du 4 avril 1849 sur l'état des colonies. Ce rapport qui sera discuté dans la chapitre suivant évoque, au même titre que le Rapport Durham l'introduction d'une part d'autonomie en matière locale et donc l'introduction d'institutions représentatives.

Voir également G. D. COMBE, *Responsible Government in South Australia*, op. cit., p. 17.

<sup>185</sup> *Northern Territory Surrender Act 1907*, n°946.

<sup>186</sup> G. W. RUSDEN, *History of Australia*, op. cit., vol. 2, p. 6.

<sup>187</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit, p. 68.

<sup>188</sup> Proposition du Capitaine Stirling du 14 décembre 1826, J. F. WATSON, *Historical Records of Australia*, Sydney, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, Serie I vol. 12, 1919, p. 777 à 780.

décembre 1828<sup>189</sup> donnèrent mandat à ce dernier, en tant que lieutenant-gouverneur, d'établir une véritable colonie et précisèrent qu'un gouvernement civil serait institué par une loi du Parlement. Par ailleurs, afin de souligner la singularité de cette nouvelle colonie, une circulaire coloniale du 5 décembre 1828 rejette explicitement l'envoi de détenus<sup>190</sup>, confirmant ainsi une distance par rapport aux autres colonies établies comme des dépendances de la Nouvelle-Galles du Sud. Entre 1827 et 1829 deux expéditions furent organisées ; très vite, la population compta 3.000 âmes.

La naissance de la colonie fut consacrée par l'adoption du *Government of Western Australia Act* 1829<sup>191</sup> et la proclamation du 18 juin 1829<sup>192</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de la loi autorisa et habilita trois personnes ou davantage, résidants dans la colonie à prendre toutes mesures nécessaires au maintien de la paix et du bon ordre dans la colonie. La colonie, se verra dotée d'un gouvernement civil notamment à la suite de l'adoption d'un ordre en conseil du 1er novembre 1830<sup>193</sup> et des lettres patentes du 4 mars 1831<sup>194</sup>, élevant James Stirling à la dignité de gouverneur. Lors de leur première convocation en 1832, les deux conseils présidés par le Gouverneur Stirling sont composés de quatre membres officiels issus du gouvernement. A compter de 1839<sup>195</sup>, le Conseil législatif se voit renforcé de quatre membres, non officiels, désignés par le gouverneur. Cette première évolution est le fruit de revendications de la population<sup>196</sup>. A ce titre, la

---

<sup>189</sup> J. F. WATSON, *Historical Records of Australia*, Sydney, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, 1923, Serie III, vol. 6, p. 601-602.

Au préalable la métropole envoya une première expédition confiée au Capitaine Fremantle par instructions royales adressées à l'amirauté du 5 novembre 1828 (même volume p. 587).

<sup>190</sup> Circulaire coloniale du 5 décembre 1828: J. F. WATSON, *Historical Records of Australia*, Sydney, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, Serie III, vol. 6, 1923, p. 594.

<sup>191</sup> *An Act to Provide until the Thirty First of December One Thousand Eight Hundred and Thirty-Four for the Government of His Majesty's Settlement in Western Australia on the Western Coast of New Holland* (14 mai 1829), 10, Geo.IV, c. 22, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, His Majesty's Statute and Law Printers, 1829, p. 98-99.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p.33. Les auteurs relèvent que dans cette loi apparaît pour la première fois la dénomination Australie.

<sup>192</sup> E. RUSSELL, *A History of Law in Western Australia 1829-1979*, Perth, University of Western Australia Press, 1981, p. 334-335. Le Capitaine Stirling proclamera la possession de l'Australie Occidentale au nom de la Couronne et insistera sur le besoin de protéger les populations autochtones.

<sup>193</sup> R. MONTGOMERY MARTIN, *Statistics of the Colonies of the British Empire in the West Indies, South America, North America, Austral-Asia, Africa and Europe*, Londres, Allen & Co, 1839, p. 232.

Par des instructions prises sur le fondement de la loi, on distinguera les membres officiels de deux membres nommés parmi les habitants de la colonie.

<sup>194</sup> E. RUSSELL, *A History of Law in Western Australia 1829-1979*, op. cit., p. 336-350.

<sup>195</sup> En 1847 et 1852 seront ajoutés deux membres à ce conseil.

<sup>196</sup> G. CARNEY, *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, op. cit., p. 49 et suivantes.

Colonie de l’Australie-Occidentale évoluera plus vite et plus tôt que les autres colonies<sup>197</sup>. Toutefois, une régression est à souligner ; en effet, afin de dynamiser son essor, la colonie se résigna à accueillir des détenus en 1849 pour compenser l’arrêt de l’envoi dans la Terre de Van Diemen. Cette régression interrompit le développement constitutionnel de cette colonie prometteuse jusqu’en 1868, date à laquelle le transport de détenus prit fin, pour enfin obtenir un système représentatif, déjà en vigueur sur le reste du continent depuis 1850<sup>198</sup>.

La Nouvelle-Zélande connaîtra un développement similaire. Compte tenu de la situation particulière des îles et du relatif trouble qui y règne, un gouvernement autoritaire sera d’abord érigé avant d’évoluer suivant les mêmes modalités que la colonie mère de Nouvelle-Galles du Sud.

## **Sous-Section 2 – L’administration coloniale en Nouvelle-Zélande**

Le Professeur Joseph souligne « [qu’] à l’exception des Guerres Maories dans les années 1860 et la question de l’éventuelle fédération avec l’Australie, la progression de la Nouvelle-Zélande d’une position de colonie de la Couronne à un état souverain fut régulière, continue et sans incident<sup>199</sup> ». Avant l’adoption du *Constitution act* de 1852<sup>200</sup>, rédigé en grande partie par George Grey, les îles kiwis connurent deux textes de portée constitutionnelle. En effet, se succéderont la première charte de gouvernement sur le fondement d’une lettre patente remise au Capitaine Hobson et la première constitution formelle de 1846 qui mettra en place un système aux allures de gouvernement représentatif. Ces deux systèmes seront vivement critiqués pour leur inefficacité avant que la loi constitutionnelle de 1852 ne soit finalement adoptée.

---

<sup>197</sup> B. D. GARIS, « The History of Western Australia’s Constitution and Attempts at Its Reform », *Western Australia Law Review*, vol. 31, 2003, p. 142 à 153.

<sup>198</sup> L’Australie Occidentale n’était pas mentionnée dans la loi.

<sup>199</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and administrative Law in New Zealand*, 4<sup>ème</sup> éd, Wellington, Brookers Ltd., 2014, p. 107 et suivantes.

<sup>200</sup> 15 & 16, Vict., c. 72, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty’s Printers, 1852, p. 254 à 273.

## A – La première charte de gouvernement du 16 novembre 1840

Une fois le consentement des tribus maories obtenu, le capitaine William Hobson déclara la souveraineté britannique sur ce nouveau territoire<sup>201</sup>. Jusqu'à l'adoption des lettres patentes du 16 novembre 1840<sup>202</sup>, prises sur le fondement du *New South Wales Continuance Act*<sup>203</sup>, la Nouvelle-Zélande dépendait de la Nouvelle-Galles du Sud et le Lieutenant-gouverneur Hobson était responsable devant son supérieur hiérarchique, le Gouverneur Gipps. Ces lettres patentes, considérées comme la première charte de gouvernement, consacrent l'autonomie de la Nouvelle-Zélande vis-à-vis de la Nouvelle-Galles du Sud proclamée le 3 mai 1841<sup>204</sup>. Elles feront de William Hobson le premier gouverneur de la colonie et autorisera également la création d'institutions sur le même modèle que celles déjà en vigueur dans les autres colonies australiennes. Robson souligne que « *la Nouvelle-Zélande profita des évolutions déjà consacrées en Nouvelle-Galles du Sud et commença ainsi son histoire avec quelques échelons d'avance*<sup>205</sup> ».

Le système mis en place était centré sur le pouvoir absolu du gouverneur assisté d'un Conseil exécutif composé de trois membres officiels et d'un Conseil législatif nommé et composé de trois membres supplémentaires<sup>206</sup>. Les premières structures institutionnelles mises en place durant la période étaient très centralisées. De larges pouvoirs étaient accordés au représentant de la Couronne britannique et le contrôle de

---

<sup>201</sup> Deux proclamations seront adoptées le 21 mai 1840 et publiées dans le *London Gazette* le 2 octobre 1840.

La proclamation relative au Traité de Waitangi : *London Gazette*, 2 octobre 1840, n°19900, p. 2179.

La proclamation relative à l'établissement de la souveraineté britannique sur la Nouvelle-Zélande : *London Gazette*, 2 octobre 1840, n°19900, p. 2179-2180.

<sup>202</sup> Lettres patentes 16 novembre 1840, archives nationales de Nouvelle-Zélande, Wellington, AGGO 8341 IA9 5/6.

<sup>203</sup> 3 & 4, Vic., c. 62 (Imp).

<sup>204</sup> C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapter 1 Introduction », dans J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, chap. cit. p. 3.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 76. Certains membres de la Compagnie de Nouvelle-Zélande menés par William Wakefield ont pris sur eux d'instituer un conseil colonial que le Capitaine Hobson avait défini comme une république. Ce dernier fut dissous en mars 1840.

<sup>205</sup> C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapter 1 – Introduction », dans J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, chap. cit. p. 3.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 76.

<sup>206</sup> G. CARNEY, *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, op. cit., p. 57 et suivante.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p.77.

la métropole sur le fonctionnement de la colonie était renforcé. Cette tutelle souleva des contestations tant dans la colonie qu'en Angleterre. En effet, dans une certaine mesure, elle détonnait avec le mouvement vers l'autonomie qui commençait à se dessiner dans le reste des dépendances britanniques. Le cabinet fut alors contraint de mettre en place un système plus ouvert. En effet, le Canada avait bénéficié de cette avancée l'année précédente et l'Australie était sur le point d'en bénéficier. Dès lors le mouvement vers l'autonomie apparaissait comme une évolution tant logique que nécessaire.

### B – La première constitution formelle de 1846

Ce mécontentement força Londres à revoir sa politique vis-à-vis de la Nouvelle-Zélande. En effet, la loi portant constitution du 28 août 1846<sup>207</sup> était une réponse directe à de nombreuses revendications des colons qui souhaitaient que soient accordées à la colonie des institutions représentatives<sup>208</sup>. Le texte avait également vocation à reconnaître une part d'autonomie à la Nouvelle-Zélande<sup>209</sup>. Formellement promulguées, ces institutions représentatives ne virent pourtant jamais le jour. Cette première constitution formelle fut suspendue quelques mois après son adoption, le 7 mars 1848<sup>210</sup>. Par ailleurs, en raison de sa courte durée de vie, cette loi n'a pas suscité de grand intérêt de la part de la doctrine. Elle n'était bien souvent que mentionnée pour souligner ses défauts et le caractère intermédiaire qu'elle revêtait.

L'un des principaux détracteurs du texte demeure le Gouverneur en Chef Grey, arrivé en 1845 en Nouvelle-Zélande pour tenter de restaurer le calme dans la colonie. Il critiquait le système représentatif mis en place et préférait, dans une certaine mesure,

---

<sup>207</sup> *An Act to Make Further Provision for the Government of the New Zealand Islands*, 28 août 1846, 9 & 10 Vict., c. 103 (Imp.), *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1846, p. 654 à 660. Cette loi avait vocation à entrer pleinement en vigueur le 23 décembre 1846.

<sup>208</sup> M. PALMER, « New Zealand Constitutional Culture », *New Zealand Universities Law Review*, vol. 22, 1963, p. 565 à 596. P. A. JOSEPH, « Foundations of the Constitution », *Canterbury Law Review*, vol. 4, 1989, p. 58 à 74.

<sup>209</sup> P. A. JOSEPH, *Constitutional & Administrative Law in New Zealand*, 4ème éd, Wellington, Thomson Reuters, 2014, p. 1203 et suivante.

<sup>210</sup> *Suspending Act*, 7 mars 1848 11 & 12 Vict., c. 5, 1848 (Imp.) *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1848 p. 26 à 29.

limiter les entraves à son autorité, au moins durant la période des conflits qui agitent les îles jusqu'à la fin des années 1860, bien que les « guerres maories » aient duré jusqu'en 1872. En effet, le système mis en place en 1846 est très détaillé et relativement complexe. Tout en définissant de façon très précise les modalités de désignation de chacun des organes, une large marge d'appréciation est laissée au chef de l'exécutif.

Cette loi séparait la Nouvelle-Zélande en deux provinces représentant à grands traits les deux îles de la colonie<sup>211</sup>. Le *New Zealand Government Act* était complété par des instructions et des lettres patentes publiées dans le *London Gazette*<sup>212</sup>. Chaque province était dirigée par un lieutenant-gouverneur assisté d'un Conseil exécutif en charge des affaires locales<sup>213</sup>. Chacun des lieutenant-gouverneurs nommés par la Couronne par lettres patentes, n'était responsable que devant elle<sup>214</sup>.

Le lieutenant-gouverneur était une composante de l'Assemblée provinciale<sup>215</sup> laquelle était composée également du Conseil législatif nommé<sup>216</sup> et de la Chambre des représentants élue. Un système complexe d'élections indirectes est mis en place. Cette nouvelle loi renforce l'autonomie locale en mettant les municipalités et plus largement les collectivités territoriales au cœur du système<sup>217</sup>. L'administration locale est le

---

<sup>211</sup> Article 1<sup>er</sup> du *New Zealand Government Act* 1846.

Article III des lettres patentes identifie la province du Nouveau Ulster pour l'île nord et la province du Nouveau Munster pour le centre du pays et l'île du Sud.

Voir également le chapitre 4 (notamment article 2) des instructions royales relatives à la loi de 1846, du 28 décembre 1846.

<sup>212</sup> Article 15 *New Zealand Government Act* 1846.

<sup>213</sup> Article XI des lettres patentes. Par ailleurs, le Chapitre 2 des instructions attachées est consacré à ces organes. L'article 1 précise que le rôle de ces conseils exécutifs est d'assister l'officier en charge de l'administration du gouvernement. Cette idée est également mentionnée à l'article 4.

L'article 2 précise que ce Conseil est composé du Secrétaire colonial, du Procureur général, du Trésorier colonial, des officiers militaires et toutes personnes qui ne seraient pas mentionnées dans la liste. L'article 6 précise que le nombre de membres non-officiels ne devra pas excéder le nombre de membres officiels du Conseil exécutif.

<sup>214</sup> Mettre la référence sur la désignation et la démission des Ltg.

<sup>215</sup> Article 3 et 5 du *New Zealand Government Act* 1846.

<sup>216</sup> Article 4 du *New Zealand Government Act* 1846.

Article IV des lettres patentes du 28 décembre 1846.

Instructions royales du 28 décembre 1846 : Chapitre 7 articles 1 et 2. L'article 2 précise que les membres du Conseil sont nommés par la Couronne (une exception toutefois pour la désignation des membres du premier Conseil législatif nommés directement par le lieutenant-gouverneur).

L'article 8 précise que les membres dudit Conseil exercent leur mandat au plaisir de la Couronne.

Les articles 9 à 11 précisent des éléments de procédure comme la désignation du Président du Conseil par le lieutenant-gouverneur (article 9), les règles de quorum (article 10) ou de discussion (article 11).

<sup>217</sup> Article 5 du *New Zealand Government Act* 1846.

Les compétences des collectivités territoriales sont définies au Chapitre 5 des instructions royales relatives à la loi du 28 décembre 1846.

rouage essentiel du système électoral. Le suffrage masculin<sup>218</sup> mis en place était un suffrage censitaire et capacitaire<sup>219</sup>. En effet, seuls les bourgeois, propriétaires terriens depuis au moins six mois, étaient considérés comme électeurs<sup>220</sup> des conseils municipaux. Ces derniers élisaient les membres de l'exécutif local<sup>221</sup>. Les conseils municipaux devaient élire parmi leurs membres ceux appelés à siéger au sein de la Chambre provinciale des représentants<sup>222</sup>, pour quatre ans<sup>223</sup>. Les conditions pour être élues au sein de ces assemblées qu'elles soient locales, provinciales ou fédérales, sont également très restrictives et obéissent notamment à des critères de revenus<sup>224</sup>.

L'administration de la Nouvelle-Zélande est confiée à un Gouverneur en chef<sup>225</sup> ; ce dernier est l'un des organes qui composent l'Assemblée générale de Nouvelle-Zélande. Cette Assemblée Générale est une assemblée bicamérale composée du Conseil législatif<sup>226</sup> nommé parmi les membres des Conseils législatifs provinciaux<sup>227</sup> et de la Chambre des représentants élus par et parmi les membres de chacune des Chambres provinciales des représentants<sup>228</sup>.

Le chapitre 10 des instructions royales du 28 décembre 1846 précise que chacune des Assemblées provinciales ou générales est compétente pour adopter des lois

---

<sup>218</sup> Chapitre 5, article 10 des instructions royales du 28 décembre 1846.

<sup>219</sup> Chapitre 5, article 11 des instructions royales du 28 décembre 1846. Cet article précise qu'au-delà de la condition de propriété, seuls les hommes sachant lire et écrire l'anglais pouvaient être électeurs.

<sup>220</sup> Chapitre 5, article 10 des instructions royales du 28 décembre 1846.

<sup>221</sup> Chapitre 5, article 13, des instructions royales du 28 décembre 1846.

Voir également l'article 19, au même chapitre sur les compétences attachées aux fonctions de membres de l'exécutif local.

Articles 24 à 27 sur les compétences générales des conseils municipaux, notamment sur les délibérations desdits conseils, des instructions royales du 28 décembre 1846.

<sup>222</sup> Article 4 du *New Zealand Government Act 1846*.

Article IV des lettres patentes du 26 décembre 1846 et chapitre six des instructions.

Sur les élections voir notamment articles 2 à 4 des instructions

On trouvera également dans ce chapitre des éléments de procédure comme l'élection du Président de la Chambre (article 6) qui doit être confirmée par le lieutenant-gouverneur de la province.

<sup>223</sup> Le Chapitre 6, article 7 des instructions royales.

<sup>224</sup> Chapitre 9 des instructions royales.

<sup>225</sup> Article 6 du *New Zealand Government Act 1846*. Voir également le Chapitre 1er des instructions royales du 26 décembre 1846.

<sup>226</sup> Article 5 du *Suspension Act* de 1848. Il est précisé à l'article VI que les Chambres des représentants peuvent faire l'objet d'une dissolution (voir également le Chapitre 8, articles 2 et 3 des instructions).

<sup>227</sup> Chapitre 8, article 5 et 6 des instructions royales précisent respectivement que le nombre total de membres du Conseil législatif de la Nouvelle-Zélande ne peut excéder un tiers du nombre de membres de chacune des chambres provinciales (article 5) d'une part et que les membres sont désignés par les lieutenants-gouverneurs provinciaux.

<sup>228</sup> Article V de la loi de 1848. Par ailleurs, le chapitre 8, les articles 7 à 10 définissent les modalités d'élections. On notera également que s'agissant de l'élection, les instructions mentionnent parfois les Assemblées des provinces dans leur ensemble et parfois uniquement les Chambres des représentants des provinces (voir notamment les articles 8 et 9 des instructions).

dénommées ordonnances, soumises au contrôle des représentants de la Couronne et à la métropole<sup>229</sup>. Les instructions donnaient au gouverneur un pouvoir discrétionnaire pour créer celles-ci<sup>230</sup>. En application de ces instructions, une proclamation adoptée à la fin de l'année 1847 déclarait l'entrée en vigueur de cette première constitution au 1er janvier 1848. Par ailleurs, l'article 9 du *New Zealand Government Act* prévoit explicitement que des assemblées représentatives ne peuvent pas, pour l'heure, voir le jour dans la province du *New Ulster*. On peut en déduire un déséquilibre entre les deux îles de Nouvelle-Zélande, notamment pour privilégier une partie de la population. Cette idée est confirmée par les dispositions suivantes du même article qui énonce que les représentants de cette province au sein de l'Assemblée générale sont nommés et ne doivent pas représenter une majorité au sein de la chambre. Le Gouverneur Grey ne prit aucune initiative pour convoquer l'Assemblée Générale ou les assemblées provinciales prévues dans la loi. Ce dernier souhaitait protéger les Maories, car il craignait que les nouvelles assemblées ne les privent de leurs terres<sup>231</sup>.

Dans un courrier adressé au Comte Grey, le Gouverneur Grey fait valoir ses critiques sur la loi, soulignant notamment que les limitations à l'exercice du suffrage, conduiraient à exclure les Maoris du processus démocratique<sup>232</sup>. Cet élément révèle les difficultés liées à la question de la place des tribus maories. En effet, inclure pleinement ces dernières changerait l'équilibre politique de la colonie ; les exclure ne ferait que remettre en question la validité du traité de Waitangi, en réalité très fragile<sup>233</sup>.

Par ailleurs, compte tenu de l'agitation grandissante, le Gouverneur George Grey préférait conserver le pouvoir pour défendre au mieux les intérêts de la colonie dont il avait la charge<sup>234</sup>. A l'occasion d'un envoi à la métropole en date du 3 mai 1847, le Gouverneur souligna que le système représentatif mis en place ne convenait pas à la

---

<sup>229</sup> Article 7 du *New Zealand Government Act* 1848.

<sup>230</sup> Notamment les chapitres 7 et 8 des instructions royales du 28 décembre 1846.

<sup>231</sup> P. A. JOSEPH, *Constitutional & Administrative Law in New Zealand*, op. cit., p. 83 et suivantes.

<sup>232</sup> Echange du 3 mai 1847, reproduit dans W. D. MCINTYRE, W. J. GARDNER, *Speeches and Documents on New Zealand History*, Londres, Clarendon Press, 1971, p. 63-64.

<sup>233</sup> C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapt. – 1 Introduction », cit., p. 6.

<sup>234</sup> *Ibid.*

A. H. MCLINTOCK, *Crown Colony Government in New Zealand*, Wellington, RE Owen Government Printer, 1958, p. 197.

situation de colonie et il proposa dans ce même échange un système modifié reposant sur un renforcement de la représentation locale<sup>235</sup>. La métropole se laissa finalement convaincre.

En 1848<sup>236</sup>, la Chambre des communes débattit avec beaucoup d'intérêt de la question de la suspension ou de l'abrogation de la loi de 1846 et adopta le *Suspending Act* 1848<sup>237</sup>. Cette loi prononçait la suspension pour cinq<sup>238</sup> ans des dispositions du *Government of New Zealand Act* 1846 et l'abrogation des instructions et lettres patentes adoptées sur son fondement<sup>239</sup>. Elle donnait des pouvoirs renforcés au gouverneur en ressuscitant le système de la Charte de 1840<sup>240</sup>. Toutefois, le nombre de membres du Conseil législatif fut élargi<sup>241</sup> et le Gouverneur Grey disposa de la faculté d'ériger des Conseils législatifs provinciaux<sup>242</sup>.

Les critiques de la loi de 1846, jamais pleinement mise en application, ont conduit à l'essor d'un véritable mouvement en faveur de l'adoption d'un système plus adapté à la colonie, représentatif et, dans une certaine mesure, fondé sur les principes du régime parlementaire.

La grande réunion publique de Nelson du 27 décembre 1850<sup>243</sup> a incarné cette démarche néozélandaise de voir le système institutionnel évoluer. Cet événement si anecdotique soit-il se fit l'écho du bouillonnement en faveur d'une démocratisation du système représentatif britannique<sup>244</sup>. Un comité adopta une première liste de 13

---

<sup>235</sup> W. D. MCINTYRE, W. J. GARDNER, *Speeches and Documents on New Zealand History*, loc. cit.

<sup>236</sup> *Hansard*, House of Commons, vol. 96, 3ème Série, 3 au 28 février 1848, p. 328 et suivantes.

<sup>237</sup> *Suspending Act*, 1848 11 & 12 Vict., c. 5, (Imp.).

<sup>238</sup> Élément mis en avant dans l'intitulé même de la loi *An Act to Suspend for Five Years the Operation of Certain Parts of an Act of the Tenth Year of Her Present Majesty for making further Provision for the Government of the New Zealand Islands ; and to make other Provision in lieu thereof*.

<sup>239</sup> Article 1<sup>er</sup> du *Suspending Act* 1848.

<sup>240</sup> L'article 2 du *Suspending Act* 1848 précise que le système mis en place en 1840 (loi et lettres patentes, instructions et ordres en Conseil) sont « *ravivés* ».

<sup>241</sup> Article 3 du *Suspending Act* 1848.

<sup>242</sup> L'article 4 du *Suspending Act* 1848 ne précise pas les modalités de désignations de ces conseils. L'article dispose que les conseils provinciaux seront « nommés, élus, ou les deux à la fois ». Par ailleurs, l'article 5 remet entre les mains du représentant de la Couronne les critères du suffrage.

<sup>243</sup> Pour une étude détaillée voir G. PALMER, « The Strong New Zealand Democratic Tradition and the « Great Public Meeting » of 1850 in Nelson », *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 12, 2014, p. 205 à 229.

<sup>244</sup> On trouvera trace de ces premières revendications dans une pétition adressée au Parlement impérial et reproduite dans le *Nelson Examiner and New Zealand Chronicle*, vol. VIII, n°8, 21 avril 1849, p. 31. Cette pétition reprend à son compte les

principes qui furent débattus lors de la grande réunion<sup>245</sup> et finalement réduits à neuf<sup>246</sup>. Ces recommandations vont en réalité, bien au-delà d'une simple consultation relative à la forme de gouvernement à adopter. En effet, la démarche née de la grande réunion de Nelson militait pour l'octroi d'institutions représentatives. Il s'agissait de se libérer de la tutelle coloniale et obtenir l'autonomie politique, au moins en matière domestique.

Devant la montée de ces revendications, le Gouverneur Grey adressa une réponse en 1851<sup>247</sup> à la métropole dans le cadre d'un projet de nouvelle constitution, dont il serait d'ailleurs l'auteur. Il est évident que George Grey avait à l'esprit les mécanismes du système parlementaire. Toutefois ce dernier ne prit forme que dans la pratique politique et nullement dans la lettre de la Constitution de 1852, laquelle, bâtie sur les fondations de la loi de 1846, mettra formellement en place un régime représentatif.

---

critiques formulées par le Gouverneur Grey et insiste sur la mise en place d'un véritable système représentatif fondé sur un esprit d'autonomie locale. Les pétitionnaires soulignent « *une forme de gouvernement despotique dans lequel il n'y a pas de vote, voix ou influence d'aucune sorte, directe ou indirecte, dans l'élaboration des lois et ordonnances auxquels ils sont tenus d'obéir. [Un système] dans lequel ils sont gouvernés par la volonté d'un seul homme et une minorité choisie par ce dernier et totalement irresponsable devant les membres de la colonie* ». Ces derniers soulignent un abandon de tous les principes fondamentaux de la Constitution britannique, pourtant reconnus comme un droit de naissance.

<sup>245</sup> La liste des 13 principes est reproduite dans G. PALMER, « The Strong New Zealand Democratic Tradition and the « Great Public Meeting » of 1850 in Nelson », art. cit, p. 213-214. On trouvera parmi ces derniers l'idée suivant laquelle le Parlement de Nouvelle-Zélande est bicaméral (une Chambre Haute et une Chambre Basse), élu pour trois ans (principe 3) et composé de membres élus à l'exception de quelques membres nommés (principe 1). On trouvera également l'idée suivant laquelle le gouverneur est nommé par la Couronne et peut être révoqué par une adresse du Parlement (sollicitant la révocation) à la suite d'un vote à la majorité des deux tiers des deux chambres (principe 2). On trouvera également ce dispositif de *recall* s'agissant des autres membres nommés du Parlement (principe 7).

Il est précisé que « la compétence du Parlement Colonial doit être absolue dans tout ce qui concerne les affaires locales » (principe 8). On trouvera également l'idée suivant laquelle les lois de finance doivent émaner de la Chambre Basse (principe 9).

Nous attirons l'attention du lecteur sur le principe 10 qui permet au Parlement de Nouvelle-Zélande de « réviser ou abroger toute disposition de la présente Constitution ». Il est intéressant que le *New Zealand Constitution Act* de 1852 (15 & 16 Vict. c.72) ne prévoyait pas à l'origine ce mécanisme qui ne sera introduit dans le texte qu'à l'occasion de la première révision en 1857 (*New Zealand Constitution Amendment Act 1857* 20 & 21, Vict. c. 53, *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1857, p. 147-148).

<sup>246</sup> Comparer avec les neuf principes adoptés le 27 décembre 1850 reproduits dans G. PALMER, « The Strong New Zealand Democratic Tradition and the « Great Public Meeting » of 1850 in Nelson », art. cit, p. 215-216.

On notera une différence majeure alors que le premier projet recommandait un Conseil exécutif central, le second projet propose de conserver la forme des provinces.

Il est intéressant de noter qu'à l'exception de la question des provinces, le projet fut soutenu à une large unanimité dans la classe politique.

Soulignons également l'existence d'un autre projet de constitution désigné comme le *MS Project* qui fut adressé au Parlement impérial au même moment que le texte du futur *constitution act* de 1852. Ce projet ne connaît pas d'auteur clairement identifié.

<sup>247</sup> Message n°121 de Sir George Grey au Comte Grey du 30 août 1851, reproduit dans *The New Zealand Constitution Act 1852 Together with Correspondence Between the Secretary of State for the Colonies and the Governor-in-Chief of New Zealand in Explanation Thereof*, Wellington, the New Zealand Government, 1853, p. 33 à 64.

## Conclusion : Les balbutiements d'une autonomie locale

Ce premier examen historique révèle, à n'en pas douter, le caractère incertain de la construction des premières constitutions coloniales. Les événements analysés dans le deuxième chapitre consolident ce qui était évoqué dans le premier chapitre : l'histoire constitutionnelle des colonies est une réponse immédiate à une situation qui dépasse le cadre de l'Empire. Elle révèle des considérations tant politiques, que juridiques. La diversité des situations en fonction de l'histoire, des populations, des contingences matérielles a été d'abord gommée par le gouvernement impérial. La volonté d'uniformiser les modalités d'administration par-delà les mers a très vite montré ses limites. Derrière ce souci d'administration au niveau de chacun de ces territoires se jouait également une lutte politique. En effet, se jouait en coulisse un conflit entre le Parlement et la Couronne. Les conséquences de la décision *Campbell*<sup>248</sup> ont produit des effets mesurés, notamment car, comme nous avons tenté de le souligner, le « *royaume de la prérogative* » conserverait, grâce au flou de certaines situations, une influence déterminante.

La construction du droit constitutionnel dans les colonies Nord-américaines et australasiennes laisse apparaître une ambiguïté<sup>249</sup> dans son développement. Dans chacune des situations, les circonstances de fait, justifiées ou non, ont permis au pouvoir impérial de repousser l'octroi d'institutions représentatives. Rejetée par opportunité, l'évolution des colonies s'est réalisée par touches successives. Le constituant de Westminster n'a pas eu l'ambition ou même le projet de produire des copies exportables du système britannique. Cette absence de schéma institutionnel se ressent, à l'étude de l'histoire tant d'un point de vue tant formel que matériel. En effet, il est important de rappeler que le système parlementaire apparu, en Angleterre, notamment avec l'adoption de la loi électorale de 1832 était encore en pleine maturation. Les mécanismes de contrôle et de responsabilité commençaient tout juste

---

<sup>248</sup> *Campbell v. Hall*, (1774), 1 Cowp 204, 98 ER 1045.

<sup>249</sup> Ambiguïté révélée, rappelons, par la mention dans chacune des lois portant gouvernement civil pour les colonies de la possibilité de réunir une assemblée, sans jamais donner vie à cette possibilité.

à montrer leur utilité. Comment pourrait-on imaginer que les colonies revendiquent un système de gouvernement qui était tout juste ancré dans le système de gouvernement de la métropole ? On ne saurait dès lors, tomber dans le raccourci facile et discutable de résumer l'histoire des colonies à une volonté mécanique, froide et désincarnée de transporter, transposer, transplanter un système dont on considère qu'il aurait fait ses preuves et serait le meilleur. L'objectif principal du gouvernement de Londres était de préserver l'unité de l'Empire. L'octroi d'institutions représentatives présentait un risque trop important dans cet objectif. Prévues dans les lois portant gouvernement civil, cette mention apparaissait comme une lumière, un objectif à atteindre, une ouverture institutionnelle. Cette formulation qui peut être considérée comme purement incantatoire semble révéler la nature ouverte, perméable et flexible du droit constitutionnel britannique. Elle tend à privilégier une lecture de la vie politique et institutionnelle fondée sur l'expérience et le pragmatisme. Ces projets louables dans leur lettre ne furent jamais pleinement appliqués et cela pour des raisons évidentes d'expédients politiques. Les premières lois portant gouvernement civil connurent toutes le même destin funeste. Le gouvernement impérial préféra une administration plus resserrée et centralisée.

L'Histoire des dominions connaîtra une unité, tant de chronologie que de développement à compter de l'année 1840.

## CONCLUSION DU TITRE 1 – LES PREMIERES CONSTITUTIONS COLONIALES, UNE STRATIFICATION FORMELLE

Cette première analyse du développement de l'Empire révèle un développement qui est le fruit de l'expérience. Cette naissance fut marquée par des incertitudes, des hésitations, des concessions, des dialogues. On pourrait ainsi rejeter l'expression de « modèle » pour évoquer l'évolution du *Commonwealth* des nations<sup>1</sup>. Les premières expériences constitutionnelles révèlent une distance entre la lettre des lois adoptées par le Parlement impérial et les modèles institutionnels mis en place. Le bilan met en évidence une structure institutionnelle concentrée et dans une certaine mesure (notamment pour le Canada en 1763 et 1771 ou pour l'Australie) autocratique.

L'uniformisation initiée par la métropole a conduit à un mécontentement, de la part tant des agents de la Couronne britannique que des populations locales. Sous couvert d'une architecture constitutionnelle reproduite indistinctement, le premier droit colonial était un droit fragmenté, un droit différencié. Cette fragmentation se ressentait de façon brutale, frontale au Canada ou en Nouvelle-Zélande par exemple, et d'une manière plus indirecte en Australie. En effet, compte tenu des modalités d'administration de ces territoires, les sujets de la Couronne impériale se voyaient appliquer un droit différencié. Par ailleurs, en Australie, la nature particulière des premiers colons renforça encore cette différence de traitement, cette fragmentation du droit.

Cette situation très largement insatisfaisante a conduit à une indispensable redéfinition de la politique coloniale à compter de la seconde moitié du XIX siècle. Il était nécessaire de traiter les colonies séparément en fonction de leur histoire particulière. Ainsi, il fallait admettre que les particularismes locaux servaient de ciment à l'unité et au maintien de l'Empire, plutôt qu'à son crépuscule.

---

<sup>1</sup> L. WHITEHEAD, « The Westminster System « Model » or « Muddle » ? », *Taiwan Journal of Democracy*, Special Issue, mai 2013, p. 9 à 38.

En outre, les premières architectures institutionnelles semblaient closes sur elles-mêmes, laissant peu de place à l'interprétation ou à une quelconque marge de manœuvre.

Il n'a pas fallu longtemps aux sujets anglais, qu'ils soient britanniques de naissance ou qu'ils le deviennent, pour tirer avantage d'une culture et d'une histoire : celle de la conquête pour la liberté politique et le droit de s'administrer librement. Dans une certaine mesure, l'émergence de ces revendications a suivi le même chemin qu'en métropole, ce qui souligne les liens idéologiques de celle-ci avec ces territoires mêmes les plus lointains. A ce titre, l'histoire des colonies reprend dans des délais bien plus courts, la même histoire que celle de Westminster. Ainsi, des pétitions adressées par les catholiques canadiens aux revendications plus précises et ambitieuses des Néo-zélandais présents à Nelson, la demande est la même, celle d'être associés aux décisions relatives à l'administration de leur foyer. Ces revendications sont parvenues à émerger malgré un système rigoureux. On ne saurait arrêter une idée arrivée à maturité, on ne saurait arrêter la circulation des idées. Ces phénomènes sont tout à la fois les fruits d'un passé et les germes d'un futur. En effet, les revendications identifiées plus haut témoignent de la volonté des sujets britanniques au-delà des océans de donner corps aux acquis de la Glorieuse Révolution. Cette volonté porte en elle les germes d'un régime, fruit d'une évolution culturelle et institutionnelle. On comprendra dès lors pourquoi le Parlement britannique a accepté d'adopter une série de lois portant constitution pour les colonies dont l'objet principal était de permettre enfin la réalité du système représentatif.

Cette construction balbutiante met en lumière la nature stratifiée du droit constitutionnel formel dans les colonies. Cette stratification formelle se caractérise par la nature éparse de ce droit constitutionnel, des origines composées tout à la fois d'actes pris par l'exécutif, de lois du Parlement et d'échanges juridiquement non contraignants. Toutefois, le non-respect de ces consignes par les représentants de la couronne pouvait entraîner le rappel de ces derniers et leur remplacement.

Cette stratification a conduit à une reconnaissance d'une autonomie locale. Alors que les premiers outils de législation qu'étaient les lettres patentes (les instructions ou les commissions royales) étaient adressées à un représentant de la Couronne identifié, les lois qui ont été adoptées dans un second temps ont été rédigées en des termes plus généraux et impersonnels, laissant apparaître la naissance d'institutions pérennes. Cette évolution porte en elle les germes du régime parlementaire qui ne sera jamais réellement formalisé dans les textes législatifs. Ce dernier apparaît comme un principe cardinal, un esprit qui insuffle et irrigue tout le système politique.

A compter de ce moment, l'histoire des trois systèmes, objet du présent travail, sera réunie en un même courant qui réconciliera tout à la fois un passé fièrement revendiqué et un avenir ouvert. Ce courant est incarné par des personnalités comme Lord Grey, Lord Elgin, Wakefield, Metcalfe ou bien sûr Lord Durham. Ces réformateurs militèrent à la fois politiquement et de façon concrète pour donner corps à l'appel de Fox qui déjà, en 1791<sup>2</sup>, réclamait l'octroi du gouvernement représentatif et responsable dans les colonies. Cet argument trouvait une double justification : il s'agissait d'une forme d'humanisme mais également de maintenir l'Empire ébranlé par la perte des Treize Colonies et l'échec de la première politique impériale. L'année 1840 verra un tournant dans la politique coloniale symbolisant la naissance du système représentatif et le développement vers le régime parlementaire. Ces nouvelles architectures constitutionnelles mises en place avec le concours des colonies permettront l'essor d'un système parlementaire codifié en creux des textes qui connaîtra une formalisation progressive.

---

<sup>2</sup> J. L. MORISON, « Chapt. XI – The Mission of the Earl of Durahm », in J. HOLLAND ROSE, A. P. NEWTON, E. A. BENIANS (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. 6 Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1930, p. 302 ou p.306.

## **TITRE 2 : LA PLUME AU SERVICE DE L'IDEE – L'ESSOR DU FORMALISME CONSTITUTIONNEL**

*« Une constitution reposant sur les mêmes principes que celle  
du Royaume-Uni <sup>1</sup> »*

La naissance des colonies en Australasie et au Canada et l'enracinement progressif de la présence et de la culture institutionnelle britanniques semblaient être des points d'ancrage, essentiels et indispensables à la compréhension d'ensemble de l'appréhension de la notion de constitution dans ces systèmes de gouvernement. Il était ainsi question de l'étude des premiers organes d'administration de ces foyers de peuplement. Penser à l'origine comme des substituts acceptables en réaction à la perte des treize colonies américaines, les institutions initiales mettaient en place un système centralisé dont l'objectif principal était l'administration de la justice. Cette première période autocratique fut le théâtre de revendications institutionnelles contradictoires : d'une part, l'exécutif incarné par le seul gouverneur, représentant la Couronne impériale et placé sous son autorité hiérarchique (celle du cabinet en réalité) et d'autre part, la volonté des sujets des couronnes britanniques par-delà les mers de s'administrer librement, sans pour autant être représentés, pour l'heure au sein d'une assemblée élue. Par ailleurs, rappelons-le, les organes de gouvernement se caractérisaient, dans une large mesure, par le principe de la désignation et de la concentration des compétences entre les mains du seul chef de l'exécutif colonial. Symptomatique de la période autocratique, le gouverneur cumulait les fonctions de chef de l'exécutif colonial et du gouvernement. C'est, soulignons-le d'ores et déjà, cette situation qui sera au centre du second mouvement de l'histoire constitutionnelle de la Couronne impériale. En effet, avec l'octroi formel d'assemblées locales élues et l'élargissement des compétences de ces dernières, la question de la loyauté des gouverneurs deviendra un enjeu déterminant.

---

<sup>1</sup> Préambule de l'Acte d'Amérique du Nord Britannique de 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.U.)

Les vice-rois étant, constitutionnellement, les chefs de l'exécutif et les représentants de la Couronne, ils sont soumis aux ordres de la métropole, sous peine de renvoi. L'absence de formalisation précise des mécanismes internes dans les lois portant constitution d'un régime représentatif<sup>2</sup> témoigne du peu d'intérêt du constituant de Westminster pour le détail. Il n'est nullement question de considérer que cette absence de précision est l'écho d'une lacune. Loin s'en faut. En effet, le constituant impérial, comme le constituant britannique d'ailleurs, n'a que rarement, si ce n'est jamais, considéré que la systématisation ou la consolidation rigoureuse en droit constitutionnel était une planche de salut ou un gage d'absolue stabilité ou pérennité. Au contraire, la beauté du droit constitutionnel se révèle dans ses zones d'ombres ou ses sous-entendus. La logique de formalisation est secondaire. La lettre de la constitution n'a jamais eu la prétention de formaliser une idée. L'idée ne peut jamais tout entière être enserrée dans des mots, dans des lettres, un ensemble de symboles impropre à en capturer la substance. La constitution formelle fournit un cadre au sein duquel le système de gouvernement révélera l'une de ses virtualités, l'une de ses potentialités, fruit d'un conflit d'interprétation des rapports entre les organes.

Cette première remarque permettra de nuancer, nous l'espérons, un propos souvent rapporté tendant à conclure de façon quasi systématique à la nature transitoire du régime représentatif. En effet, l'histoire du Parlement britannique et de ses héritiers mettrait en exergue la nature transitoire du régime représentatif, n'y voyant qu'une simple étape, qu'un passage obligé vers le régime parlementaire et le gouvernement de cabinet<sup>3</sup>.

Ce glissement vers le gouvernement de cabinet témoignant d'un recul de la fonction et de la personne du chef de l'exécutif, n'est pas sans rappeler le bras de fer

---

<sup>2</sup> Il est d'ailleurs significatif de souligner que cette remarque est valable tout à la fois pour les lois rédigées et adoptées directement par le Parlement impérial, comme pour les lois rédigées par les assemblées constituantes dans les colonies puis adoptées définitivement par le parlement de la métropole en application de l'article 32 du *Australian Colonies Government Act* de 1855, 13 & 14, Vict., c. 59, reproduit dans *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain & Ireland*, 13&14 vict., 1850, Londres, Her Majesty's Printer, 1850, p. 339 à 357.

<sup>3</sup> Propos notamment rapporté par WPM Kennedy. On rapportera le propos *a contrario* d'Arthur Berriedale Keith qui prend notamment appui sur les exemples de la Guyane Britannique ou de la Jamaïque pour démontrer que certaines colonies n'ont volontairement opéré cette évolution, A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, Clarendon Press, 1<sup>ère</sup> éd., 1912, p. 10-11. On pourrait également évoquer le cas opposé comme le Manitoba qui, au moment de son établissement en 1870, bénéficiera directement des mécanismes institutionnels propres au système parlementaire.

qui se jouait également dans la métropole à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle entre la Couronne et le Parlement relatif à l'administration des colonies<sup>4</sup>. Il symbolise également la victoire de l'organe représentant le peuple, le souverain politique sur un organe issu du divin, politiquement irresponsable, un organe, tout à la fois inviolable et sacré.

Cette seconde étape du développement de l'ordre constitutionnel des dominions se caractérise par une consolidation des acquis politiques. Il s'agira de démontrer le lent enracinement de l'idée du gouvernement parlementaire. En effet, il sera démontré que le gouvernement parlementaire est d'abord une idée, une conception de l'exercice du pouvoir, ce qui explique le peu de formalisation réelle que l'on trouve dans les constitutions. Ainsi, il s'agit d'abord et avant tout de restituer une idée, une culture davantage qu'un outil formel d'organisation du pouvoir. N'est-ce pas là, la véritable définition d'une constitution au sens politique - un ensemble de règles qui irriguent le fonctionnement des organes de gouvernement ? Les dominions ont pleinement intégré cette conception du droit constitutionnel en transposant une conception de l'Etat, une histoire et une tradition.

L'élément central dans les développements qui vont suivre se résume à une idée simple et essentielle : un changement d'appréhension du droit constitutionnel formel. En effet, le recours à l'écrit en droit constitutionnel britannique n'est pas nouveau. Il est d'ailleurs utilisé chaque fois qu'il est question d'une affirmation solennelle que l'on ne saurait voir disparaître dans les méandres d'une interprétation ou dont les effets seraient modifiés de façon conventionnelle.

Les lois du Parlement britannique applicable aux dominions revêtaient jusqu'à 1838 une nature centralisatrice et purement « *logistique* » ; à compter de ce tournant, trois mouvements étaient à l'œuvre. Ces trois mouvements sont l'objet du présent titre.

Les deux premiers mouvements s'apparentent à une forme de maturité constitutionnelle. Les graines plantées vont germer pour laisser apparaître les premières

---

<sup>4</sup> Élément que nous développons précédemment dans le cadre de la jurisprudence *Campbell*.

pousses de liberté politique, tel que Jean-Louis De Lolme le décrira élégamment sous le règne d'Édouard III<sup>5</sup>. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'expliquer, le point de départ de notre analyse est le laboratoire constitutionnel canadien. Ainsi, la réception formelle de la constitution britannique, tout en excluant une réception matérielle du système de gouvernement anglais, amorce dans l'expérience de 1791 une logique d'appropriation constitutionnelle certaine, est symbolisée d'une part, par un phénomène constituant – bien qu'incomplet – dans les dominions, qui deviennent les rédacteurs de leurs lois constitutionnelles et d'autre part, par un changement de conception de la place des représentants de la métropole (**chapitre 3**). Cette première étape se fonde ainsi sur la plume en droit constitutionnel. La plume devient un outil au service d'une idée. A la lecture de ces quelques lignes, les approches historiques et chronologiques se justifient pleinement. En effet, la question canadienne, sur fond de lutte pour l'autonomie locale, marque le point de départ d'une nouvelle approche dans les rapports entre la métropole et ses colonies. Cette évolution s'inscrira en creux des lois portant constitution pour ces territoires. La nouvelle conception politique initiée au Canada trouvera un écho similaire en Australasie avant que, nous présentons nos excuses pour la répétition, le chemin institutionnel des dominions se lie de nouveau après avoir été distinct – comme nous l'évoquions : unité dans la diversité ou logique de « l'absorption<sup>6</sup> ».

La deuxième étape s'inscrit dans ce lien entre l'idée et la plume. Toutefois, ce lien sera ici plus distant. En effet, alors que l'analyse du troisième chapitre se fonde sur une volonté de lier idée et plume, celle menée dans le quatrième chapitre soulignera que l'écrit est venu constater *a posteriori* une situation de fait déjà cristallisée dans les esprits, en se fondant sur les exemples du *Statut de Westminster* de 1931 ou des *Australia Acts* de 1986 (**chapitre 4**).

Ces développements mettent en lumière la construction de l'ordre constitutionnel des dominions, répétitions *a minima* de l'histoire constitutionnelle de la métropole

---

<sup>5</sup> J.-L. DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais, Comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, 2<sup>ème</sup> éd, Londres, Robinson et Murray, 1785, tome 1, p. 35.

<sup>6</sup> Nous invitons le lecteur à se reporter aux développements du chapitre 1 (p. qui aborde cette question).

débutée au XIII<sup>ème</sup> siècle. Le théâtre de l'autre bout du monde permet également de s'attarder sur le phénomène d'acculturation en droit constitutionnel, de réception des mécanismes d'une constitution matérielle, fruit d'une histoire de la liberté politique. Il est également question, et c'est bien là l'essentiel de la démarche, des modalités de formalisation d'une idée et des difficultés inhérentes à une telle démarche. Ainsi, la constitution britannique ne sera jamais pleinement formalisée dans les dominions, en tout cas durant cette période de genèse ; elle se trouve présente en creux, dans les ambiguïtés, dans les non-dits), elle anime tant l'esprit du rédacteur (les dominions) que celui du constituant (le Parlement de la métropole). Cette constitution de la liberté n'est jamais un impensé conceptuel et va même au-delà de l'enracinement du régime parlementaire ou du système de gouvernement de cabinet ou primo-ministériel.

### **Chapitre 3 : L'écllosion du système de gouvernement parlementaire – l'essor de l'idée en creux de la plume**

*« Tout un chacun devra reconnaître la doctrine généreuse suivant laquelle les colonies, tant que faire se peut, doivent s'administrer librement<sup>1</sup> ».*

L'évolution des épigones de Westminster et l'enracinement du système de gouvernement de cabinet se superposent à un combat institutionnel pour le contrôle de l'administration locale de ce qui reste au XIX<sup>ème</sup> une colonie, un territoire sous tutelle administré par un représentant de la métropole. Au premier mouvement caractérisé par une administration centralisée et une concentration des pouvoirs entre les seules mains du représentant de Londres, va se substituer un second mouvement de distanciation du gouverneur. Ce dernier, à l'image de la Couronne britannique, va progressivement s'éloigner de l'administration locale de son territoire pour n'intervenir que dans les rares cas de crispations institutionnelles ou dans le cas d'une mise en jeu des intérêts supérieurs de l'Empire.

Ce changement de paradigme ancrera également un renforcement significatif des assemblées locales au sens de la mise en place d'un réel gouvernement représentatif. La logique de vases communicants entre d'une part, l'effacement du gouverneur et d'autre part, l'affirmation des assemblées est une dynamique institutionnelle née en parallèle de l'adoption d'une constitution formelle sans que cette dernière n'acte un tel changement de fondement institutionnel. En effet, les lois portant constitution pour les colonies ne reconnaissent pas formellement une telle évolution. Ces textes ne deviendront des constitutions au sens pleinement politique du terme qu'à compter de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle lorsque, validées par le Parlement impérial, elles seront l'œuvre d'assemblée constituante locale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> J. STEPHEN, *Memorandum on the colonial Office and colonial policy*, archives CO325/47.

<sup>2</sup> Ce passage d'une constitution octroyée à une constitution reconnue, reflet d'un projet politique n'est valable que pour le Canada et l'Australie. La Nouvelle-Zélande opérera sur la base du *New-Zealand constitution Act* de 1852 (jusqu'en 1986).

Cette évolution dans les rapports entre les organes du système de gouvernement ne s'est pas faite de façon évidente ou linéaire. En effet, les revendications des colonies relatives à la maîtrise de leur destin politique sont apparues comme un fait accompli par la métropole ; une nouvelle fois, le double enjeu de l'expédient politique et du maintien d'une forme renouvelée de l'unité dans l'Empire a conduit la métropole à prendre acte de cette nouvelle modalité de fonctionnement.

Ce changement ne pouvait avoir lieu qu'avec le soutien bienveillant de Londres et du *Colonial Office* administré par Lord John Russell. Par ailleurs, au-delà de l'enjeu que représente l'autonomie locale – *self-government* – les rapports avec la métropole sont remis en cause. Cette remise en cause est notamment incarnée par la place des gouverneurs et leur rôle institutionnel tant vis-à-vis tant des territoires qu'ils ont pour mission de gouverner<sup>3</sup> que du gouvernement impérial et de la Couronne à qui ils se doivent d'être loyaux. Apparaît au centre de cette évolution, la question de l'institution susceptible de conseiller le gouverneur. Se joue alors un bras de fer dans une certaine mesure entre deux conceptions de l'Empire britannique qui semblent s'opposer : d'un côté, un empire centralisé et dans lequel la métropole est le centre de décision, de l'autre, un empire fondé sur la collaboration qui admet la reconnaissance d'une forme d'autonomie locale. La question de l'avis renvoie à celle de la responsabilité. La logique de domination va devenir coopération puis inversement domination.

---

<sup>3</sup> Ce n'est qu'à l'issue de cette période de transition qui prendra réellement fin avec la conférence impériale de 1926 que le gouverneur cessera de gouverner, donnant leur pleine mesure aux maximes politiques comme « *le roi règne mais ne gouverne pas* » attribuées à Adolph Thiers en 1830 ou, plus proche de notre sujet « *the King can do no wrong* » mis en lumière par Blackstone.

A l'issue de cette période de maturation institutionnelle les gouverneurs deviendront réellement la partie digne des institutions dans les dominions, comme le définirait le journaliste Walter Bagehot.

Toutefois, il semble important de mentionner dans la présente note qu'il serait parfaitement inexact et un raccourci malheureux de comparer la position des gouverneurs généraux avec celle de la Couronne, qu'elle soit britannique ou « locale » une fois la division réalisée à compter de 1926.

Cela pour la simple et bonne raison que le gouverneur n'exerce en réalité qu'une fonction de chef de l'exécutif, le véritable chef de chacun des états (et des états australiens) demeure pour l'heure le titulaire de la couronne impériale (aujourd'hui disparue).

Ce concept de division de la couronne, parfaitement assimilé pour les constitutionnalistes anglo-saxons (moins bien maîtrisé, il faut l'admettre par les publicistes continentaux, peut-être moins à l'aise avec cette abstraction) n'a pas manqué de donner lieu à des conflits incongrus. Nous citerons simplement les exemples des tensions australiennes de 1970 entre le gouvernement fédéral et les états. Evénements qui seront la conséquence directe de l'adoption des *Australia Acts* de 1986 ou encore la maladresse des services diplomatiques américains lors de la visite de la Reine Elizabeth II en tant que Reine du Canada et non Reine d'Angleterre.

Ainsi, l'évolution institutionnelle à l'œuvre entre 1791 et 1848 se caractérise par une redéfinition de la fonction de représentant de la Couronne impériale dans les colonies. Cette évolution ne se fera pas sans heurt. En effet, nous relèverons que certains gouverneurs proches du mouvement des réformistes incarnés par des personnalités comme le Comte Grey, George Grey ou Charles Edward Poulett Thomson – Lord Sydenham – et bien sûr John George Lambton – Lord Durham – seront les moteurs de ce changement de fonctionnement, de compréhension de la logique institutionnelle.

A ce point de la démonstration, il convient d'insister sur l'idée, que nous tenterons de mettre en évidence, que la conception de ces novateurs, partisans d'une plus grande autonomie locale, ne doit pas être assimilée à un projet politique d'offrir aux colonies une constitution britannique « complète », au sens d'un système de gouvernement fondé sur le mécanisme du gouvernement responsable. Il s'agissait d'encourager l'essor d'une proto-constitution dont l'objectif était de concilier des intérêts divers. Les emprunts que l'on pourra identifier dans les constitutions australiennes au système de cabinet britannique s'expliquent par la proximité culturelle des rédacteurs des lois portant constitutions pour les dominions d'une part et le contrôle vigilant encore exercé par le gouvernement britannique, d'autre part.

La marche vers l'autonomie locale qui avait commencé connaît un tournant intéressant avec la formalisation dans la majorité des lois portant constitutions pour les colonies.

Ce n'est, en définitive, qu'avec l'adoption du rapport Durham de 1838, dont l'objet est plus complexe qu'il n'y paraît, que le développement d'un système de gouvernement proche du système de cabinet émergera à compter de 1840 pour le Canada et dans la foulée pour les autres colonies.

Cette période charnière pose les fondements institutionnels d'un gouvernement parlementaire, d'un nouvel ordre constitutionnel. Les colonies obtiendront, au prix de combats politiques, l'autorisation de la métropole d'adopter des constitutions formelles

nationales. Les constitutions, certes formellement adoptées et promulguées par le constituant impériale, sont le produit des plumes coloniales. Elles incarnent de réels projets de société ; ces lois constitutionnelles deviendront des constitutions au sens noble du terme, au sens politique. Elles dépassent la seule problématique de l'administration qui était en réalité l'enjeu du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Ces constitutions formelles deviendront des constitutions politiques.

Cette redéfinition de l'acte de gouvernement explique sans doute la particulière longévité – moyennant certaines modifications – des textes ou le fait qu'à compter de ce changement de conception, les rapports entre la métropole et les colonies vont s'apaiser.

A l'issue de cette période d'expérimentation institutionnelle mais également de transition, la définition même de la constitution changera pour ces colonies qui deviendront des *self-governing colonies* des dominions<sup>4</sup>.

En filigrane de cette étape importante de construction institutionnelle et constitutionnelle, se joue également un combat politique sur la place des représentants de la Couronne britannique. En définitive et pour marquer le propos, se joue une participation bien plus forte encore, celle d'une lutte des loyautés.

Les représentants de la Couronne jouent dans cette période un rôle actif, tantôt acteurs, tantôt freins à cette évolution. La métropole ne reste pas non plus en retrait durant cette période. Les indications qui sont transmises revêtent une dimension quasi constitutionnelle ou quasi constituante. Ces indications, ces orientations remises aux gouverneurs-généraux ont déjà été évoquées pour mettre en lumière les projets de la métropole. Ces éléments souvent tirés d'échanges, de courriers, ont une dimension constitutionnelle certaine sans pour autant être revêtus d'une sanction. Ils sont normatifs par nature en ce qu'ils créent une obligation. Par ailleurs, privés de sanction

---

<sup>4</sup> L. ZINES, *Constitutional Change in the Commonwealth*, Cambridge University Press, 1988, p. 3. Ou I. JENNINGS *The Approach to Self-Government*, Cambridge University Press, 1956, p. 13.

juridictionnelle, ils n'en restent pas moins obligatoires. En effet, ces outils de constitutionnalisme informel se révèlent, dans une certaine mesure, tout aussi essentiel que la constitution formelle elle-même. Leur sanction, si elle n'est pas prononcée par un juge, existe toutefois. Les représentants de la couronne sont responsables devant cette dernière et peuvent à ce titre être révoqués.

Tout cela se produit sans qu'une ligne de la partition ne change réellement ; il s'agit en réalité d'une nouvelle interprétation, d'une nouvelle lecture de la partition. Cette évolution s'opère dans le texte et prend ses racines dans la lettre même des lois constitutionnelles formant l'armature institutionnelle des épigones. Ainsi, l'évolution en creux des textes n'a pu être pleinement réalisée que par le biais de l'expérience canadienne de 1791 d'octroi d'institutions représentatives de conception limitée (**Section 1**). Toutefois, ces expériences contrastent avec le cas australien par exemple qui n'a pas connu cette étape transitoire avant l'adoption de constitutions nationales, fruits d'une réelle volonté de prendre en compte le système britannique de gouvernement et de s'en approprier les modalités de fonctionnement (**Section 2**).

L'objet du présent chapitre est de s'intéresser à l'idée du lien entre régime représentatif et système parlementaire. En effet, il sera démontré que des institutions représentatives étaient déjà présentes de longue date dans les colonies britanniques. L'histoire constitutionnelle des dominions et l'évolution tant du système de gouvernement de ceux-ci que de leurs rapports font écho à l'évolution du système de gouvernement du Royaume-Uni.

## **Section 1 : L’octroi formel du régime représentatif – étape vers le gouvernement parlementaire**

Les premières lois portant constitutions pour les dominions servaient leur objet immédiat à savoir la mise en place d’organes de gouvernement, aussi si limités soient-ils. A ce titre, ces lois du Parlement impérial revêtent un objet utilitaire qui en est bien l’objet immédiat. Le tropisme continental ou même moderne serait de déplacer l’objet de la définition et d’attribuer à ces premières lois constitutives une ambition qu’elles n’avaient pas à l’époque. Ces lois s’inscrivent dans un contexte de revendications pour l’autonomie locale (**sous-section 1**) dont le bilan sera nuancé (**sous-section 2**).

### **Sous-section 1 : La lutte pour l’autonomie locale au Canada**

Le présent développement tentera de montrer les différentes approches sur la question de l’octroi ou non d’une forme d’autonomie locale, autrement dit l’octroi du *self-government* : la question d’un éventuel gouvernement de cabinet. Reconnaître un gouvernement de cabinet pleinement opérationnel reviendrait à reconnaître deux idées essentielles qui, pour l’heure étaient encore loin d’être une pensée majoritaire dans la métropole : la logique de la fonction élective du parlement d’une part et des mécanismes de contrôle des décisions du gouvernement réellement effectifs, d’autre part.

Cette évolution prudente se ressent notamment dans l’intitulé des textes en vigueur durant cette période. L’étape de l’établissement de la présence britannique et les premières expériences d’administration se concentraient sur une administration de la justice. Le terme de constitution n’était utilisé que de façon secondaire ou par la doctrine pour définir la portée de ces textes.

La distinction entre les dimensions matérielle et formelle de cet outil de gouvernement apparaît, très clairement avec l’exemple canadien. Cette volonté du

constituant impérial de distinguer la nature institutionnelle, de la nature politique de la constitution sera également à l'œuvre durant cette période. Toutefois, ce frein à l'essor politique causera au Canada comme ailleurs l'échec de cette nouvelle politique impériale.

### A – L'expérience de 1791<sup>5</sup> - Une conception restrictive du système représentatif

Le député Fox lors des débats sur l'adoption du *Constitutional Act* de 1791 souligne la nature toute politique de cette loi. En effet, l'objectif de l'Acte constitutionnel de 1791 était d'adresser un message aux habitants du Canada d'abord mais aussi et surtout aux nations étrangères. L'ambition du texte était de promouvoir la dimension libérale de la Constitution britannique<sup>6</sup>. Il s'agissait de mener une offensive idéologique et dogmatique contre le constitutionnalisme français et américain républicain, dont les idées se répandaient à l'époque, représentant un risque pour la stabilité de l'Empire britannique.

Par ailleurs, au-delà de son ambition politique, l'expérience de 1791, car il s'agit bien d'une expérience constitutionnelle, est extrêmement importante selon le point de vue qui guide nos lignes. En effet, l'acte constitutionnel dont il est question porte en lui les germes du gouvernement du système parlementaire. Par le biais de l'opération de ses dispositions, il permettra l'essor, au Canada, d'un système de gouvernement encore en pleine maturation en Angleterre. Les événements que l'on définit souvent – à tort – comme la naissance du régime parlementaire viennent à peine de se produire. Les censures de Robert Walpole et du Cabinet North sont récentes. Le professeur Baranger<sup>7</sup> relève que ces dates symboliques ne sont pas en réalité les premières expériences de retrait de confiance. Ces événements ne font que confirmer l'enracinement des mécanismes de contrôle du cabinet.

---

<sup>5</sup> S'agissant de l'exemple du Canada, plus précisément, cette analyse est également conduite par William Kennedy, *The Constitution of Canada*, op. cit, p. 86.

<sup>6</sup> W. COBBETT, *Parliamentary History of England*, vol. XXIX, Londres, Hansard, 1817, p. 427 et suivante.

<sup>7</sup> D. BARANGER, *Le parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999 p. 203 ou 292.

Le *Constitutional Act* de 1791 est adopté sur fond de tensions religieuses et institutionnelles. Il visera à octroyer au Canada un mécanisme semblable à celui de la Constitution britannique de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, définie comme « *l'ancienne constitution britannique* <sup>8</sup> ». William Kennedy souligne que « *l'idée maîtresse était d'instituer une reproduction, tant que possible dans chacune des provinces de la Constitution britannique du dix-huitième siècle consacré par l'établissement d'une aristocratie locale et une religion d'état. Cette reproduction devait produire les effets d'un sortilège* <sup>9</sup> ».

En réalité, cette expérience de formalisation s'inscrit dans une perspective opposée et différente de celle du *Quebec Act* de 1774 tout en produisant des effets complètement étrangers à l'ambition initiale du constituant. Cette idée reflète bien la distance qui existe entre l'œuvre du rédacteur d'une constitution formelle et sa mise en œuvre.

Cette remarque sur la distance qui peut exister entre l'œuvre du constituant et la mise en œuvre de la constitution est développée par Jean Rossetto<sup>10</sup>. Il souligne, s'agissant de l'expérience constitutionnelle française que « *le déclin de la notion même de constitution aujourd'hui est consacré dans les pays de constitution rigide par le décalage entre les règles solennelles conservées et les mécanismes de la vie politique réelle* <sup>11</sup> ».

Ainsi, au-delà de l'octroi d'une architecture représentative, cette période est également l'opportunité de l'essor des revendications vers l'autonomie locale, qui était une idée exclue par le constituant.

---

<sup>8</sup> On entend par ancienne constitution britannique le système de gouvernement avant l'adoption du *reform act* de 1832.

<sup>9</sup> W.P.M KENNEDY, *The Constitution of Canada – An Introduction to its Development and Law*, Londres, Oxford University Press, 1922, p. 85.

<sup>10</sup> J. ROSSETTO, Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, p. 166 ou 237.

<sup>11</sup> Propos d'André Matthiot dans J. ROSSETTO, Recherche sur la notion de constitution, *op. cit.*, p. 37

La littérature doctrinale ne semble pas porter une attention bien particulière à l'histoire de l'Acte constitutionnel de 1791. On relèvera par exemple que Arthur Berriedal Keith n'y consacre que quelques phrases pour souligner le simple fait que cette loi n'est qu'une transition vers l'adoption de l'Acte d'union de 1840<sup>12</sup>. Les auteurs s'intéressent davantage à l'échec, pour certains prévisibles, du système mis en œuvre, condamnant un succès damné d'autonomie locale, sous forme de copie imparfaite de la constitution de Westminster.

Le constituant impérial assume pleinement ce rejet se livrant à un exercice intellectuel et constitutionnel tant original qu'intéressant. Le constituant de Londres se livre, peut-on dire, à la mise en œuvre d'une forme de dédoublement constitutionnelle. Tout en offrant l'une des expériences de formalisation constitutionnelle de la Constitution anglaise, ce dernier distingue et sépare les dimensions formelle et matérielle de cet outil de gouvernement.

Par ailleurs, rappelons, car cela aura son importance, deux idées : d'une part les revendications pour l'octroi du *gouvernement responsable* n'apparaissent pas encore et d'autre part, les revendications pour l'autonomie passent par le contrôle des finances (compétence d'une assemblée délibérante).

\* La demande d'un nouveau gouvernement

C'est à l'occasion du discours du Trône du 30 novembre 1790 que le Roi George III fait connaître sa volonté de trouver une issue au conflit canadien. La situation du Québec appelle une réaction immédiate. L'objet de ce discours est d'attirer l'attention du Parlement sur l'échec de l'expérience de 1774 d'une part et sur les conséquences que cela aurait vis-à-vis de la situation aux États-Unis nouvellement indépendants d'autre part. La Couronne britannique proposera alors une modification du *Quebec act*. L'objet de cette invitation vise à tourner la page du gouvernement militaire en espérant

---

<sup>12</sup> A. B. KEITH, *Responsible government in the Dominions*, 2<sup>ème</sup> éd, Oxford, Clarendon Press, 1927 p. 4. Même cas dans l'ouvrage sur la souveraineté p. 32-33. Jeremy Webber ne citera pas une seule fois le texte dans son ouvrage sur la constitution canadienne.

initier une nouvelle approche du mode de gouvernement de ces territoires hostiles à l'autorité britannique. Il s'agira ainsi de mettre enfin en place une architecture représentative, souvent prévue et mainte fois repoussée.

Dos au mur, le pas sera enfin franchi pour ouvrir un nouvel horizon dans la construction de l'ordre constitutionnel des dominions. Le discours du Trône retient toute l'attention du Parlement qui, dans son adresse en date du 26 novembre 1790<sup>13</sup> diligente la création d'une commission dont le mandat sera d'apporter une solution au désordre qui règne dans cette colonie troublée. Durant cette période, les analyses de Guy Carleton, Lord Dorchester, se révéleront essentielles pour appréhender les enjeux à l'œuvre dans l'élaboration et l'octroi de cette nouvelle loi.

Le discours du Trône n'est que la conclusion d'une revendication politique qui remonte à 1784 et qui s'intensifiera à compter de 1788. En effet, ce n'est qu'en 1788 que les premières réflexions concrètes sur le besoin d'un changement d'administration du Québec débiteront. Il pourrait sembler tout à fait artificiel d'y consacrer un développement particulier, tant cette approche s'éloigne de la démarche et de la méthode comparatiste qui sous-tendent la recherche. Toutefois, les revendications déjà identifiées dans les développements précédents sont essentielles. Les demandes formulées par les nouveaux sujets canadiens formeront le socle sur lequel sera bâti, à compter de 1838, le nouvel ordre constitutionnel qui irriguera le fonctionnement tant des dominions que de la métropole. En fait, à l'occasion de la lecture d'une pétition<sup>14</sup> adressée à la Chambre des communes le 18 mai 1788 par Adam Lymburner, agent représentant le Canada et du « *Mémoire des marchands anglais faisant affaire avec Québec du 8 février 1786*<sup>15</sup> », le débat relatif à l'octroi d'une assemblée élue sera renouvelé. L'allocation reprend les pétitions déjà adressées et se concentre sur deux éléments importants<sup>16</sup> d'une part, la reconnaissance constitutionnelle du bénéfice de

---

<sup>13</sup> Hansard n°28. W. COBBETT, *The Parliamentary History of England*, Londres, T. Hansard, 1816, vol. 28, p.891 à 893 (notamment p. 892-893).

<sup>14</sup> Le texte de la pétition et les débats qui ont suivi sa lecture sont reproduits dans le *Hansard* n°27. W. COBBETT, *The Parliamentary History of England*, Londres, T. Hansard, 1816, vol. 27, p. 509 à 533.

<sup>15</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2<sup>ème</sup> partie, p.781 à 786.

<sup>16</sup> Éléments qui seront également dénoncés par les pionniers australiens une vingtaine d'années plus tard et que nous évoquons au titre précédent (chapitre 2).

*l'habeas corpus* afin d'accorder à tous les sujets de la Couronne britannique les mêmes droits et les mêmes garanties<sup>17</sup> et d'autre part, les revendications pour une forme d'autonomie locale. Cette idée est notamment mentionnée dans la pétition du 24 novembre 1784<sup>18</sup>. Les pétitionnaires souhaitaient obtenir une modification de la loi de 1774 en vue d'obtenir « *la constitution d'un pays libre* ». A l'appui de cette modification, la revendication pour la réunion d'un organe électif est mentionnée dès le début : « [...] *vos pétitionnaires, de plus, sont persuadés que Votre Majesté daignera contribuer à établir ses sujets affectionnés de cette province dans la pleine d'assemblée libre et élective. Dans cet espoir, ils osent humblement recommander l'insertion de clauses de la portée ci-après dans l'acte du Parlement à voter aux fins de doter ce pays d'une constitution libre.*

*1° Que la Chambre des représentants ou l'assemblée soit choisie par les paroisses, villes et districts de la province et composée indistinctement d'anciens et de nouveaux sujets de Votre Majesté, de la manière que Votre Majesté, dans sa sagesse, jugera la meilleure ; que l'Assemblée soit triennale et les membres élus tous les trois ans.'*

*2° Que le Conseil se compose d'au moins trente membres et que, dans le cas de vote au sujet de toute mesure présentée, nulle loi ne soit adoptée sans le vote de douze membres. Que les membres peuvent être nommés pour la période pendant laquelle ils habiteront la province ou à vie ; cependant ils auront droit à un congé temporaire, tel que prévu par l'article onzième; ils rempliront les fonctions de conseillers sans rétributions ou appointements ».*

Ces deux organes devaient être associés étroitement aux décisions de désignation de certains agents de la province ou à la sanction des juges<sup>19</sup>. Ils recommandent également

---

<sup>17</sup> Les remontrances ainsi mentionnées soulignent que les résidents canadiens bénéficiaient dans les faits de *l'habeas corpus*. En effet, un projet d'ordonnance du 2 février 1782 prévoyait la reconnaissance de *l'habeas corpus*. L'une des formules notables dans une remontrance appelle à une intégration de cet outil juridique dans la constitution de la province. De façon assez intéressante cette remarque donne le sentiment de voir dans l'écrit un gage de protection et de pérennité. Cet appel à la reconnaissance formelle s'inscrit dans la même ligne idéologique que lors de la formulation originale de l'acte en 1679 (31, Charles II, c.2).

*Hansard* n°27, *op. cit.*, p. 517. Lors du débat en commission, William Pitt rejettera cette prétention en soulignant que la réception formelle de cette loi si chère au peuple anglais n'aurait aucun intérêt tant tout risque d'abrogation semble inexistant. Cette idée renvoie à la lecture matérielle de la Constitution britannique et à sa nature libérale intrinsèque.

<sup>18</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2<sup>ème</sup> partie, p. 733 à 739.

<sup>19</sup> Respectivement points 9 à 12 de la pétition du 24 novembre 1784.

« [...] 6<sup>o</sup>que l'habeas corpus devienne une partie intégrante de la constitution de ce pays ».

La pétition s'achève par une formule lourde de sens soulignant l'essence même de la Constitution britannique « [...] et qu'il vous plaise de nous octroyer une constitution et un gouvernement basés sur les principes stables et libéraux que désirent vos affectionnés sujets de cette province pour faire de cette colonie ravagée un brillant joyau de la couronne impériale d'Angleterre. Et, par suite, la future génération se rendra compte comme la présente, que la sécurité et le bonheur du peuple de la province de Québec dépendent de l'union et de la soumission à la couronne et au gouvernement de la Grande-Bretagne ». La convocation d'une chambre élue n'est pas suffisante par elle-même. Cette chambre doit être dotée de réelles compétences, notamment s'agissant des questions financières et de l'impôt. Ces outils sont indispensables à l'enracinement du système de gouvernement parlementaire. Il est évident que cette conception est présente à l'esprit des pétitionnaires sans être expressément mentionnée. Ainsi, le dernier point de la supplique souligne : « [...] que l'Assemblée soit investie du pouvoir de prélever les taxes et droits de douane nécessaires pour défrayer les dépenses du gouvernement civil de la province [...] »<sup>20</sup>.

Sur le fond, le *Mémoire des marchands faisant affaire avec Québec* reprendra les mêmes éléments, quoique nettement plus brièvement, soulignant par exemple : « [...] Nous sommes de même assurés que c'est le vœux et le désir ardent, - nonobstant ce qui a pu se dire à l'encontre<sup>21</sup> - des principaux habitants et des habitants en général de la province, nouveaux et anciens sujets (et auxquels les loyaux émigrés ont ajouté leur témoignage par pétition) d'être gouvernés par les lois anglaises faites et exécutées selon la constitution britannique. Ils prétendent y avoir droit non seulement à titre de sujets britanniques mais encore en vertu de la proclamation spéciale de Sa Majesté en date du 7 octobre 1763 ». Sur la question constitutionnelle, la conclusion du mémoire

---

<sup>20</sup> Point 14 de la pétition du 24 novembre 1784.

<sup>21</sup> Cette idée se ressent dans les nombreux échanges entre les membres de l'exécutif colonial et la métropole comme par exemple l'échange entre Hugh Finlay (membre du Conseil exécutif de Québec) et Evan Neapan (sous-secrétaire à l'intérieur) du 22 octobre 1784. Document reproduit dans A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd., Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2<sup>ème</sup> partie, p. 729 à 733.

est sans appel il en recommande l'abrogation en soulignant : « *que cette loi [de 1774] impolitique et odieuse, qui assujettit les sujets britanniques du Canada à un gouvernement si contraire à la mentalité des Anglais et à la constitution britannique* ». Cette idée sera confirmée par Charles Fox au moment de l'examen de cette question<sup>22</sup>. A la lecture croisée de ces deux documents, le besoin de refondre le système en vigueur semble évident.

Cette présentation attira la sympathie du Parlement de Westminster qui accepta la réunion d'une commission afin de s'emparer de la question. La réunion d'une commission visait à passer sous silence ce problème loin d'être essentiel, qui ne soulevait pas un grand intérêt<sup>23</sup>. L'initiateur de cette commission n'a pu s'empêcher de critiquer la lenteur avec laquelle la question d'une solution viable devait être trouvée pour l'administration de la province du Canada. L'un des arguments notamment mis en avant lors des débats reposait sur la nature temporaire de la loi de 1774, définie par ce dernier comme une « *expérience*<sup>24</sup> ». Thomas Powys, initiateur de ces réflexions, cite les exemples du Nouveau Brunswick et de la Nouvelle-Ecosse<sup>25</sup> : deux provinces maritimes déjà dotées d'organes représentatifs respectivement depuis 1758 et depuis 1784<sup>26</sup>. L'argument avancé pour la paix au Canada est de permettre à la colonie de pourvoir librement aux dépenses relatives au fonctionnement de son gouvernement<sup>27</sup>. On retrouve, dans ces échanges, les critiques qui seront plus tard formulées s'agissant du caractère autocratique du système mis en place<sup>28</sup>, notamment en Australie. Au prix d'un débat sans réelle passion, cette question fut finalement repoussée afin de laisser au Parlement le temps de se prononcer<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> *Hansard* n°27, *op. cit.*, p. 518. Charles James Fox, que l'on connaît très ironique souligne que le *Quebec Act* de 1774 est « *d'un esprit lointain est étranger à la nature de la Constitution britannique* ».

<sup>23</sup> Analyse de Thomas Powys *Hansard* n°27, *op. cit.* p. 511. Plus loin, William Pitt soulignera l'impossibilité d'apporter une réponse immédiate devant, d'une part, l'absence de données précises (p. 516) et d'autre part les tensions à l'œuvre (p. 517).

<sup>24</sup> *Hansard* n°27, *op. cit.* p. 512.

<sup>25</sup> Argument que William Pitt balayera d'un revers de la main, *Hansard* n°27, *op. cit.* p. 517.

<sup>26</sup> W. H. P. CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, 3<sup>ème</sup> Carswell cie Ltd, 1916, p. 317 et suivantes.

<sup>27</sup> L'argument se fonde sur l'adoption de lois qui prévoyaient que le Parlement britannique se dessaisisse de cette compétence. Or, à lire ces lois avec précision on peut en déduire que le Canada était exclu du champ de cette loi.

<sup>28</sup> Ces critiques seront également mobilisées par Jeremy Bentham (se référer au chapitre 2).

Voir par exemple remarque de Mathew Ridley *Hansard* n°27, *op. cit.* p. 515.

<sup>29</sup> *Hansard* n°27, *op. cit.*, p. 519. Charles Fox reprochera au gouvernement son inertie devant 25 ans de gestion malheureuse. Le débat s'achèvera par le vote d'une motion proposant de réintroduire la question lors de la session prochaine (p. 533).

A la suite de la supplique de 1788, Adam Lymburner adressa à William Grenville une lettre du 24 juillet 1789 portant le nom de « *Plan d'une chambre d'assemblée*<sup>30</sup> ». Ce plan proposait notamment la mise en place d'une assemblée de 70 membres désignés sur la base d'un suffrage masculin et censitaire (sur la base de la propriété). Cette chambre élue aurait la compétence exclusive d'ériger des districts et s'administrerait librement. Deux éléments méritent d'être mentionnés. D'une part, le projet qui, reconnaissons-le, est extrêmement court, ne mentionne pas la question d'une quelconque compétence législative : l'exercice d'une compétence afin d'adopter des lois pour « la paix, l'ordre et la bonne gouvernance » de la province. D'autre part, on notera la règle suivante « *Que toutes les lois relatives à la taxation ou à la levée d'impôts sur le sujet, doivent originer de la Chambre d'Assemblée* ». Cette règle spécialement mentionnée est une référence directe à la procédure des lois budgétaires en vigueur en Angleterre<sup>31</sup>. Cette proposition ne sera pas retenue car elle s'éloigne sur le fond du projet de la métropole.

La question ne quittera pas réellement l'esprit du gouvernement. Très inquiet par le mouvement révolutionnaire français, William Pitt se désintéressera de la question canadienne et délèguera à William Grenville<sup>32</sup> la charge de proposer un texte avec pour ambition était d'apporter une réponse à la question canadienne.

La démarche entendait satisfaire toutes les revendications avancées sans reproduire les erreurs si coûteuses de l'expérience américaine. Il convenait ainsi de concilier deux objectifs qui semblaient opposés : d'une part, la volonté de s'administrer librement et d'autre part, la sauvegarde des intérêts de la métropole. Cette loi devait également faciliter l'émigration de plusieurs milliers de sujets britanniques demeurés loyaux à la couronne.

---

<sup>30</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2<sup>ème</sup> partie, p.743 à 744.

<sup>31</sup> Soulignons que l'examen des règles relatives à l'exercice de la compétence législative en générale et aux lois de finance en particulier sera l'objet du chapitre 6.

<sup>32</sup> Fils du Premier ministre George Grenville (sous la direction duquel fut adopté l'infortuné *Stamp Act* 1765, Duties in American Colonies Act 1765 ; 5 George III, c. 12 loi significative dans le chemin de l'indépendance américaine).

## B – Le projet de William Grenville – Formalisation a minima de la Constitution britannique

La gouvernance du Québec reste au centre des préoccupations de l'époque dans la province mais également en métropole<sup>33</sup>. A l'occasion d'un échange très riche du 20 octobre 1789, Grenville décrit l'état des réflexions britanniques sur la question du gouvernement du Québec<sup>34</sup>. Cet échange peut être lu comme un résumé de toutes les revendications de l'époque et servira de fondement aux analyses institutionnelles. Par ailleurs – c'est peut-être cet élément qui est le plus important – cet échange permet d'étudier sous un prisme différent la Constitution anglaise, tant, en réalité cette dernière ne parvient à se définir que de l'extérieur. Sur la question de la mise en place d'une chambre élective, on retrouve l'idée d'un droit ou d'un héritage mis en avant par les pétitionnaires : « 2°. *Le désir qui doit naturellement animer les loyalistes de jouir d'une constitution semblable à celle sous laquelle ils ont grandi et pour laquelle ils ont tant sacrifié [...]*.

*3°. Les avantages en général qu'une législature établie sur les principes propre à imposer des taxes pour les besoins intérieurs de la province, vu que par l'acte de Québec ce pouvoir est refusé au conseil législatif et que pour cette raison un grand nombre de projets d'amélioration doivent ou être entièrement entravés ou augmenter considérablement le fardeau de la Grande-Bretagne ».*

Ainsi, comme déjà évoqué dans la lettre d'Adam Lyburner, la question du contrôle des lois de nature financière par une assemblée élue est le pivot d'un gouvernement libre.

Ce prisme d'analyse offre une forme première de définition de la Constitution britannique : « *Un gouvernement ne peut être supposé avoir une longue existence dans aucun pays s'il lui manque le pouvoir si essentiel d'imposer, de percevoir et d'appliquer*

---

<sup>33</sup> L'échange entre Lord Sydney et Lord Dorchester du 3 septembre 1788 qui fait état des débats à la Chambre des communes insiste sur le besoin de trouver une solution rapide et adéquate au problème canadien. Cet empressement à trouver une solution rapide contraste avec l'apparent désintérêt du Premier ministre Pitt A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2<sup>ème</sup> partie, p.935 à 938.

Soulignons également la tentative de réintroduction du débat le 8 mars 1790 qui se solda par un échec *Hansard* n°28, *op. cit.*, p. 504 à 506.

<sup>34</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, *op. cit.*, p.950 à 972.

*les contributions des particuliers, afin de mettre à exécution les projets de nécessité générale ou qui sont avantageux pour le peuple.*

*Par conséquent, quelle que soit la forme de constitution qui doit être adoptée pour cette province, il semble évident qu'il doit y avoir quelque part un pouvoir capable d'exercer de telles fonctions. Il ne peut être prétendu plus longtemps que ce pouvoir doit résider dans le parlement de la Grande-Bretagne, bien qu'à l'époque de l'adoption de l'acte de Québec on eut réellement l'intention de recourir à un tel mode de taxation quand les circonstances l'exigeaient. Mais quelles que soient les opinions différentes qui ont prévalu autrefois à l'égard du droit de la mère patrie d'imposer des contributions aux colonies pour des motifs de défense générale ou de réglementation ou d'amélioration intérieures, l'exercice d'un tel droit est maintenant par une déclaration expresse et formelle de la Grande-Bretagne, abandonné pour toujours<sup>35</sup>.*

*De fait il n'a jamais été compris en ce qui concerne les anciennes colonies, que le droit du parlement britannique pouvait s'exercer de manière à écarter l'intervention des législatures provinciales, quant à imposer des contributions pour des fins exclusivement locales ou domestiques, et il y a lieu de se demander si la situation spéciale du Canada et les circonstances dans lesquelles se trouve une colonie progressante n'imposeraient pas une nécessité, même sous l'ancien système, d'établir sur les lieux un pouvoir de taxation afin de répondre aux besoins du gouvernement intérieur ».*

On découvre très vite que le projet de Grenville était de proposer une transposition de la Constitution britannique dans la colonie du Canada « *Il sera peut-être constaté après l'examen de cette question, qu'un pouvoir de cette nature ne peut, sans de grandes difficultés être supposé appartenir à aucun homme ou aucune corporation, si ce n'est à une législature formée à peu près sur le modèle de la constitution de la Grande-Bretagne et des provinces britanniques. Une telle autorité ne peut être conférée que par le parlement et [...] il serait difficile d'induire le*

---

<sup>35</sup> En effet, le *Taxation of Colonies Act 1778* 18 Geo. III c.12 prévoyait que le parlement de la métropole renonçait à son droit d'imposer des taxes aux colonies. Cette loi était une tentative d'apaisement avec les colonies américaines.

*parlement à accorder ce pouvoir à un corps constitué sur des principes différents de ceux qui sont reconnus comme la base de notre constitution ».*

Ainsi, au-delà d'une transposition matérielle d'une partie de la Constitution mère – à savoir le contrôle des subsides par le parlement local – les développements suivants ont vocation à s'intéresser à une tentative de transposition formelle en s'inspirant de l'échec des constitutions mises en place dans les colonies américaines, au Canada. A l'appui de cette idée, Grenville s'attarde sur la création d'une chambre haute – d'un conseil – *« de nature une aristocratie respectable pour remplir le rôle de soutien et de sauvegarde de la monarchie qui par suite de la grande distance où elle se trouve, ne peut faire sentir toute son autorité et toute son influence sur le peuple en général ».*

L'une des faiblesses identifiées par Grenville est bien la confusion qui existe entre le conseil législatif et l'exécutif, entre la portion nommée de l'assemblée délibérante et le gouvernement exclusivement entre les mains du représentant de la Couronne. Les membres de cette assemblée délibérante étaient nommés et révoqués *ad nutum* par le gouverneur-général. Cette dépendance privait ses membres de l'indépendance ou à tout le moins, de la sérénité indispensable à la mise en place d'une constitution libérale, fondée sur une logique d'équilibre entre les organes de gouvernement.

Pour répondre à ce problème, Grenville évoquera – idée qui sera retenue – la mise en place d'une chambre bicamérale construite sur le modèle du Parlement de Westminster :

*« Premièrement.- Parce que le principe d'assimiler davantage le Conseil législatif à la Chambre haute d'Angleterre, semble l'exiger.*

*Deuxièmement – Parce qu'il est évident que la charge de conseiller exécutif ne peut être convenablement accordée pour la vie.*

*Supposons donc que ces principes soient admis et que par suite une législature se compose d'une Chambre d'Assemblée, tel que susdit, et d'un Conseil législatif dont les membres seraient nommés pour la vie et ne recevraient pas de salaire pour remplir les devoirs de leur charge.*

*Ce corps serait distinct du Conseil exécutif et le nombre de membres devrait en être illimité, afin de préserver à la couronne l'exercice complet de sa prérogative à cet égard ».*

Cette analyse des arguments de Grenville met bien en lumière cette volonté de trouver un intermédiaire entre d'un côté un système reconnaissant une certaine marge de manœuvre aux assemblées représentatives – comme dans les Treize Colonies – et de l'autre un système caractérisé par une centralisation excessive du pouvoir qui se singularise par un système autocratique. En définitive, c'est bien des constitutions en vigueur dans le Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Ecosse – en y ajoutant une part britannique – que s'inspire l'Acte constitutionnel de 1791. Grenville souligne en effet : *« Il est certainement très à propos de bien examiner la constitution de nos anciennes colonies à l'égard de cette question, afin de profiter de l'expérience acquise et d'éviter s'il est possible en ce qui concerne le gouvernement du Canada, ces défauts qui ont provoqué l'indépendance de nos anciennes possessions en Amérique. Le résultat de cet examen démontrera peut-être que la révolte de ces provinces ne doit pas être précisément attribuée à la communication de la constitution britannique dont elles n'ont jamais joui réellement, mais que les points à l'égard desquels leur forme de gouvernement différait essentiellement de celle de la Grande-Bretagne, furent l'origine des causes qui ont le plus contribué à leur séparation de la mère patrie et que cela est évité dans le projet suggéré présentement pour la constitution du Canada ».*

Il insiste plus loin sur l'idée que l'octroi d'une assemblée représentative - incarnation des « principes de démocratie » - doit être concilié avec « les proportions requises des parties de la constitution britannique qui ont trait à la monarchie et à l'aristocratie ».

Ce projet qui se caractérise par la séparation du Québec en deux provinces distinctes et par l'octroi formel d'institutions représentatives, modelées sur le système britannique prévoit également les garanties indispensables au maintien d'un chef de

l'exécutif fort<sup>36</sup>. Le projet finalement adopté gardera les éléments identifiés dans les échanges entre William Grenville et Guy Carleton. Toutefois, ce texte n'atteindra pas son objectif car les revendications ne cesseront finalement pas.

En effet, au-delà de la querelle religieuse et de l'opposition entre les « nouveaux » et les « anciens » sujets britanniques, la structure institutionnelle prétendument renouvelée ne représente qu'une transposition imparfaite, qu'une coquille vide, de la Constitution britannique. Il manque les éléments essentiels de cette constitution séculaire : un réel contrôle du souverain politique sur le souverain juridique, allant bien sûr, au-delà de la question du contrôle des subsides. La métropole a ainsi ouvert la voie de la représentation tout en refermant la voie de l'autonomie.

### **Sous-Section 2 – L'échec d'un système représentatif de conception limitée - L'idée résiste à la plume**

Le sujet du gouvernement du Québec est réintroduit à compter de 1790 à l'occasion du message du Roi George III du 25 novembre 1790<sup>37</sup> et une nouvelle fois lors d'un message de ce dernier adressé aux chambres le 25 février 1791<sup>38</sup>. Dans le message que William Pitt le Jeune lit à la Chambre des communes, il est également fait mention d'une séparation du Québec en deux provinces, le Haut et le Bas Canada. Les débats conduits à cette époque à Westminster sont enrichissants en ce qu'ils mettent en lumière une comparaison de la Constitution britannique avec les modèles français et américain, seuls réels points de repère à l'époque<sup>39</sup>. En définitive, l'octroi d'un

---

<sup>36</sup> Ces éléments sont indiqués dans les dépêches. Il est prévu le maintien des prérogatives de réserve et de désaveu d'une part mais également la possibilité pour le représentant de la Couronne de recourir à des pouvoirs exceptionnels de nature à assurer l'ordre dans les provinces d'autre part. Par ailleurs, il est prévu une compétence résiduelle du Parlement britannique dans des domaines tels que la défense ou le commerce au sein de l'Empire. Ainsi, la situation de dépendance ou en tout cas de faiblesse sera bien maintenue.

<sup>37</sup> Le 26 novembre 1790 la Chambre des lords adopta une adresse (en remerciement) au discours du Trône soulignant sa volonté de s'atteler à la question de la gouvernance du Québec. *Hansard* n°28, *op. cit.*, p. 893 à 899 (p. 896).  
Le 30 novembre 1790 la Chambre des communes adopta une adresse (en remerciement) au discours du Trône p. 901 à 914 (p. 904). Compte tenu de la situation vis-à-vis de l'Espagne l'examen du texte sera de nouveau repoussé.

Voir l'échange entre Grenville et Guy Carleton en date du 5 juin 1790, A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2<sup>ème</sup> partie, p. 1007 à 1010.

<sup>38</sup> *Hansard* n°28, *op. cit.*, p. 1271.

<sup>39</sup> L'analyse de Burke est ainsi extrêmement éclairante. En effet, ce dernier érige la Constitution britannique en une forme de modèle indépassable. Il compare également la constitution française à une aberration qui n'aurait jamais dû entrer en vigueur.

parlement bicaméral, semblable dans la forme à celui de la colonie maternelle, ne fait guère illusion tant les provinces canadiennes ne seront toujours pas libres de s'administrer réellement elles-mêmes. Cette expérience montre que des visionnaires comme Edmund Burke ou Charles James Fox<sup>40</sup> furent tristement ignorés dans leur appel à octroyer matériellement la constitution britannique au Canada et pas seulement son enveloppe.

### A – L'échec de l'expérience de formalisation de 1791

L'idée essentielle était de conserver l'unité de l'Empire et d'en trouver une nouvelle modalité d'administration. Le 4 mars 1791, lors du premier examen du texte, le Premier ministre insistera sur l'objet essentiel du texte : octroyer aux Canadas une constitution qui leur permettra de bénéficier des bienfaits de la Constitution britannique<sup>41</sup>. Les grandes orientations identifiées reprennent les projets existants depuis 1788, par ailleurs, Pitt refusera sciemment de se confronter à la question de l'octroi d'un véritable gouvernement autonome<sup>42</sup>.

Le système mis en œuvre en 1791 crée une structure formellement représentative mais l'analogie s'arrête ici. En effet, le système se révèle similaire à ce qui a toujours existé, à savoir un régime de nature quasi-autocratique piloté par la métropole. Les débats parlementaires<sup>43</sup> révéleront ce projet très clairement. Une idée essentielle est à l'œuvre : la volonté de parfaire l'assimilation des habitants des provinces canadiennes. Fox n'hésite pas à souligner que le projet de loi de 1791 vise à « *octroyer au Canada toutes les apparences d'une constitution libre alors qu'en réalité celle-ci est retenue* ».

---

Lors des mêmes débats Charles James Fox souhaitait que les provinces canadiennes puissent s'administrer librement, seul moyen de conserver l'Empire britannique bel et bien uni. *The History and Proceedings of the Lords and Commons during the first session of the seventeenth Parliament of Great Britain* Londres. John Stockdale, 1791, p. 438 à 477 et 497 à 534.

<sup>40</sup> Les deux hommes s'étaient toutefois distanciés l'un de l'autre sur la question de la séparation en deux provinces distinctes. Burke finira par se rallier au Premier ministre, alors que Fox restera fermement ancré dans ses positions et opposé à une séparation de la colonie. *Hansard* n°29, *op. cit.*, p. 381

<sup>41</sup> *Hansard* vol. 28, p. 1376 à 1379.

<sup>42</sup> Question qu'il n'abordera jamais de front mais qui sera très finement identifiée par Charles James Fox, *Hansard*, vol. 28, p. 1376. Voir également J.-J. CHEVALLIER, *L'Évolution de l'Empire britannique*, Paris, les éditions internationales, 1930, vol. 1 p. 41 et suivantes.

<sup>43</sup> L'essentiel des débats sur l'adoption du *Constitutional Act* 1791 sont reproduits dans le *Hansard* vol. 29. La séance du 8 avril 1791 (p. 104 à 113), les séances entre le 21 avril et le 6 mai 1791 qui représente l'essentiel du débat (p. 359 à 430) et enfin, la séance du 30 mai 1791 à la Chambre des lords (p. 655 à 660).

Ainsi, la loi de 1791 tout en adoptant une autre modalité de mise en œuvre prolongera la logique d'assimilation déjà à l'œuvre avec le *Quebec Act 1774*<sup>44</sup>, par exemple.

Il s'agissait de régler le problème institutionnel culturel et religieux en adoptant un système d'apparence uniforme pour toutes les possessions anglaises dans la région d'Amérique du Nord. La province maritime de la Nouvelle-Ecosse fut la première à organiser des élections en 1758<sup>45</sup>. Pour apporter un résumé imagé de la situation, Arthur Berriedal Keith soulignera que « *l'autorité sur laquelle ces constitutions étaient fondées était celle de la Couronne britannique de convoquer des Parlements miniatures dans les colonies* ». Il précise que le gouvernement de cabinet – responsable – ne sera mis en place qu'à compter de 1848<sup>46</sup>.

Cette analyse nous semble incomplète car elle ne s'est pas évertuée à démontrer les limites de la compétence législative de ces miniatures. Il ne s'agit évidemment pas de remettre en cause la qualité de l'analyse menée par l'auteur mais on remarque une absence d'analyse sur le plan matériel pour ne s'attarder que sur une analyse formelle des dispositions évoquées.

Fondé certes sur une logique libérale et élective, le système des provinces maritimes et celui du Québec renouvelé se distinguent au moins par leur origine<sup>47</sup>. Par ailleurs, alors que le développement institutionnel des provinces maritimes se révèle relativement linéaire depuis leur établissement, la structure de la loi de 1791 tentera de faire table rase de l'expérience de 1774.

L'exposé des motifs souligne expressément que le *Quebec Act* ne convient pas. La loi sera abrogée en partie<sup>48</sup> et une nouvelle structure rappelant la trinité britannique sera mise en place : « *Il y aura respectivement dans chacune de celles-ci, un conseil*

---

<sup>44</sup> T. GUILLUY, *Du « Self-Government » des dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Thèse de doctorat sous la direction de O. Beaud, Paris, Université Paris 2, 2014, p. 406

<sup>45</sup> W. HOUSTON, *Constitutional Documents Illustrative of the Canadian Constitution*, Toronto, Carswell & Co., 1891, p. 9 à 11 ou encore 21 et suivantes.

<sup>46</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, op. cit., vol. 1 p. 5.

<sup>47</sup> W. HOUSTON, *Constitutional Documents Illustrative of the Canadian Constitution*, op. cit, p. 23.

<sup>48</sup> Art. 1 du *Constitutional act 1791*.

*législatif et une chambre d'assemblée composés et constitués séparément de la manière ci-après énoncée; dans chacune [des provinces du Haut et du Bas Canada], Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, auront le pouvoir, pendant que cette loi sera en vigueur, et de par l'avis et le consentement du conseil législatif et de la chambre d'assemblée, de faire des lois pour la paix, le bien et le bon gouvernement de ces provinces, lois qui ne seront pas contraires au présent acte ; ces lois, après leur adoption par le conseil législatif et l'assemblée et leur sanction par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs ou, en leur nom par telle personne que Sa Majesté, ses héritiers et successeurs nommeront de temps à autre gouverneur ou lieutenant-gouverneur de telle province ou par telle personne que Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, nommeront de temps à autre administrateur du gouvernement de celle-ci, seront et elles sont déclarées être, en vertu et sous l'empire de cet acte, valides et obligatoires à tous égards dans la province où lesdites lois auront été ainsi votées<sup>49</sup> ».*

On notera une rupture apparente avec le système antérieur en ce que la compétence législative n'est plus exclusivement concentrée et détenue entre les mains du représentant de la Couronne mais bien exercée de concert avec l'assemblée ; en témoigne la formule relative à la promulgation de l'entrée en vigueur de la législation<sup>50</sup>.

L'ambition de la loi était « *la reproduction tant que possible, dans chacune des provinces de la Constitution britannique en vigueur au XVIIIème siècle avec une aristocratie locale et une religion établie*<sup>51</sup> ».

Le Conseil législatif est composé de pas moins de sept hommes s'agissant du Haut Canada et de pas moins de quinze membres pour le Bas Canada, « *prudents et compétents* », nommés, âgés d'au moins 21 ans, nés ou naturalisés sujets britanniques et disposant d'un siège à vie<sup>52</sup>, transmissible par le biais de façon héréditaire<sup>53</sup>. William Kennedy souligne très justement qu'une lecture combinée de ces dispositions permet

---

<sup>49</sup> Art. 2 du *Constitutional act* 1791.

<sup>50</sup> Art. 30 : « Le Gouverneur pourra donner ou retenir l'approbation de Sa Majesté, aux Bills passés par le conseil Législatif et l'Assemblée, ou les remettre au plaisir de Sa Majesté » du *Constitutional Act* 1791.

<sup>51</sup> Kennedy p. 85.

<sup>52</sup> Art. 3, 4 et 5 du *Constitutional act* 1791.

<sup>53</sup> Art. 6 et 7 du *Constitutional act* 1791.

d'identifier une volonté de favoriser l'émergence d'une noblesse<sup>54</sup>. On retrouve dans ces chambres nommées une volonté d'instituer une copie de la Chambre des lords qui devait servir de contrepied aux principes démocratiques – libéraux seraient plus à propos – irriguant la nouvelle constitution<sup>55</sup>.

Sur la base des districts électoraux qui devaient être créés, le gouverneur ou les lieutenant-gouverneurs avaient en charge l'organisation des élections des assemblées provinciales<sup>56</sup> composées d'au moins 50 députés pour le Bas Canada et au moins 16 députés pour le Haut Canada<sup>57</sup>. Le suffrage plus large que dans les lois précédentes fut ouvert à tout propriétaire<sup>58</sup>. Ces assemblées provinciales étaient élues pour une durée maximale de quatre ans mais elles pouvaient évidemment être dissoutes de manière anticipée<sup>59</sup>.

La question de l'influence déterminante de la métropole sur les provinces se retrouve par la présence, sans surprise, des mécanismes de contrôle qui étaient en vigueur à l'époque. En effet, le veto de la métropole sur l'entrée en vigueur de la législation se retrouve aussi avec les mécanismes classiques du contrôle impérial que sont la réserve et le désaveu<sup>60</sup>. Par ailleurs, on retrouve aussi, comme c'est toujours le cas à l'époque, la compétence du Conseil judiciaire privé en dernier recours.

La loi traite avec détails et précisions de la question religieuse d'une part et du commerce avec la métropole d'autre part. Ces sujets étant périphériques à notre objet de recherche, qu'il nous soit permis de renvoyer aux écrits de William Kennedy<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>55</sup> L'examen des projets de constitution visaient à mettre en lumière cette volonté de reconnaître à la chambre nommée un rôle de soutien de la monarchie.

<sup>56</sup> Art. 13 à 15 du *Constitutional Act 1791*. Le 7 mai 1792, Alured Clarke découpa le Bas Canada en 27 districts pour 50 députés et July Simcoe découpa le Haut Canada en 19 comtés pour 16 membres.

<sup>57</sup> Art. 17 du *Constitutional Act 1791*.

<sup>58</sup> Art. 20 du *Constitutional Act 1791*.

<sup>59</sup> Art. 27 du *Constitutional Act 1791*.

<sup>60</sup> Art. 31 et 32 du *Constitutional Act 1791*.

<sup>61</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, *op. cit.*, p. 82 et suivantes

J. -J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, *op. cit.*, p. 45 et suivantes.

En réalité, l'expérience de 1791 se soldera par un échec qui mènera à la guerre civile. Cet échec était somme toute prévisible dès les débats sur l'adoption du texte. En effet, le député Fox, que nous avons déjà eu l'occasion de citer n'a pas manqué de relever que la structure mise en place n'était qu'une copie imparfaite ou de papier de la Constitution britannique alors même que Westminster cherchait à apaiser les tensions et à sécuriser l'avenir de l'Empire. Le Parlement espérait par cette reproduction, cette transcription de la Constitution britannique, forcer l'union. Toutefois, cette loi matériellement contraire à son objet formel montra vite ses limites. En effet, l'examen rapide de la période qui mènera à la révolution des années 1830 révèle en quoi l'éclosion d'une constitution matérielle semble s'inscrire parfois en contradiction avec la constitution formelle et combien l'ambition de vouloir ne reconnaître que les formes du libéralisme politique sans en admettre le fond ne peut fonctionner sans tensions susceptibles de changer l'orientation politique et l'application d'un texte.

### B – Au-delà du Constitutional Act 1791

Le *Constitutional Act* sera finalement adopté et entre en vigueur en décembre 1791. Dès le départ cette loi portant constitution est viciée. Elle porte en elle le ferment d'un système qui ne peut pas fonctionner.

La loi de 1791 qui institue un système représentatif ne prévoit aucun réel mécanisme de contrôle de la politique mise en œuvre par le gouvernement local. A ce titre, le système représentatif mis en place est d'une conception limitée, si l'on admet – mais c'est bien un point qui fait débat – que le régime représentatif est un passage nécessaire vers la maturité et le gouvernement parlementaire. On admet simplement que des mécanismes *de facto* apparaissent pour contraindre l'action du gouvernement local. Ces mécanismes, notamment le contrôle des subsides, tente de s'imposer pour amorcer ce glissement vers le gouvernement de cabinet. L'architecture constitutionnelle de 1791 prévoyait, dans les deux Canadas, que le gouvernement ne dépendrait pas de l'assemblée pour obtenir des subsides<sup>62</sup>. Cette idée est très

---

<sup>62</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit., p. 92.

clairement évoquée par Jean-Jacques Chevallier qui souligne que « *sous le régime de l'Acte de 1791 l'Assemblée élue était impuissante à mater le Gouverneur, qui avait à sa disposition bien d'autres ressources financières que celles qui dépendaient d'un vote. Avec ses pouvoirs financiers restreints, l'Assemblée était réduite au rôle d'une société académique discutant dans le vide sur ce qu'elle présumait être la volonté du pays*<sup>63</sup> ».

Plus loin le même auteur compare la conception du régime représentatif issu de la loi de 1791 à un « *un feu sans cheminée : tous les inconvénients du feu et presque aucun de ses avantages*<sup>64</sup> ». Au-delà de cette faiblesse originelle, la loi de 1791, comme tout le mouvement à l'œuvre durant cette période – et cela jusqu'à la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle – est encore très/trop contrôlée par la métropole qui refuse de céder une part de son pouvoir.

Le cadre institutionnel posé ne peut qu'être compris à la lecture des échanges entre la métropole et des gouverneurs. Milnes dans un envoi en date du 1<sup>er</sup> novembre 1800 livre une analyse détaillée du fonctionnement du Bas Canada et souligne l'importance que le gouvernement maintienne une position dominante sur l'Assemblée notamment s'agissant de la question de l'adoption d'une loi de nature fiscale. Il explique ainsi que « *Tandis qu'il est si évident que la prépondérance du côté du gouvernement fait défaut dans l'Assemblée, les meilleurs amis du gouvernement considèrent que, pour le moment, il vaut mieux que le revenu ne soit pas égal aux dépenses. Votre Grâce se rendra compte immédiatement de la nécessité de maintenir plus ou moins cet état de choses, du moins en apparence, car il y a lieu de craindre, dans le cas où la province serait induite à se taxer elle-même suffisamment pour répondre aux demandes du gouvernement exécutif, que l'Assemblée ne prétende probablement avoir droit de réglementation et de contrôle sur le tout, ce qui ne pourrait manquer d'avoir les plus déplorable résultats pour le gouvernement colonial qui dépendrait, à partir de ce moment, de la volonté d'une assemblée populaire.* ».

---

<sup>63</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op cit, p. 41.

<sup>64</sup> J.-J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op cit, p. 45.

L'administration financière de la colonie devait rester entre les mains de la métropole. A cette fin, les dépenses nécessaires au fonctionnement du gouvernement de la province étaient assumées par la Couronne. Celle-ci bénéficia d'un retour sur investissement à l'occasion de la vente de terre<sup>65</sup>.

Cette observation bien que développée pour le Bas Canada a aussi toute pertinence pour le Haut Canada<sup>66</sup>. Il est pour l'heure impensable de laisser les assemblées avoir la moindre influence sur les décisions prises par l'exécutif provincial. James Henry Craig soulignera pour justifier la prorogation, puis la dissolution de l'Assemblée du Bas Canada en 1808 « [...] *Je ne suis pas surpris s'ils [Le parti canadien français] en viennent à adopter des résolutions qui m'obligent à prononcer une dissolution. Ils semblent penser ou faire mine de penser qu'il existe dans cette province un ministère et que l'imitation de la constitution britannique suppose que le ministère soit responsable devant eux de la conduite du gouvernement*<sup>67</sup> ». Cette dépêche d'une brièveté aussi grande que sa brutalité, assume l'idée d'un rejet matériel des éléments fondamentaux de la Constitution britannique confirmant que le système de gouvernement ne rompt pas réellement avec la centralisation excessive du pouvoir à l'œuvre dans les colonies. Dans le même sens, le Premier ministre Liverpool soulignera en 1810 que les tensions, notamment dans le Bas Canada, ne permettent pas un changement des modalités d'administration de la province<sup>68</sup>.

Toutefois – et c'est une idée essentielle du présent développement, laquelle conditionnera la suite du raisonnement – ce que la plume ne mentionne pas, ce que le rédacteur n'a pas précisé ou dans ce cas, a omis volontairement, sera retrouvé par l'esprit du droit constitutionnel britannique. En effet, nous évoquons une absence de mention formelle de contrôle de l'assemblée provinciale sur les matières budgétaires, qui sera vite mobilisée par l'assemblée au prix d'une interprétation intéressante des

---

<sup>65</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, op. cit., p. 256

On notera toutefois un échange significatif entre les deux chambres

<sup>66</sup> Les tensions entre l'Assemblée et l'exécutif n'arrivèrent que plus tard et de manière plus mesurée grâce au soutien du Pacte de Famille, une oligarchie provinciale peu ou prou instituée sur le modèle de l'aristocratie anglaise menée par John Robinson et qui n'apparaîtra réellement qu'à partir de 1812.

<sup>67</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution, 1769- 1915*, Oxford University Press, 1918, p. 250.

<sup>68</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p.97

dispositions de la Constitution britannique. Le 10 février 1810<sup>69</sup>, l'Assemblée du Bas Québec adoptera une adresse à l'attention du Roi dans le but d'obtenir un contrôle sur les finances locales. Les membres de l'Assemblée entendent soulager le poids que la province fait peser sur la Couronne : « *Cet état de prospérité est tel qu'il nous est permis de nous engager à payer, durant la session actuelle de la Législature, les dépenses du gouvernement civil de cette province qui jusqu'aujourd'hui ont été payées par Votre Majesté. [...] Les sujets de Votre Majesté dans cette province sont heureux, dans une telle situation, de se sentir capables de s'acquitter eux-mêmes d'une obligation imposée - par le devoir et la gratitude*<sup>70</sup> ». A mots tout juste couverts, l'Assemblée entend se saisir du contrôle des finances locales, ce que le lieutenant-gouverneur James Craig ne manquera pas de qualifier de « *cachet de nouveauté*<sup>71</sup> ».

En réponse à l'ensemble de ces événements, le Premier ministre Liverpool rappelle avec la plus grande clarté que les provinces canadiennes sont des colonies et que, bien que dotées d'une assemblée, il n'est pas question d'assimiler celle-ci aux chambres britanniques et admettre que l'exécutif y est d'une quelconque manière soumis : « *Le gouvernement de Sa Majesté considère que le gouvernement exécutif ne se trouve pas nécessairement dans un état de dépendance à l'égard de la Chambre d'assemblée, au point que vous ne puissiez vous opposer avec fermeté, modération et persévérance, en vous en tenant strictement et rigoureusement aux termes de la loi, à tous les empiètements et les usurpations de l'Assemblée. Il est statué par l'acte 31 du roi que l'Assemblée doit être convoquée une fois par année, et il est impossible de ne pas reconnaître que, par une telle disposition, le parlement avait l'intention de procurer ainsi à la colonie le grand avantage de recueillir, en cette occurrence, les sentiments de la population [...] Mais nonobstant ces considérations, il n'est pas absolument nécessaire que l'Assemblée, bien qu'il en soit ainsi pour le parlement du*

---

<sup>69</sup> Cet épisode intervient à la suite de l'adoption d'une résolution le 3 février 1810 soulignant « *il est par conséquent résolu, que toute tentative du gouvernement exécutif et des autres branches de la Législature contre cette Chambre, soit en dictant ou censurant ses actes ou en approuvant la conduite d'une partie de ses membres et en désapprouvant celle des autres, est une violation du statut par lequel cette Chambre est constituée, une atteinte aux privilèges de celle-ci contre lesquelles elle ne peut s'abstenir de protester en même temps qu'un empiètement sur les droits et les libertés des sujets de Sa Majesté dans cette province* » A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, op. cit, p. 370.

<sup>70</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, op. cit, p. 372

<sup>71</sup> Message en réponse James Craig acceptera de transmettre le document tout en relevant le caractère singulier de la démarche et souligner que cela n'emporterait aucune incidence sur la gestion de la province, mais enfin, la boîte de Pandore est ouverte. A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, op. cit, p. 372 et suivantes.

*Royaume-Uni, continue de siéger après avoir été une fois convoquée. Il eût été contraire à la situation propre à une colonie et aux relations nécessaires que celle-ci doit entretenir avec la mère patrie de placer le gouvernement exécutif à l'égard de la Législature locale dans le même état de dépendance réciproque qui subsiste si avantageusement entre la couronne et le parlement du Royaume-Uni<sup>72</sup>. Par conséquent, le gouvernement exécutif au Canada ne dépend pas de l'assemblée à l'égard des subsides requis pour payer les dépenses de l'administration civile de la province ou pour entretenir la force militaire nécessaire pour assurer sa sécurité et sa protection.[...] Par conséquent, le gouvernement exécutif du Canada ne dépend nécessairement de la Chambre d'assemblée en aucune façon. Toutes les lois pour régler les relations commerciales entre le Canada et les autres parties du monde peuvent d'après la constitution, être adoptées par le parlement impérial<sup>73</sup> ».*

On retrouve la même idée, lorsqu'en 1818, l'Assemblée du Haut Canada souligne qu'elle seule dispose du pouvoir de rejeter une loi de nature financière. Cette capacité découle du « *droit constitutionnel et immémorial dont dispose la Chambre des communes*<sup>74</sup> », argument qui, bien que louable, manquera son but car le gouverneur dispose d'autres ressources financières<sup>75</sup>.

Les deux idées qui semblent s'opposer ici sont d'une part, le point de vue de la métropole qui rappelle le caractère unique du Parlement de Westminster et le caractère singulier et proprement britannique du gouvernement responsable et de l'autre, une volonté canadienne d'assimiler ses institutions à celle de la mère patrie. Un élément essentiel explique l'absence de réel contrôle de l'Assemblée sur l'exécutif. Il n'existe pas encore cet organe tampon, ce « *trait d'union* », ce comité de l'Assemblée qui fait office de gouvernement. En effet, pour l'instant, l'exécutif et le gouvernement sont confondus entre les seules mains du lieutenant-gouverneur. *In fine*, c'est l'absence d'un exécutif bicéphale qui rend ce contrôle des représentants de la population impossible.

---

<sup>72</sup> Nous soulignons.

<sup>73</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, op. cit., p. 413 à 416.

<sup>74</sup> Cité dans W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit., p. 129.

<sup>75</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit., p. 142 et suivantes.

C'est bien tout l'objet du feu sans cheminée, de la coquille vide que nous évoquions. Cela renvoie également à l'idée d'un régime représentatif de conception limitée, au sens où cette structure intentionnelle renvoie à une assemblée réduite à un simple rôle de représentation.

Cette tentative d'assimilation se poursuivra lorsque les membres de l'Assemblée adresseront de nombreuses pétitions en vue de révoquer le gouverneur. Sans réelle chance de succès réelles, elles mettent en lumière cette tentative d'assimilation constitutionnelle<sup>76</sup>.

A compter de 1814, les assemblées utiliseront la compétence qu'elles tiennent du *Constitutional act* pour influencer sur les décisions prises par les exécutifs provinciaux.<sup>77</sup>

Les mécanismes de contrôle des finances par les assemblées provinciales existent, toutefois, ils ne sont pas efficaces. Dans le même ordre d'idée, les mécanismes d'*impeachment* ne fonctionnent pas.

Nous citerons simplement deux exemples, différents dans le fond, servant la même démonstration.

A l'occasion d'une pétition, l'Assemblée du Bas Canada souligne « *La Chambre d'Assemblée offre un moyen d'en obtenir d'une manière régulière, sans que ce soit sur les recommandations de ceux du parti anglais. Si le Gouvernement avait le pouvoir d'appeler au conseil les principaux membres de la majorité de la Chambre d'Assemblée, il aurait par là un moyen d'entendre les deux partis, et de n'être point obligé de ne connaître l'un que par les informations reçues de l'autre, il ne serait plus privé des connaissances et des conseils qu'il pourrait tirer des anciens habitants du pays, et nécessite de n'écouter que ceux qui viennent du parti opposé, qui n'est pas celui où il y a le plus de connaissance du pays, ni le plus d'intérêts conformes à ceux*

---

<sup>76</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 99 et suivantes.

<sup>77</sup> Pour une analyse plus détaillée voir Kennedy.

W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 125 et suivantes. L'Assemblée du Haut Canada adoptera en 1813 relevant l'inconstitutionnalité de la suspension de l'*Habeas Corpus* en raison de la guerre contre les États-Unis qui éclata l'année précédente.

*du pays*<sup>78</sup> ». Cette idée va mûrir et véritablement prendre corps dans les années 1830, période pendant laquelle le gouvernement de la métropole comprendra qu'un nouveau cap de gouvernement est nécessaire. En décembre 1820, le Gouverneur Lord Dalhousie se retrouva en minorité sur le vote d'une motion de budget. Toutefois, ce bras de fer ne conduisit pas à un changement de politique de la part de la métropole farouchement opposée à l'idée de voir dans l'Acte constitutionnel de 1791, une constitution obsolète<sup>79</sup>. Forte de ce succès, l'Assemblée du Bas Canada profita de l'absence du gouverneur pour tenter de s'octroyer un total contrôle tant sur les finances de la colonie que sur la rémunération de ce dernier<sup>80</sup>.

L'échec du gouverneur à administrer une colonie récalcitrante conduisit à son renvoi et à la réunion d'une commission en 1828 dont la conclusion allait être de reconnaître à la métropole un contrôle résiduel des finances locales et un contrôle renforcé de la colonie sur son budget<sup>81</sup>. Comme ce fut déjà le cas, cette situation conduisit à l'adoption d'un nouveau corpus juridique, le *Quebec Revenue Act* de 1831<sup>82</sup>.

Les tensions se renforcèrent et un nouveau comité de Chambre des communes fut convoqué en 1834 qui conclut à l'introduction « *d'une forme de gouvernement responsable pour administrer les affaires coloniales* ». Cette formule se retrouva lorsque l'Assemblée considéra qu'elle était titulaire d'une responsabilité constitutionnelle qui devait s'exercer selon les mêmes pratiques que le Royaume-Uni<sup>83</sup>.

La situation du Haut Canada, pourtant considéré comme plus britannique, n'est pas plus sereine. A la guerre de 1812 succédèrent des tensions politiques au sein de l'Assemblée. L'adoption d'une loi financière en 1818 tenta de rejouer les « grands moments » de l'Histoire constitutionnelle britannique. En effet, la Chambre de l'Assemblée rejeta la loi car cette dernière fut amendée par le Conseil législatif. Forte

---

<sup>78</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 99 et 100.

<sup>79</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p.103.

<sup>80</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 340.

<sup>81</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit, p. 345 ou W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 105.

<sup>82</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit, p. 356 ou W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 106.

<sup>83</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 112.

du précédent de 1678, la Chambre souligna que le Conseil (à l'image de la Chambre des lords) ne pouvait qu'adopter ou rejeter la proposition budgétaire. La chambre nommée ne dispose aucunement du droit d'amender le projet. Cette compétence appartient à la chambre populaire en vertu « *du droit constitutionnel immémorial de la Chambre des communes*<sup>84</sup> ». Cette compétence est liée au « *privilege dont dispose le peuple de tenir les cordons de la bourse*<sup>85</sup> ».

Une résolution fut déposée en 1832 dont l'objet était clair : l'introduction du gouvernement responsable : « *L'objet de la présente réforme est de rendre le conseil exécutif de cette province directement responsable devant les représentants du peuple, conformément avec les pratiques et les principes de la Constitution britannique [...]*<sup>86</sup> ».

La réponse à cette situation impraticable et aux 92 résolutions de Papineau et Morin de 1834 prit la forme des 10 résolutions de Russell en date du 6 mars 1837, qui, dans une large mesure rejetèrent la demande d'autonomie politique. Kennedy souligne que les 10 Résolutions de Russell ont fait davantage que poser des règles de gouvernement pour le Haut et le Bas Canada. En réalité, elles attisèrent une frustration qui conduisit à la fin de la constitution de 1791 et à une funeste révolution. La montée des tensions déboucha sur l'adoption de la loi du 16 janvier 1838, loi de suspension de la colonie, sur la recommandation du Gouverneur Gosford<sup>87</sup>.

Au Haut Canada, malgré tous ces efforts, la situation n'évolua pas et l'assemblée, à l'image des revendications du Bas Canada, réunit une commission afin de relever les imperfections du système de gouvernement. En réponse, un nouveau gouverneur en la personne de Francis Head fut nommé, considéré comme plus ferme. Le Secrétaire aux colonies profita de cette nomination pour faire croire au Haut Canada que la

---

<sup>84</sup> A. SHORTT, A. G. DOUGHTY, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada*, op. cit., p. 540.

Sur l'analyse de l'événement de 1678 nous renvoyons le lecteur aux développements de la deuxième partie relatifs au vote des lois de finances.

Voir également Erskin May sur les rejets de 1678 et 1671 (p. 919 à 924).

<sup>85</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit., 130.

<sup>86</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p.426

<sup>87</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 114.

responsabilité du lieutenant-gouverneur devant la Couronne était semblable à la responsabilité politique, ce qui, pour l'heure était amplement suffisant. Le Conseil exécutif tenta d'influencer le gouverneur en soulignant que cet organe devait rendre des comptes à l'opinion publique des mesures qu'il avait adoptées. Head rejeta toute tentative d'introduire un contrôle des décisions politique par l'organe délibérant. Dans une réponse au Conseil, Francis Head affirmera que « *le lieutenant-gouverneur est le tenant de cette responsabilité devant le peuple (déjà représenté au sein de la Chambre de l'assemblée). Qu'ainsi assumée par le Conseil cette responsabilité est inconstitutionnelle. Il est du devoir du Conseil de me servir et non de les servir* ». Le 12 mars suivant, le conseil démissionna et fut remplacé par un nouveau conseil exécutif restreint qui fut censuré par la Chambre de l'Assemblée, qui, dans la foulée, refusa l'adoption d'une loi de finances, mettant dos au mur Francis Head.<sup>88</sup> Les demandes pour une réelle autonomie politique et la mise en œuvre d'un gouvernement responsable arrivèrent à la métropole. Sans être acceptées, ces revendications entraînèrent le renvoi de Head.

Ces étapes essentielles serviront de socle au développement définitif des colonies britanniques. En effet, l'idée d'une autonomie commence à voir le jour tant dans les colonies que dans la logique de gouvernement de la métropole.

L'histoire se ressemble mais ne se répète pas. En effet, ce premier développement met en lumière la dynamique à l'œuvre dans l'interprétation d'une constitution. Le texte de 1791 proposera un système dans lequel, en réalité, l'exécutif peut très largement se passer du soutien de l'assemblée, notamment en matière de budget<sup>89</sup>.

L'élément fascinant de ces épisodes réside dans la différence des situations entre le Haut et le Bas Canada. En effet, ces provinces furent séparées pour mettre fin à des tensions religieuses ou culturelles mais finalement l'appel, les revendications pour l'autonomie locale allaient apparaître, dans les discours de la même façon et voir

---

<sup>88</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 150 à 152.

<sup>89</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 164.

matériellement le jour par un recours au même outil. L'histoire de la Constitution de 1791 témoigne de l'incapacité d'un texte à empêcher la marche des idées. En effet, nous avons insisté sur l'importance des lois de nature budgétaire au point de souligner que la métropole avait prévu d'empêcher tout contrôle budgétaire. Cela montre bien que chacune des parties en présence était tout à fait consciente de la lutte institutionnelle qui se jouait et des enjeux qui étaient sous-jacents à cette lutte politique.

Ce rejet formel du contrôle en matière budgétaire ou du contrôle des terres n'a pas empêché d'une part l'existence des revendications et, d'autre part, un changement formel. Ainsi, le droit constitutionnel est davantage est une question de lecture concordante, entre les différents lecteurs, que d'écriture.

Toute l'histoire du *Constitutional Act* se retrouvera en réalité à partir de 1840. En effet, les structures institutionnelles qui seront mises en œuvre à compter de cette date ne rompent pas formellement avec un régime représentatif limité. Toutefois, tout l'intérêt de scinder la présente analyse sur une base historique est de montrer l'évolution dans l'interprétation du système de gouvernement en vigueur dans les colonies qui deviendront des dominions.

Par ailleurs, cela illustre bien que les revendications des colonies vont généralement s'imposer alors qu'elles avaient été rejetées jusqu'ici dans le cas du Canada. Ainsi, l'interprétation des assemblées provinciales supplantent la lecture centralisatrice de la métropole. Cette évolution concernera également une évolution de la notion de responsabilité des représentants de la couronne qui sera formellement consacrée en 1926 sous la plume de Lord Arthur Balfour – alors que la conception ainsi formalisée est déjà présente à l'esprit de la métropole comme des colonies.

## **Section 2 – La mise en œuvre du régime représentatif de conception limitée en Australasie**

L'analyse en détail de l'expérience canadienne a permis de poser les bases de la réflexion générale de l'époque : les grandes idées aux services de l'administration des colonies. Il a été ainsi démontré que l'octroi formel d'institutions représentatives n'est pas une fin en soi pour obtenir l'autonomie politique.

Les événements du Haut et du Bas Canada, longs dans leur chronologie, trancheront avec la rapidité de ce qui va se jouer en Australasie. Cette rapidité s'explique par deux facteurs imputables à la métropole. La métropole avait déjà affronté la situation canadienne (québécoise) lorsque les premières revendications du bout du monde sont apparues concomitamment avec l'essor de la pensée des réformateurs, notamment le rapport Durham. Ainsi, la métropole n'en sera pas surprise.

Par ailleurs, fortes de l'expérience canadienne, les colonies de la Nouvelle-Galles du Sud et de la Nouvelle-Zélande, se reconnaîtront toute légitimité pour formuler des demandes dans les sens d'une autonomie de gouvernement, utilisant d'ailleurs les mêmes outils et la même phraséologie que le Canada. Ces diverses expériences démontrent avec force la grande capacité de circulation des idées, notamment durant cette période de bouillonnement constitutionnel.

En Nouvelle-Galles du Sud, seul organe délibérant érigé à l'époque, les revendications pour une représentation accrue furent accordées par le biais d'ordres en conseil. Dans la même veine que les revendications canadiennes, les sujets de la Couronne réclamaient une prise de participation plus importante dans l'administration des affaires de la colonie. Ces revendications ont donné naissance au succès damné de régime parlementaire incarné par le premier *Constitution Act* de 1842.

On retrouvera les mêmes formules, les mêmes dispositions dans la loi de 1852 en Nouvelle-Zélande, texte qui marquera un véritable tournant en ce qu'il sera la première

constitution durable des systèmes que nous étudions dans ces pages. Toute l'ambition est bien de conforter l'idée d'une lecture restrictive du régime représentatif.

Il s'agira d'examiner les dispositions des textes par rapport aux dispositions de l'Acte constitutionnel canadien avant de se confronter au caractère restrictif de ces documents qui seront à l'origine d'un grondement en faveur de la majorité politique.

Les colonies ne souhaitent plus être assistées, elles ne souhaitent plus être considérées comme des mineurs constitutionnels mais bien comme les membres à part entière d'une famille où chacun dispose d'une voix. Ces revendications assimilables à une volonté d'autonomie ne doivent en aucun cas être comparées à l'expérience américaine même si, il est vrai, qu'une issue tout aussi funeste aurait pu être également envisageable.

En effet, la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, comme le sera le milieu du XIX<sup>ème</sup> est le théâtre, l'ère d'un changement de lecture constitutionnelle. En effet, le texte, la constitution formelle, les chartes de gouvernement octroyées à chacune des colonies ne rompent qu'*a minima* avec les systèmes que nous venons d'étudier. Le changement de paradigme réside ailleurs ; il réside dans les modalités d'appréhension, les modalités de compréhension du texte. En somme les colonies et la métropole modifieront la façon dont les constitutions seront lues et dès lors intériorisées par les acteurs institutionnels notamment les gouverneurs-généraux et les conseils législatifs<sup>90</sup>.

Alors qu'au Canada la marche vers l'autonomie locale était en route, la situation n'était sensiblement pas la même pour les colonies, plus récentes, de l'Australasie. Tandis que les Canadiens, au prix des rébellions de 1837 et 1838, obtiendront une architecture constitutionnelle renouvelée en 1840<sup>91</sup>, le *Australian Constitution Act* de 1842 (**sous-section 1**) et le *New-Zealand Constitution Act* de 1852 (**sous-section 2**) ne

---

<sup>90</sup> Rappelons une nouvelle fois que pour l'heure les organes délibérants des colonies ne portent pas le nom de parlement. Terme noble réservé au seul Parlement impérial doté, légalement, de la plénitude de souveraineté. L'expression n'apparaîtra dans les constitutions que lors de la dernière étape développement institutionnel, si tant est que ce développement ait pris fin.

<sup>91</sup> L'Acte d'Union de 1840 sera évoqué plus loin.

serviront qu'à stabiliser la situation et à éviter une révolte<sup>92</sup> comme les Canadiens ou une sécession comme les Treize Colonies. Cette situation intermédiaire témoigne de la difficulté avec laquelle la métropole administre les colonies pendant un demi-siècle. Conscient du risque qui réside dans une administration trop ferme, abandonner le contrôle des décisions prises par les gouvernements locaux, ces derniers fussent-ils, dans la personne du gouverneur responsables devant la métropole, représentait un péril trop grand.

L'analyse des dispositions des premiers régimes représentatifs, à l'image de l'Acte Constitutionnel de 1791 révèle cette ambiguïté mortifère qui sera vite battue en brèche.

### **Sous-section 1 : L'*Australian constitution Act* 1842**

Ainsi, l'*Australian constitution Act* de 1842 est une loi construite sur le même modèle d'un régime représentatif limité. On y trouve un Conseil législatif composé de vingt-quatre membres élus<sup>93</sup> et douze membres nommés par la Reine<sup>94</sup>. Il est également précisé que cette répartition des sièges entre 1/3 de membres nommés et 2/3 de membres élus devra toujours être conservée en cas d'augmentation du nombre de représentants<sup>95</sup>. On notera par cette précision une volonté de conserver, dans une certaine mesure, un avantage à la portion élue de la colonie.

Sur le fond, le gouverneur-général reste la personnalité essentielle et centrale du système même si l'on remarque un rééquilibrage des rapports. En effet, ce dernier n'est plus membre du Conseil législatif, comme pour assurer une volonté de laisser l'organe

---

<sup>92</sup> Le Professeur Twomey souligne que l'Australie aurait pu, à l'image des Treize colonies obtenir son indépendance par la force. Ainsi, l'usage de la violence n'est pas une dimension étrangère de l'Histoire de l'Australie. Grâce à la patience des sujets exilés de Sa Majesté et la clairvoyance de la métropole cette situation fut évitée de justesse. A TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, The Federation Press, 2004, p.4)

Dans le même ordre d'idée le chapitre précédent se terminait sur la suspension du *Constitution Act de 1846* et le retour d'un système autocratique, le temps que la situation se stabilise en Nouvelle-Zélande offrant un cadre apparemment serein pour l'établissement de la Constitution de 1852, dont on verra en réalité les limites (mais également les originalités).

<sup>93</sup> Les articles 5 à 11 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)* décrivent très précisément les modalités d'exercice d'un suffrage censitaire fondé sur la propriété.

<sup>94</sup> Art. 1er du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*.

<sup>95</sup> Art. 4 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*.

délibérant assumer l'administration de la colonie. Deux remarques supplémentaires doivent être formulées : le fait d'éloigner le gouverneur de l'organe délibérant peut être assimilé à une rupture, au moins en apparence avec le régime autocratique et politiquement centralisé à l'œuvre jusqu'ici. Par ailleurs, le fait de distinguer le représentant de la couronne du Conseil législatif confirme la différence de nature qui existe entre la métropole et les colonies. Il n'est absolument pas question d'assimiler le Parlement de Westminster et l'organe délibérant de Nouvelle-Galles du Sud<sup>96</sup>. On retrouvera les mécanismes classiques de contrôle de réserve et du désaveu. Le Conseil dispose d'une initiative législative résiduelle et d'une faculté d'amendement des projets qui lui sont soumis<sup>97</sup>. Dans la même veine, le Conseil législatif dispose dorénavant de la faculté d'élire lui-même son président<sup>98</sup>. Le contrôle de la Cour suprême sera abrogé purement et simplement.

A compter de l'adoption de la loi, la Nouvelle-Galles du Sud assumera, à l'image du Canada, les dépenses liées au fonctionnement interne de la colonie<sup>99</sup>. Toutefois, il serait exagéré d'y voir, même à mot couvert, les prémices d'un contrôle parlementaire. La lecture attentive du texte révèle que le Gouverneur conserve la main mise sur les cordons de la bourse. Le Conseil ne dispose pas de réels mécanismes qui lui permettraient d'initier un contrôle des décisions prises par l'exécutif colonial<sup>100</sup>. Les membres de l'exécutif colonial doivent leur fonction à la métropole et pas à un quelconque lien organique qui les unirait au Conseil législatif. A ce titre, on retrouve ici les mêmes limites que celles que nous évoquions s'agissant de l'Acte constitutionnel du Canada. La loi de 1842 est une loi de nature constituante, comme le sera d'ailleurs la loi de 1850, car elle donne expressément compétence à la Reine pour ériger de nouvelles colonies sur la base du territoire de la Nouvelle-Galles du Sud<sup>101</sup>. Il est

---

<sup>96</sup> En effet, au-delà de la limitation des compétences attachées à cet organe, notamment formalisées aux articles 29 à 32 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*. La construction formelle de l'organe délibérant rejette expressément un modèle semblable à la trinité britannique.

<sup>97</sup> Art. 30 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*. Ce gain apparent reste conditionné à l'accord du gouverneur qui peut invalider ladite élection.

<sup>98</sup> Art. 23 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*.

<sup>99</sup> Art. 36 et 37 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*.

<sup>100</sup> Les articles 33 à 39 du *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)* prévoient des limites à l'usage des lois de finances comme mécanismes de contrôle. Ainsi, l'article 38 prévoit que les traitements du gouverneur ou du surintendant bien que votés par le Conseil législatif doivent être promulgués directement par la reine.

<sup>101</sup> Art. 51 *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*.

également précisé que les colonies ainsi créées se verraient dotées d'un Conseil législatif composé d'au moins sept membres nommés, dirigé par un lieutenant-gouverneur<sup>102</sup>. Il est saisissant de voir en quoi ces dernières dispositions montrent un attachement à la gouvernance autocratique et le peu de volonté d'élargir le régime représentatif, si limité soit-il, aux futures colonies.

Sur le fond, les critiques feront jour assez rapidement sur deux points mais cette loi reste, malgré celles-ci, une étape sur la base de laquelle le système parlementaire finira par éclore<sup>103</sup> et prospérer. Le texte est d'abord critiqué comme étant très largement favorable à la Nouvelle-Galles du Sud. Il accorde une importance supérieure à la colonie originelle et une place secondaire aux autres foyers de peuplement qui, pour l'heure, ne bénéficient que de sièges au sein de l'organe délibérant<sup>104</sup>. Il aurait été impossible de voir dans les articles 51 et 52 que nous évoquons une solution à ce problème de représentation tant le régime décrit reflète une régression.

La première élection aura lieu en 1843 et dès l'année 1844 des remontrances seront adressées à la métropole. A l'image de l'expérience canadienne, l'Assemblée législative de Nouvelle-Galles du Sud adoptera des résolutions tendant à influencer sur les décisions de l'exécutif, cela sans succès. Cet échec s'explique par deux phénomènes. D'une part les tentatives pour modifier les traitements de l'exécutif local ont systématiquement fait l'objet du désaveu par l'Angleterre – ces décisions étant nécessairement *réservées*. D'autre part, le poids financier du fonctionnement de la colonie était trop lourd pour les finances locales qui, de nouveau comme le Canada, ne pouvaient compter sur la maîtrise des revenus issus du sol<sup>105</sup>. Ces limitations et ces « *maigres avancées institutionnelles*<sup>106</sup> » serviront de fondement aux développements qui suivront.

---

<sup>102</sup> Art. 52 *Australian Constitutions Act (n°1) (Imp.)*.

<sup>103</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, The Australian Book Company, 1901, p. 39

<sup>104</sup> G. TAYLOR, *The Constitution of Victoria*, The Federation Press, 2006, p. 25 et suivantes. Cette critique était particulièrement mise en avant sur le territoire du futur état de Victoria. La situation fut expressément réglée au moment de l'adoption de la loi de 1850.

<sup>105</sup> Waste Land Act 1842 (An act for regulating the sale of Waste Land Belonging to the Crown in the Australian Colonies, 22 juin 1842, 5&6 Victoria 36, reproduit dans *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain & Ireland*, 5&6 Victoria 1842, Londres, Her Majesty's Printer, 1842, p. 354 à 360.

<sup>106</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 39.

Après de nombreux reports, l'Assemblée fut finalement convoquée et une motion fut déposée, le 20 mai 1844, durant la première session visant à la création d'une commission<sup>107</sup> dans le but d'instruire les doléances formulées par la population contre le *Australian Waste Land* de 1842<sup>108</sup>. Sans surprise, l'issue de ces investigations révèle un manque à gagner significatif pour la colonie privée de la faculté d'administrer ses terres. L'examen du rapport se fera au mois de septembre et conduira à l'adoption d'une série de résolutions recommandant notamment l'abrogation de la loi de 1842 et l'adoption d'une nouvelle loi par le Parlement afin de reconnaître au gouverneur et au Conseil législatif la compétence d'administrer l'exploitation des terres<sup>109</sup> en vue de générer une source de revenus pour la colonie<sup>110</sup>.

A la suite de la motion de mai, une série de commissions fut instituée, notamment les 13 et 21 juin afin d'instruire un certain nombre de doléances. L'abondance de ces commissions et la diversité des sujets abordés reflètent, s'il était encore besoin de le justifier, le caractère vigoureux d'une colonie qui cherche à poser, voir à s'imposer dans ses rapports avec la métropole.

La nouvelle commission, instituée en 1844 dont la mission visait de nouveau à enquêter sur la question des effets des lois sur les terres ajoute un élément intéressant. En effet, on décèle dans les demandes de cette dernière une supplique en vue de l'octroi d'une réelle autonomie locale au sens de gouvernement responsable, une demande de majorité institutionnelle. A l'occasion de son étude de cette période, William McMinn souligna que « *le réel fondement du désir pour l'octroi du gouvernement responsable*

---

<sup>107</sup> L'ensemble des éléments ici évoqués peuvent être consultés sur le site internet du Parlement de Nouvelle-Galles du Sud <https://www.parliament.nsw.gov.au/hansard/pages/first-council.aspx#>.

Par ailleurs, pour une analyse plus détaillée des événements et l'effervescence de la colonie durant cette période transitoire voir le double article de Ken BUCKLEY, « Gipps and the Graziers of New South Wales, 1841–6 », *Historical Studies Australian & New Zealand*, n°24, vol. 6, 1955, p. 396 à 412 et n°26, vol. 7, 1956, 178 à 193.

<sup>108</sup> Motion déposée par Charles Cowper (membre élu de l'Assemblée législative), déposera cette motion le 30 mai 1844. *Votes and Proceedings of the Legislative council of New South Wales*, minutes n°7, 30 mai 1844, p. 3

La commission présenta un premier élément de rapport le 20 août 1844, *Votes and Proceedings of the Legislative council of New South Wales*, minutes n°42, 20 août 1844, p. 7.

<sup>109</sup> Soulignons que le Canada et la colonie de Terre Neuve bénéficient d'une telle compétence.

<sup>110</sup> Point 13 des recommandations adoptées le 17 septembre 1788, minutes n°58, *Votes and Proceedings of the Legislative council of New South Wales*, p. 2.

*était en réalité l'incarnation de la frustration issue de l'adoption des lois sur la terre et les coûts que revêtait l'entretien de la police <sup>111</sup>».*

Un rapport adopté deux ans plus tard formulait les mêmes revendications et fut finalement écarté par la métropole qui considéra que les demandes visant à introduire le gouvernement responsable étaient « *abstraites et vagues* » ; ces épisodes ne font que révéler la défiance qui existait entre la colonie et la métropole<sup>112</sup>. Une tentative de réponse fut adressée par le Comte Grey sous les traits d'une proposition de nouvelle architecture constitutionnelle. Cette proposition connue sous le nom de *Golden Dispatch*<sup>113</sup> portait sur une division des territoires et la reconnaissance de la Victoria comme colonie indépendante. Les colonies se voyaient dotées d'un parlement bicaméral. Le projet proposa également la mise en place d'un organe central à l'Australie en charge des questions locales et communes à tout le continent. Le système municipal allait être renforcé pour représenter un contre-pouvoir au Conseil législatif qui était considéré comme trop influent.

Sans surprise ce rapport souleva une vive indignation dans la colonie. Le Conseil législatif, lors de la séance du 28 avril 1848<sup>114</sup>, en la personne de Wentworth dénonça le projet d'institution d'un Congrès qu'il jugeait « *inutile, impraticable et injustifié. Ce projet ne repose sur aucun précédent de nature constitutionnel que l'on puisse trouver à la Maison, aux Etats-Unis d'Amérique ou dans aucune des vieilles colonies* ». Le Conseil dénonça un système électoral étranger à la culture britannique et qui n'existait qu'en France, allant jusqu'à affirmer que « *si le Comte Grey était si concerné par les risques liés à la concentration du pouvoir, il devrait s'intéresser au fonctionnement du*

---

<sup>111</sup> W. G. MCMINN, *A Constitutional History of Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 1979, p. 39.

<sup>112</sup> A TWOMEY, *The Constitution of New-South Wales*, Sydney : *The Federation Press*, 2004, p. 4 et suivantes. L'auteur révèle que le Conseil législatif désigna Francis Scott, membre de la Chambre des communes afin de s'assurer que les intérêts de la colonie étaient correctement défendus.

<sup>113</sup> Soulignons qu'il y a deux *Golden Dispatch*, deux échanges entre le secrétaire aux colonies le Comte de Grey et le Gouverneur Fitzroy. L'échange n°203 en date du 31 juillet 1847 reproduit dans F. WATSON, *Historical Records of Australia*, Series I, vol. XXV, Sydney, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, p. 698 à 703.

L'échange n°133 du 31 juillet 1848, F. WATSON, *Historical Records of Australia*, Series I, vol. XXV, Sydney, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, p.529 à 532.

<sup>114</sup> New South Wales, *Votes and Proceedings*, 26 avril 1848, p. 2.

*Colonial Office qui monopolise et met en œuvre par ses rescrits des mesures de gouvernement au détriment des colonies elles-mêmes*<sup>115</sup>».

Sur la question du renforcement des conseils municipaux comme contre-pouvoir, le Conseil dénonce « *une tentative d'imposer à la colonie un plan de gouvernement qui ne convient pas. Si ce plan venait, contre l'avis de la colonie à voir le jour, il serait semblable à une abrogation implicite du suffrage, l'un des droits inaliénables sur lequel repose la Constitution britannique et que tout sujet britannique, en vertu de la common law apporte avec lui où qu'il s'établisse, en tant que sujet de la Couronne. Il s'agit là d'un droit immémorial affirmé par la Magna Carta et [...] finalement incarné par le Bill of Rights. Le Conseil refuse à tous Ministres britanniques, ou toute autre autorité le droit d'abroger le vote, immémorial et indéfectible*<sup>116</sup> ».

Cette attaque se conclura par un appel à la bonne foi. En effet, il est souligné que la bonne foi du Compte Grey serait apparente si la métropole renonçait à un contrôle sur les affaires internes de la colonie, laissant cette dernière s'administrer librement et ne conservant qu'un pouvoir résiduel, restreint aux intérêts impériaux : « *Le Conseil dans ses conclusions ne peut se résoudre à donner son opinion. Si le Secrétaire Grey est sincère dans « son désir que les gouvernements coloniaux de l'Australasie devraient s'établir sur le fondement des membres de la colonie, guidés par la Divine Providence, d'établir eux-mêmes des institutions dignes de l'Empire auquel ils appartiennent et du Peuple duquel ils descendent », la meilleure, la plus simple et en réalité la seule façon d'arriver à cette fin est de laisser à la colonie le soin d'administrer les questions purement domestiques, sans interférences ou instructions de Downing Street. Il s'agit de laisser au gouverneur le soin d'exercer discrétionnairement la prérogative royale du veto, dans tous les domaines qui ne touchent pas à un intérêt impérial. [...] Les intérêts de la colonie n'en seront que plus promptement et efficacement décidés s'ils sont laissés à l'appréciation de l'Australie,*

---

<sup>115</sup> Loc. Cit., point 6, p. 3

<sup>116</sup> Loc. Cit., points 3 et 4.

*plutôt qu'à celle du Parlement, plus lointain, moins accessible et en toute sincérité, moins compétent<sup>117</sup> ».*

Cette motion souligne également le rejet de Wentworth pour l'institution d'une seconde chambre qu'il verrait comme un subterfuge, une manière détournée pour la métropole de contourner le problème de l'institution du gouvernement responsable. En effet, il considérait que la seconde chambre, par ailleurs nommée, servirait de protection au gouverneur afin que ce dernier ne soit pas responsable devant la représentation.

Il explique « *que le Conseil est opposé à l'introduction d'une vieille forme de constitution coloniale fondée sur deux chambres, l'une nommé par la Couronne, l'autre élue par le Peuple.*

*1- Il n'existe pas pour l'instant, ni ne saurait exister dans l'avenir proche une caste suffisamment fortunée pour exercer une fonction de Législateur Héritaire ou Législateur à vie.*

*2- Qu'une chambre composée de membres nommés par la Couronne est une simple machine interposée entre l'Exécutif et les Représentants du Peuple afin de faire obstacle à la responsabilité inhérente à l'exercice du veto empêchant ainsi toutes collisions qui représentent, chaque fois qu'elles ont lieu la principale source et la principale garantie de liberté constitutionnelle<sup>118</sup> ».*

On retrouvera une formule assez intéressante qui dès 1848 préfigure déjà, la formulation de deux idées intéressantes. En effet, Wentworth insiste sur l'idée que les résidents de la colonie ont appris à aimer leur constitution, et ont développé un goût pour les affaires constitutionnelles et, que la constitution ne devrait souffrir aucune interférence ou révision à moins que les représentants de la colonie ne soient à l'initiative d'une telle demande, que pour l'instant les seules demandes de révisions adressées sont mentionnées dans la remontrance de 1844<sup>119</sup>. La référence est ici

---

<sup>117</sup> Loc. Cit, point 9.

<sup>118</sup> On retrouvait la même critique s'agissant de l'établissement d'une classe mobilière au Canada.

<sup>119</sup> New South Wales, *Votes and Proceedings*, 26 avril 1848, Point 4, p. 3.

évidente : cette revendication fait écho, dans une certaine mesure, à l'une des dispositions du statut de Westminster de 1931. Elle apparaîtra également comme le fondement du futur article 32 de l'*Australian Constitutions Act 1832* qui reconnaît au colonie un véritable pouvoir constitutif. En effet, suivant un schéma prédéfini, les colonies se sont vu offrir une plume afin d'adopter leur propre constitution. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, cela ne suppose pas que les colonies obtiennent un pouvoir constituant plein et entier.

Devant la détermination de la Nouvelle-Galles du Sud, le Secrétaire Grey modifiera son plan. On trouvera une nouvelle formulation du plan retenu dans le second *Golden Dispatch* du 31 juillet 1848<sup>120</sup>. Grey reconnaît que le choix d'un parlement bicaméral n'est peut-être pas adapté aux colonies australiennes quand bien même elles « *dérivent leurs institutions libres de la Grande Bretagne* ». Dans le point 6 de l'échange, Grey rappellera son attachement à la conception d'un parlement bicaméral tout en reconnaissant que la perspective d'imposer de tels choix aux colonies se révélerait contre-productive. Par ailleurs, il souligne que, dans le cas de certains districts, il serait difficile de désigner en nombre suffisant des représentants qui ne seraient pas en lien avec le gouvernement.

Le point 10, tout aussi important propose d'étendre l'autonomie de gouvernement à l'ensemble des territoires qui en étaient dépourvus jusqu'ici, jugeant qu'un tel changement de gouvernement est pour l'heure inopportun.

Finalement, c'est au même point que la motion de Wentworth sera pleinement intégrée au plan constitutionnel en préparation.

Ce nouvel échange de juillet 1848, en réponse directe à la motion déposée devant le Conseil législatif de la colonie sera accueilli avec davantage de bienveillance, les membres de l'assemblée ayant eu le sentiment d'avoir été entendu par la métropole. La dernière étape sera formalisée par un rapport en 1849<sup>121</sup>. Il propose un réaménagement

---

<sup>120</sup> Echange n°133, *op. cit.*

<sup>121</sup> Le rapport du Conseil privé de 1849 est cité dans E. SWEETMAN, *Australian Constitutional Development*, Melbourne, MacMillan & Co., 1925, 368 et suivantes.

du territoire australien avec une forme fédérative, sur le modèle de ce qui était déjà à l'étude en Nouvelle-Zélande, retenant par la même occasion tant les éléments mis en lumière par le Conseil législatif de la Nouvelle-Galles du Sud, que le *Golden Dispatch* de 1848.

Ces nombreux éléments seront finalement formalisés dans la loi de 1850 qui ne marquera pas une rupture formelle avec les régimes en vigueur jusqu'à présent. Cependant, comme nous le verrons, cette loi marquera une réelle rupture avec les systèmes de gouvernement mis en place. Toutefois, on note, d'ores et déjà, une différence de fond : alors que le Canada et la Nouvelle-Zélande ne formalisent pas la moindre référence au système de gouvernement fondé sur la responsabilité des membres du gouvernement, les futures constitutions australiennes adoptent de petites formules – non par la portée mais bien par la longueur et la précision – laissant entrevoir une reconnaissance formelle de ce système de gouvernement si chèrement désiré.

### **Sous-section 2 : Les dispositions du *Constitutional Act* de 1852 de Nouvelle-Zélande**

S'agissant de la Nouvelle-Zélande, nous avons déjà évoqué les limites du système en place notamment celles de la forme fédérative ou quasi-fédérative en réalité, si l'on se réfère à l'analyse qui en est faite par le Comte Grey lui-même. Le fond de ce système défectueux est, comme pour le reste des colonies à travers l'Empire à cette époque, la centralisation des compétences entre les seules mains de l'exécutif local. Par ailleurs, comme nous l'évoquions, l'élément central qui pèse sur l'administration de la Nouvelle-Zélande à l'époque reste la question du statut des peuples maoris et leur lien avec la puissance impériale.

Sur le fond le système, comme en réalité celui mis en place en Australie et au Canada, était voué à l'échec, non pas, à cause de la lettre des lois impériales mais bien à cause de l'application qui en était faite. Rappelons que la Constitution de 1846 fut très rapidement, à peine un an et demi plus tard, suspendue face au constat de son

impossible application. Les revendications de la jeune colonie de Nouvelle-Zélande ne se distinguent pas de celles de ses sœurs. En effet l'échec de la Charte de 1846 et la première expérience ratée de mise en place du régime représentatif n'ont pas fait obstacle, comme nous l'évoquons, à l'essor des revendications pour une plus grande autonomie locale<sup>122</sup>. Ainsi, pour souligner la contradiction, pour ne pas dire l'hypocrisie ou la demi-vérité existant entre la constitution formelle et la constitution matérielle, John Robert Godley remarquait en 1850 : « *Nous donner des institutions représentatives sans l'entière des pouvoirs représente davantage qu'une moquerie ou une désillusion, c'est une disposition savamment et délibérément mise en place afin de conserver de manière permanente la machine du gouvernement dans une impasse. Si tel n'est pas le projet, alors, il s'agit d'affaiblir l'Assemblée afin qu'elle demeure un club de débat politique de la pire facture, tout en lui reconnaissant la dignité et le rang d'une législature nationale*<sup>123</sup> ».

Le professeur Joseph souligne que le père fondateur de Canterbury<sup>124</sup> n'a pas manqué de remarquer et de dénoncer l'aspect uniquement symbolique de cette première expérience de régime représentatif.

La constitution adoptée en 1852 suivit le même schéma que celui auquel croyait le Gouverneur Grey, d'une organisation fédérale. Cette organisation allait être revue en prévoyant l'instauration de six provinces, instituées sur la base des grands foyers de peuplements<sup>125</sup>. Chacune des provinces allait être administrée par un surintendant<sup>126</sup>, élu pour quatre ans<sup>127</sup>, et assisté par un conseil législatif<sup>128</sup>. A l'image de l'*Australian Constitutional Act* de 1842 ou de l'Acte constitutionnel de 1791, le surintendant conserve une très large compétence en matière législative<sup>129</sup> et sur le contrôle du fonctionnement de l'assemblée provinciale, notamment s'agissant de la confirmation

---

<sup>122</sup> En témoigne les événements de la conférence de Nelson du 30 novembre 1850.

<sup>123</sup> Cité dans P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>ème</sup> Reuters, 2021, p. 152.

<sup>124</sup> C.E. CARRINGTON, *John Robert Godley of Canterbury Londres, Cambridge University Press, 1950, p. 117 et suivantes.*

<sup>125</sup> Art. 2 du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>126</sup> Art.3, du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>127</sup> Art.4 et 7 (sur la base d'un suffrage masculin fondé sur la propriété).

<sup>128</sup> Art. 3 composé de 9 membres et élu sur les bases du même scrutin, élu pour quatre ans (art. 13).

<sup>129</sup> Art. 18 et 25 à 28 du *New Zealand Constitution Act 1852*.

de son président<sup>130</sup>. Au sommet de la colonie, le gouverneur exerce un rôle de supervision et peut, en plus des compétences classiques de contrôle législatif<sup>131</sup>, dissoudre les assemblées provinciales et destituer le surintendant, sur une demande de l'assemblée provinciale formulée par pétition<sup>132</sup>. On peut très subtilement supposer que cette disposition a été instituée afin de faire naître un contrôle du chef de la province. Toutefois, les effets concrets de cette disposition furent très limités.

Le gouverneur est l'une des composantes de l'Assemblée générale<sup>133</sup> de Nouvelle-Zélande, qui compte également un organe délibérant bicaméral. Cet organe est composé d'un Conseil législatif<sup>134</sup> et d'une Chambre des représentants élue pour cinq ans, sauf à être dissoute de manière anticipée<sup>135</sup>.

S'agissant de la compétence législative, le gouverneur dispose des mêmes compétences de contrôle qu'au niveau provincial<sup>136</sup>. Les deux chambres de l'Assemblée générale ne disposent d'aucun mécanisme de contrôle, puisque, par exemple, l'article 65 lui interdit à l'assemblée d'apporter toute modification au traitement du gouverneur. Par ailleurs, l'Assemblée générale ne dispose pas encore de la faculté de modifier sa constitution. Cette compétence constituante sera octroyée de manière partielle au moment de l'adoption du *New Zealand Constitution (Amendment) Act 1857*<sup>137</sup>.

Toutefois, dans les interlignes de cette constitution détaillée, se cache, semble-t-il une ébauche de reconnaissance d'une règle directement issue de l'Angleterre, notamment du *Bill of Right* de 1689<sup>138</sup>. En effet, l'article 54 prévoit que les lois de natures financières doivent être déposées en première lecture devant la Chambre des

---

<sup>130</sup> Art. 20 du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>131</sup> Art. 27 à 29 du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>132</sup> Art. 4, du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>133</sup> Art. 32, du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>134</sup> Art. 33 à 36, du *New Zealand Constitution Act 1852*. Les membres de ce conseil sont nommés à vie.

<sup>135</sup> Art. 40, du *New Zealand Constitution Act 1852*. Une assemblée élue de 24 à 42 membres, sur le même scrutin que les assemblées provinciales.

<sup>136</sup> Art. 55 à 59, du *New Zealand Constitution Act 1852*.

<sup>137</sup> *An Act to Amend the Act for Granting Representative Constitution to the Colony of New Zealand*, 17 août 1857, 20 & 21 Victoria c.53 reproduit dans *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain & Ireland*, 20&21 Victoria 1857, Londres, Her Majesty's Printer, 1842 p. 147-148.

<sup>138</sup> 1 William & Mary Sess 2 c 2

représentants, autrement dit, devant la chambre populaire. C'est une idée que l'on retrouvera formellement dans les constitutions qui apparaîtront durant cette période.

Ainsi, sur le fond, rien ne change réellement avec le système de 1846, mais cette nouvelle constitution sera appelée à durer et servir de terreau sur la base duquel le système de responsabilité du gouvernement sera appelé à fleurir. Le gouvernement responsable naîtra à la suite de la première élection tenue dans le cadre de la nouvelle constitution. A ce moment-là, la métropole est prête à changer les modalités d'administration de la colonie.

John Lochiel Robson souligne un élément fort intéressant en rappelant, utilisant l'exemple des provinces maritimes, que si la volonté de laisser la colonie se gouverner en ayant recours aux principes et aux outils du gouvernement responsable était claire pour la métropole, elle l'aurait fait par le biais des instructions adressées au gouverneur résident.<sup>139</sup> Or, à la lecture des instructions qui accompagnent ce nouveau texte, il n'est pas encore question de reconnaître à la Nouvelle-Zélande une quelconque autonomie réelle en matière locale.

---

<sup>139</sup> C. C. AIKMAN, J. L. ROBSON, "Chapt 1 – Introduction", dans J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Stevens & Sons, 1967, p. 8

## **Conclusion : la lecture restrictive des premières constitutions coloniales portant mise en œuvre du régime représentatif**

Sur le fond, les expériences canadienne de 1791 et australasienne des années 1842 et 1846 sont des exemples exceptionnels de la difficulté qui peut surgir dans l'application d'une norme constitutionnelle. En effet, les développements précédents<sup>140</sup> ont présenté des régimes représentatifs d'un point de vue tant formel que matériel. Il s'agissait d'octroyer<sup>141</sup> des institutions représentatives au sens formel et littéral de l'expression : à savoir un organe délibérant désigné par les résidents des différentes colonies sur la base d'un suffrage plus ou moins large et doté d'un champ de compétence législative d'attribution ou résiduel, soumis au contrôle tant du gouverneur, que de la métropole.

Cette apparente limitation dans les attributions locales s'explique au niveau de la colonie par deux séries d'éléments. D'abord, la crainte d'une nouvelle indépendance américaine a forcé la métropole à accorder ces institutions représentatives aux colonies, toutefois, cette dernière ne pouvait se résoudre à abandonner l'administration de ces territoires lointains. Par ailleurs et c'est sans doute ici l'un des éléments les plus importants, la métropole ne pouvait refuser à ces colonies les avancées à l'œuvre en Angleterre.

Toutefois, certaines limitations formelles étaient à l'œuvre pour empêcher l'essor d'un réel contrôle de l'organe délibérant. L'absence de contrôle réel sur les finances locales d'une part et l'allégeance des représentants de la Couronne à la métropole et non aux colonies, d'autre part, expliquent cette impossible mise en œuvre.

---

<sup>140</sup> Notamment le présent chapitre et le chapitre 2.

<sup>141</sup> Rappelons-le la méthode de l'octroi est bien à l'œuvre dans ce premier mouvement. En effet, la distinction avec le mouvement qui apparaîtra à compter de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle réside dans la consultation réelle de certaines attentes locales, allant jusqu'à déléguer aux colonies le pouvoir de la plume, les autorisant à devenir rédacteurs de leur propres constitutions (cela sera précisément le cas pour les colonies australiennes d'abord puis pour les constitutions nationales de 1867 pour le Canada et 1900 pour l'Australie), le Parlement impérial demeurant l'auteur de la constitution. Nous nous sommes permis ici de reprendre à notre compte la distinction qui avait été dressé par le Doyen Vedel s'agissant de la Constitution française du 4 octobre 1958, lorsque ce dernier distingua le rédacteur de la Constitution en la personne notamment du Général de Gaulle, de Michel Debré, des membres du comité consultatif constitutionnel et de l'auteur de la constitution incarné par le peuple au moment de l'adoption de septembre 1958 par la voie du référendum.

L'étude constitutionnelle revêt un véritable intérêt lorsque l'on se remémore les échanges tant des conseils législatifs coloniaux que des personnalités en Angleterre. Ces revendications pour l'autonomie locale réelle ne nécessitent pas l'adoption d'un nouveau cadre institutionnel formel. Ce glissement, cette transition nécessitera, comme nous le verrons, un changement de prisme, un changement de lecture, un changement de paradigme. En effet, il suffira de modifier les instructions adressées aux gouverneurs des diverses colonies pour acter ce changement de lecture. Ainsi, les constitutions formelles n'étaient pas, en soi un obstacle à l'évolution de la constitution matérielle.

Le chapitre suivant insistera sur deux éléments centraux : d'une part, l'absence de changement réel dans les constitutions formelles qui seront adoptées par le Parlement impériale en 1840 au Canada, 1850 en Australie et 1852 en Nouvelle-Zélande et d'autre l'évolution dans la mise en œuvre de ces dispositions instituant de nouveaux régimes représentatifs.

## Chapitre 4 : L'enracinement du gouvernement parlementaire – La formalisation de l'idée en creux de la plume

*« L'Angleterre n'obtenait une Chambre des communes convenablement représentative qu'après avoir conquis déjà le « gouvernement responsable » ; c'était au contraire la responsabilité des ministres qui n'existait pas dans les colonies [...] dotées, elles, d'Assemblées représentatives. Situation presque inverse et paradoxale ! »<sup>1</sup>*

La construction du système parlementaire s'est faite au prix de batailles institutionnelles, parfois même de rébellions. Sur le fond, les premières constitutions ne reconnaîtront pas les mécanismes du gouvernement responsable ou les mécanismes de contrôles institutionnels de l'organe représentant sur l'exécutif colonial, toujours responsable devant la Couronne impériale et le gouvernement de la métropole. Cette reconnaissance à mots couverts verra le jour dans les lois constitutionnelles des Etats australiens ou dans quelques lois au Canada, par exemple. Toutefois, rappelons-le, les idées du régime parlementaire étaient bien présentes dans les discours politiques, comme dans les dépêches et envois entre la métropole et les colonies. On assiste donc à un jeu de discours sur le droit constitutionnel tout à fait singulier, où les acteurs vont poser des règles sur les rapports entre les organes sans jamais réellement les codifier. Il s'agit de faire cohabiter une lecture organique, une vision matérielle du droit constitutionnel, sans que la constitution formelle ne prenne le chemin de cette reconnaissance. Sur ce point, il est d'ailleurs particulièrement significatif que les parties à cette construction institutionnelle ne se sont jamais vraiment intéressées à la question de la reconnaissance formelle des mécanismes parlementaires, pleinement assimilés et intégrés à la conception du fonctionnement institutionnel.

La seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle sera pourtant le théâtre d'une évolution significative dans les rapports entre la métropole et ses colonies. Cette évolution est

---

<sup>1</sup> J. -J. CHEVALLIER, *l'Évolution de l'Empire britannique*, Les éditions internationales, 1930, p. 48.

tout entière résumée dans le rapport Durham de 1838. Sur le fond, de nombreuses études ont été consacrées à ce document. Sans alourdir les développements, le professeur Chevallier souligne la double lecture du rapport. Envoyé par la métropole pour mettre fin à la rébellion de 1837, Durham proposera un système d'administration qui sera incarné dans la loi de 1840. *Radical Jack* ne sera, en réalité, pas partisan de la formalisation du système de gouvernement parlementaire.

Ainsi, au-delà de la réunion du Haut et du Bas Canadas, c'est bien la lecture institutionnelle qui changera. Il s'agit pour la métropole, davantage que pour les colonies, de redéfinir à ses rapports avec celles-ci. Il s'agit pour la mère patrie d'accepter de lâcher la main à ses filles pour n'observer leur évolution que de loin, d'un regard attentif mais distant.

Ce n'est qu'au prix de cet effort, et de l'octroi de cette confiance à ses dominions que l'Empire britannique perdurera et connaîtra un nouvel essor, un nouveau mouvement dans son évolution institutionnel, preuve de la grande plasticité du droit constitutionnel impérial, mais également de la discipline en elle-même.

Ce nouveau mouvement dans le développement intentionnel se concentre sur un examen de textes que nous donnerons le sentiment d'avoir déjà étudié : l'*Acte d'union canadien* de 1840 et le *Australian Constitutions Act* de 1850<sup>2</sup>. La Nouvelle-Zélande ne se verra pas dotée d'un nouveau texte. Elle conservera l'architecture constitutionnelle dont elle disposait en 1852.

Cette distinction révèle en réalité toute la subtilité de l'analyse constitutionnelle. Il apparaît en réalité que le droit constitutionnel est davantage une question de lecture que d'écriture. En effet, d'une part, le Canada et l'Australie se verront dotés de nouveaux textes sans, qu'en réalité, la nature formelle ne change et d'autre part, la Nouvelle-Zélande ne bénéficiera pas d'un nouveau texte portant constitution.

---

<sup>2</sup> *Act for the Better Government of Her Majesty's Australian Colonies* (1850) (13 and 14 Vict. c. 59). Cette loi représente un véritable acte constituant car, au-delà d'une nouvelle formulation d'un système représentatif limité, cette loi reconnaitra à chacune des colonies la possibilité de se doter d'une constitution.

Toutefois, cette période est essentielle à notre étude : se marque l'enracinement défini du gouvernement responsable, modalité de contrôle des décisions politiques d'un organe représentatif sur le gouvernement. Alors que la constitution formelle, même renouvelée, ne change pas, le changement de paradigme institutionnel est bien à rechercher ailleurs. La modalité d'analyse de cette étape essentielle de développement s'attardera sur les rapports qu'entretiennent à cette époque la lecture et l'écriture des constitutions en prenant comme exemple les premières constitutions qui seront adoptées dans les Etats australiens à la suite de l'adoption de la loi de 1850, loi impériale de portée constituante.

Ce changement apparaîtra dans la lecture institutionnelle faite par les acteurs. Seront alors autorisées, à certains égards, même encouragées, les lectures parlementaristes dans les rapports que les organes devront entretenir les uns avec les autres. Pour reprendre une analyse classiquement admise, ce changement d'application institutionnelle, ce changement de système de gouvernement se fera par le biais d'un changement de nature informelle ou encore par la voie conventionnelle consacrant à l'image de ce que Jean Rossetto a pu brillamment analyser : « *la victoire d'une lecture institutionnelle sur une autre*<sup>3</sup> ». Sur la base des analyses britanniques, ces changements de directions institutionnelles opérés au moyen de conventions, d'une nouvelle grille de lecture, permettront de revenir sur la nature particulière des conventions de la constitution d'une part et sur la distinction que l'on peut en déduire avec une pratique institutionnelle d'autre part.

En somme, l'objet de la première section sera de démontrer que le changement du système de gouvernement ne passera pas par le biais de la forme constitutionnelle mais bien par celui de la matière constitutionnelle elle-même (**section 1**). La seconde section s'attarde sur l'essor de la formalisation en Australie (**section 2**).

---

<sup>3</sup> J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, p. 173.

## **Section 1 : Un changement de paradigme institutionnel**

Les révoltes de l'année 1837 au Canada ne sont que le résultat d'une situation vouée à l'échec débutée avec l'adoption de l'Acte constitutionnel de 1791 dont nous avons essayé de démontrer les failles les plus saillantes. La métropole s'est retrouvée confrontée à un besoin de redéfinition. En effet, il devenait urgent et essentiel de concilier deux prétentions qui en réalité étaient sous-jacentes à travers l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande depuis le début du siècle et que la métropole, dans une certaine mesure, avait choisi de ne pas entendre. Les colonies, qui allaient devenir des dominions, revendiquaient, réclamaient et ce, avant l'octroi d'institutions représentatives, l'autonomie en matière locale.

L'idée communément admise, quelque peu évidente et simpliste, conduit à résumer ces prétentions à l'octroi d'un gouvernement responsable. Cette simple assertion semble bien trop lacunaire pour résumer l'entièreté de la partie en train de se dérouler. Résumer l'évolution des années 1830-1848 au simple octroi d'un gouvernement responsable supposerait une pleine conscience de la demande de la part de la métropole. Cela supposerait aussi que la métropole ait pleinement intégré, intériorisé et défini ce nouvel équilibre institutionnel. Au contraire, il convient de souligner que la logique constitutionnelle du gouvernement responsable est toujours en cours de maturation et de définition.

L'objet de la présente section est de démontrer que les événements décrits ont contribué à définir et à construire le gouvernement responsable, dans les dominions évidemment, mais également en Angleterre. Ainsi, il paraît essentiel de s'attarder sur la valeur du rapport Durham, « *pièce déterminante de l'histoire coloniale*<sup>4</sup> » (**sous-section 1**), avant de s'intéresser aux conséquences de cette évolution matérielle au Canada et en Nouvelle-Zélande (**sous-section 2**) et formelle dans les colonies australiennes (**sous-section 3**).

---

<sup>4</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 167 et suivantes.

## Sous-Section 1 : Le rapport Durham, apparente redéfinition du cadre institutionnel

La méthodologie choisie impose de revenir sur le rapport Durham, œuvre de Lord John Lambton. Ce document central du développement constitutionnel posera les jalons de la redéfinition des rapports entre la métropole et les colonies. Le rapport Durham et la volonté des réformateurs ont conduit la métropole à reconnaître aux colonies une plus grande autonomie dans l'administration des affaires locales. Insistons sur l'absence de reconnaissance formelle de ce nouveau paradigme. Sans être formellement reconnue dans les lois portant constitution qui suivront, notamment la loi canadienne de 1840, l'octroi de l'autonomie locale sera néanmoins défini, dans la marche administrative et gouvernementale des colonies. Cette approche de l'écrit est essentielle à saisir. La dernière étape de cette évolution prendra corps avec l'adoption du statut de Westminster en 1931<sup>5</sup>. Il s'agira de rendre contraignant ce paradigme, qui, jusqu'ici, n'avait pas reçu de formalisation légale. Sur cette base, la distinction entre *self-government* et *responsible government*, notamment développée par Jean-Jacques Chevallier ou Jenkins, semble opératoire pour appréhender la redéfinition des rapports coloniaux<sup>6</sup>.

A lire le rapport Durham en détail et avec précision, la volonté d'introduire pleinement les mécanismes du gouvernement responsable ne semble pas si évidente que cela. Tout au plus, il s'agit davantage d'un système de transition<sup>7</sup> qui cherche à

---

<sup>5</sup> 1931 c.4

<sup>6</sup> Essentiellement la distinction repose sur un schème d'imputabilité de responsabilité des décisions politiques. La construction du *self-government* repose sur une asymétrie de la responsabilité, un déséquilibre dans les rapports au sein de l'organe exécutif et un affaiblissement de l'essence de la fonction électorale dévolue à l'organe représentatif. L'objectif est de maintenir un contrôle impérial tout en reconnaissant une sphère de compétence reconnue aux colonies. Ce domaine est-il général ou d'attribution ? Une telle question n'est jamais pleinement tranchée. C'est là toute la force de l'administration impériale. Il s'agit de ne pas définir pour ne pas rigidifier le champ de chacun pour préserver la flexibilité nécessaire au maintien de l'Empire. Par ailleurs, le chef de l'exécutif ne bénéficie pas de l'irresponsabilité classiquement reconnue au chef de l'état dans un régime parlementaire. Rappelons que les gouverneurs sont responsables devant le gouvernement de la métropole d'une part et que les membres du gouvernement colonial ne sont pas pleinement responsables devant la représentation coloniale. Cette double asymétrie nuit particulièrement à la marche du gouvernement colonial et prive la fonction électorale de son réel effet, permettre à la représentation d'exercer un contrôle sur la conduite des affaires dans la colonie.

Le *responsible government* se conçoit comme un lien organique entre la représentation et le gouvernement, sans toutefois, priver le chef de l'état d'un rôle ultime de gardien de l'équilibre institutionnel. Sur le fond les gouverneurs généraux ne sauraient être apparentés à la Couronne britannique.

<sup>7</sup> M. CHARON, « Demain tout recommence : Lord Durham's Report en traduction », *Traduction, Terminologie et Rédaction*, vol. 10, n°1, 1997, p. 101 à 136.

mettre en place une forme d'autonomie politique, le *self-government*. Ce système de compromis aura pour ambition de préserver le maintien de l'Empire. L'enquête de John George Lambton de 1838 se rapproche des commissions d'enquête qui ont également eu lieu en Australie ou de l'analyse approfondie de George Grey sur les meilleures modalités d'administration de la Nouvelle-Zélande. Les réformateurs, si bienveillants et libéraux soient-ils, restent le produit de leur époque et les fervents défenseurs d'une couronne impériale<sup>8</sup>. Ils abordent tous leur mission d'étude et d'investigation avec des idées préconçues et prédéfinies que l'on trouve dans la pensée de Jeremy Bentham, souhaitant rompre avec l'administration inique et liberticide imposée aux sujets britanniques par-delà les mers, considérés jusqu'ici comme des sujets de seconde zone, de second ordre.

Au-delà de l'enjeu institutionnel, le problème de fond reste, pour l'heure, de trouver une solution aux rébellions dans les provinces des deux Canadas.

Le rapport Durham révèle davantage de zones d'ombre<sup>9</sup> que ce que le roman impérial semble y attribuer<sup>10</sup>. Ged Martin, dans un article fort critique et lucide, souligne que « *le statut mythique d'autorité attribué au rapport Durham peut se voir comme une acquisition hautement rétrospective. [Au moment de sa remise] son auteur est un personnage controversé, largement jugé comme ayant échoué dans sa mission cruciale*<sup>11</sup> ».

En réalité, il n'est pas question de voir dans le rapport Durham un appel au libéralisme bienveillant, un optimisme exempt d'arrière-pensée. L'idée centrale du Rapport repose sur une reformulation du projet d'assimilation de la population

---

<sup>8</sup> C'est d'ailleurs par cette ambition que le rapport s'achève « *En conclusion, je dois insister auprès des conseillers de votre Majesté et du Parlement impérial, sur la nécessité d'un arrangement prompt et définitif de cette importante question, non seulement à raison de l'étendue et de la variété d'intérêts embrassant le bien-être et la sécurité de l'Empire britannique, que chaque heure de délai met en danger* » Lord Durham achèvera le rapport par ces derniers mots « *J'espère humblement que votre Majesté recevra favorablement [le rapport] et croira qu'il a été dicté par le sentiment le plus dévoué de loyauté et d'attachement envers la personne et le trône de votre Majesté, par le sentiment le plus fort du devoir public et par le désir le plus vif de perpétuer et raffermir la connexion entre cet empire et les colonies de l'Amérique Septentrional, qui formeraient alors l'un de plus brillants ornements de la Couronne impériale de votre Majesté* ».

<sup>9</sup> J. -J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., p. 51 à 55.

<sup>10</sup> G. MARTIN, « *Attacking the Durham Myth: Seventeen Years On* », *Revue d'études canadienne*, xxv, 1990, p. 39 à 59.

<sup>11</sup> G. MARTIN, « *Le Rapport Durham et les origines du gouvernement responsable au Canada* », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 6, n°3, printemps 1998, p. 33 à 51 (notamment p. 37).

française<sup>12</sup>. Il s'agit de renverser le rapport de force en renforçant très largement la présence anglaise dans les colonies de l'Amérique septentrionale, d'angliciser la province pour maintenir le lien impérial ; ainsi, l'autonomie locale est un moyen au service d'une fin, au même titre que la réunion des provinces.

Le contexte historique et politique qui entoure l'enquête de George Lambton et la rédaction du Rapport ne peuvent être distingués. Par ailleurs, la personnalité de Lord Durham est également un élément central. Frederick Bradshaw souligne que la personnalité de ce dernier n'emportait pas l'unanimité en Angleterre. John Russell était son seul véritable allié. Le Premier ministre et Lord Melbourne, alors en charge des colonies, n'ont pas hésité à appuyer ce choix pour mener l'enquête dans les Canadas. Envoyé par deux fois en Russie, celui-ci revint rapidement en Angleterre avant d'être envoyé au Canada pour apporter une réponse aux révoltes canadiennes et rétablir l'ordre.

L'enquête de Radical Jack s'inscrit dans le prolongement du rapport de 1828<sup>13</sup> sur les remontrances du Bas Canada. La mission de John Lambton doit servir de clé au gouvernement pour tenter d'obtenir le soutien d'un parlement divisé. En effet, il est intéressant de souligner que les débats de l'époque ne tiennent qu'indirectement compte de la situation de tension, notamment dans le Haut Canada<sup>14</sup>. Ainsi, l'adoption de la loi de suspension de l'Acte constitutionnel de 1791<sup>15</sup> sera une étape préalable à la mission de Lord Durham.

Les instructions remises à Durham furent en réalité adressées à ce dernier avant l'adoption de la loi de suspension, alors même qu'il était déjà en route pour la colonie.

---

<sup>12</sup> Lambton J. G. (Comte de Durham), *Reports on the Affairs of British North America*, Toronto, R. Stanton, 1839, p. 95.

<sup>13</sup> A. G. DOUGHTY, N. STORY, *Documents relating to the constitutional history of Canada, 1819-1828*, J. O. PATTENAUDE, 1935, p. 466 à 477.

<sup>14</sup> « *La lecture du débat est ennuyeuse. Il révèle l'absence de toute appréhension de l'enjeu en débat. Les hommes évoquent avec désinvolture d'une inévitable séparation avec la Mère patrie ou proposent des projets irréalistes de fédération ou d'union des provinces de l'Amérique du Nord Britanniques. Le fait que les résidents dans les colonies puissent avoir une opinion sur la situation semble totalement étranger aux orateurs. L'ignorance des troubles qui frappent le Haut Canada ne trouve d'équivalent que dans la perversité de l'approche avec laquelle tant les ministres, que l'opposition abordent la situation du Bas Canada* », F. BRADSHAW, *Self-government in Canada, and how it was Achieved: The Story of Lord Durham's Report*, P.S King & Son, 1930, p. 65.

<sup>15</sup> Act to make temporary provision for the government of lower Canada, 31 Geo3 c31

Elles se caractérisent par leur manque de précision, un contraste par rapport aux autres instructions étudiées jusqu'ici. Lord Glenelg insiste sur les pouvoirs élargis d'administration dont dispose Lord Durham. Le ministre invite le futur gouverneur à constituer une convention de représentants des assemblées de chacun des Canadas<sup>16</sup>. Bon nombre de détracteurs de Durham n'ont pas hésité à dénoncer de façon appuyée le contenu des instructions rappelant les heures sombres d'un système autoritaire caractérisé par une concentration des pouvoirs<sup>17</sup> et la très large marge d'appréciation laissée au nouveau capitaine général et gouverneur en chef. L'enjeu du rapport est clair : « régler les questions importantes<sup>18</sup> qui existent dans les provinces du Haut et du Bas Canada s'agissant de la forme et du futur gouvernement desdites provinces<sup>19</sup> ». L'auteur souligne ainsi que « le règlement de ces questions était devenu une nécessité impérieuse au regard des événements, qui d'un côté avaient sérieusement mis en danger [la province du Haut-Canada] et de l'autre avaient suspendu le fonctionnement de la constitution en vigueur [dans la province du Bas-Canada]<sup>20</sup> ».

Le rapport reprend une analyse détaillée des maux qui usent les provinces des Canadas. Lord Durham aborde sa mission tel un médecin devant identifier une maladie et y apporter un remède sans avoir recours à l'amputation du membre malade : « [...] Les maux que j'avais à guérir sont des maux qu'aucune société civilisée ne peut longtemps endurer. Il n'y a aucune classe ou section des sujets de Votre Majesté dans aucun des Canadas qui ne souffre du désordre existant et du doute qui plane quant à la forme et la politique du futur gouvernement [de la métropole]. Tant que subsistera la présente situation, les habitants de ces Provinces n'auront aucune sécurité pour leur personne ou leurs biens, aucun bénéfice de ce qu'il est possible ou aucune incitation à développer des industries. Le développement de ces vastes territoires et l'exploitation de leurs ressources sont à l'arrêt et la population qui devrait être attirées pour les peupler et les faire fructifier est dirigée vers des Etats étrangers<sup>21</sup> ».

---

<sup>16</sup> A. G. DOUGHTY, *Report of the Public Archives*, 1923, p. 20 et 21.

<sup>17</sup> Rapport Durham, p. 47.

<sup>18</sup> La commission remise à Lord Durham, reprise dans les premières lignes du rapport utilise le terme « *adjustment* ».

<sup>19</sup> Rapport Durham, p. 3.

<sup>20</sup> Rapport Durham, loc. cit.

<sup>21</sup> Rapport Durham, loc. cit.

Le rapport est une œuvre idéologique de l'histoire constitutionnelle du Canada et du Québec, d'une part, mais également de l'Empire britannique, d'autre part. Ce document revêt, d'un point de vue institutionnel, une importance centrale soulignée par Jean-Jacques Chevallier comme le guide de la colonisation<sup>22</sup>. D'un point de vue idéologique, historique et culturel, le Rapport est un élément central dans l'histoire politique du Canada et du Québec, comme en témoigne les nombreuses traductions du document, un fait surprenant pour un document parlementaire de cette nature<sup>23</sup>. L'œuvre de traduction du rapport est sous-tendue par des maximes idéologiques. Ainsi, Durham dressera le constat bien connu d'une double querelle<sup>24</sup> à la fois institutionnelle : « *La querelle qu'on m'envoyait régler était une querelle entre le gouvernement exécutif et la branche populaire de la législature. Cette dernière avait, en apparence, lutté pour les droits populaires et le gouvernement libre. Le gouvernement exécutif avait défendu la prérogative de la Couronne et les institutions, qui en conformité avec les principes de la constitution britannique avaient été établies comme des contrepoids à l'exercice sans frein du pouvoir populaire... La source primitive et constante du mal devrait se trouver dans les vices des institutions politiques des provinces ; qu'une réforme de la constitution, ou peut-être seulement une pratique plus saine dans l'administration du gouvernement, feraient disparaître toutes les causes de la dispute et des plaintes* »

Et d'identité : « *Je m'attendais à trouver une contestation entre un gouvernement et un peuple : je trouvai deux nations se faisant la guerre au sein d'un même état. Je trouvais une lutte non de principes mais de races et je m'aperçus que ce serait en vain qu'on essaierait une amélioration dans les lois ou les institutions, avant d'avoir réussi à mettre fin à la haine mortelle qui divise pour l'instant les habitants du Bas-Canada, une division hostile des Français et des Anglais* ».

---

<sup>22</sup> J. – J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit, p. 49.

<sup>23</sup> G. MARTIN, « Le Rapport Durham et les origines du gouvernement responsable au Canada », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 6, n°3, 1998, p. 33 à 51.

<sup>24</sup> « *les mécontents politiques auxquels le système vicieux du gouvernement n'a donné que trop de cause ont pendant longtemps caché et modifié l'influence de la querelle nationale* ».

Il s'agit de « *rétablir dans le pouvoir constitutionnel une balance qui pourrait assurer le fonctionnement libre et paisible de la machine du gouvernement* ».

John George Lambton ne proposera pas l'adoption d'un système de gouvernement responsable, mais défend davantage l'autonomie locale. Le terme de *responsible government* n'est jamais utilisé dans le rapport, on préfère celui de *self-government*. Cette distinction est essentielle à saisir car elle pose le nœud institutionnel en question. En effet, l'autonomie locale suppose une présence active du représentant de la métropole alors que la forme la plus pure de gouvernement responsable suppose le passage du chef de l'Etat à un pouvoir neutre. Il s'agit en réalité d'acter la naissance d'un pouvoir neutre, celui du chef de l'Etat ou, dans le cas qui nous intéresse ici, du chef de l'exécutif. Cette neutralité ne sera consacrée pleinement qu'à compter de 1931, quand bien même elle tend à s'enraciner comme une nouvelle modalité de lecture institutionnelle à partir de 1848. Les deux grandes directions du rapport son bien connues dans l'histoire coloniale. Il s'agit de réunir les deux provinces canadiennes<sup>25</sup> afin de faciliter l'administration de la colonie et de parachever le projet d'anglicisation du territoire.

Par ailleurs et le rapport est notamment connu pour ce point, le grand réformateur proposera une définition formelle de l'autonomie locale en posant une distinction entre les matières relevant d'un intérêt local, ainsi devant être ainsi administrées par la colonie et les matières relevant d'un intérêt impérial devant être administrées par la métropole.

La réception du rapport est plus que nuancée. En effet, dans la métropole, les critiques sont nombreuses<sup>26</sup> et les éléments centraux du rapport ne seront pas réellement transposés en droit positif. Au Canada, les remarques acerbes du grand réformateur à l'encontre des Canadiens – les habitants français<sup>27</sup> – ne manquent pas de produire un

---

<sup>25</sup> Rapport Durham, p. 139.

<sup>26</sup> G. MARTIN, « Le Rapport Durham et les origines du gouvernement responsable au Canada », art. cit.

<sup>27</sup> « Les institutions de France, pendant la colonisation du Canada, étaient peut-être plus que celle d'aucune autre nation européenne, propres à réprimer l'intelligence et la liberté dans la grande masse du peuple. Ces institutions suivent le colon canadien à travers l'Atlantique. Le même despotisme central, mal organisé, stationnaire et répressif s'étend sur lui. Non

choc qui sera à l'origine de nombreuses œuvres critiques en réponse<sup>28</sup>. En effet, la teneur du rapport assumant une part de paternalisme impérial non dénué de suffisance et de condescendance ne manque pas d'attiser les tensions et d'entretenir l'amertume des nouveaux sujets britanniques, notamment devant le projet d'anglicisation.

L'histoire n'est pas exempte d'ironie puisque le 9 octobre 1838, Lord Durham démissionnera. Ce départ regretté<sup>29</sup> par la colonie fut provoqué par la décision de Londres de renverser la décision d'exiler les responsables de la rébellion dans les Bermudes<sup>30</sup> et par des critiques qui commençaient à se faire entendre au sein du Parlement de Westminster. Enfin, des voix s'élevaient depuis la métropole considérant que Durham avait outrepassé les instructions qui lui avaient été remises<sup>31</sup>. Ce n'est que bien plus tard que le rapport connaîtra le succès que l'on lui connaît. Ce succès sera d'ailleurs posthume puisque Lord John George Lambton s'éteindra sans avoir assisté à la mise en œuvre de son rapport ou à l'adoption de l'Acte d'union qui n'entrera en vigueur que le 10 février 1841.

S'agissant des recommandations du rapport, il est difficile de savoir si ce dernier a eu de réels effets sur la politique coloniale d'un point de vue pratique. En effet, la proposition de réunion des deux provinces canadiennes était déjà à l'étude en 1822<sup>32</sup>, pour être finalement mise de côté. S'agissant des recommandations en matière institutionnelle, l'intérêt du rapport est plus ambigu. Comme nous avons tenté de le démontrer, Lord Durham a rejeté le gouvernement parlementaire comme une forme inappropriée compte tenu de son objectif premier, le maintien de l'Empire et des liens entre les colonies et la métropole. Ainsi, admettre une neutralité absolue du représentant de la Couronne d'une part et la pleine maîtrise des affaires politiques par

---

seulement on ne lui donna aucune voix dans le gouvernement de la province, ou dans le choix de ses gouvernants ». Rapport Durham P.14 et 15.

<sup>28</sup> Notamment par Bédar

<sup>29</sup> Bradshaw rapporte les unes de *the Quebec et Montreal Gazettes* à l'approche du départ de Lord Durham soulignant un profond désarroi et une défiance vis à vis de la métropole et des critiques formulées à l'encontre de « l'ami du Canada ». La population anglaise particulièrement a assimilé le rejet de la décision de Durham comme un acte de trahison de la part d'un maître lointain bien étranger aux préoccupations locales, Bradshaw p. 195-196.

<sup>30</sup> Cette décision fut motivée dans le but d'un apaisement de Londres devant une procédure pour le moins irrégulière conduite par John Lambton, Rapport Durham, p. 183.

<sup>31</sup> *Hansard*, House of Commons, vol. XLIV, 9 juillet 1838, col. 32.

<sup>32</sup> Rapport Durham, p. 143.

le gouvernement colonial d'autre part est impensable. C'est là que la proposition de Durham d'admettre un monarque qui régnerait et gouvernerait en fonction des sujets ou des domaines considérés prend tout son sens.

Au-delà des critiques académiques qui ont pu être portées sur cette entreprise de codification, le gouvernement rejeta cette proposition considérée comme impraticable. Le secrétaire parlementaire adjoint de Lord Melbourne Benjamin souligne dans un mémorandum du 5 janvier 1850 l'inutilité d'une telle distinction : *« Sur la question de reconnaître l'autonomie aux colonies tout en confirmant leur allégeance à la Couronne : la proposition d'octroyer une telle mesure mettrait fin à tout contrôle ou à toute autorité de la Couronne, à l'exception du maintien d'un lien d'allégeance illusoire, ne mérite pas que l'on s'y attarde. Cela revient à l'abandon de nos colonies. Il est nécessaire et opportun de considérer l'indépendance à de nombreuses de nos colonies. Il peut apparaître judicieux de reconnaître l'indépendance. En effet, certaines situations peuvent justifier une telle décision de la Couronne. Toutefois, cette décision ponctuelle guidée par la nécessité et la justice ne doit pas devenir un principe général de politique coloniale. Cela revient à confondre une situation exceptionnelle avec une conduite générale. Cela est souvent l'erreur singulière commise par des esprits fragiles, mal informés et trop enthousiastes. Ce raisonnement conduit à une autre objection. Il suppose qu'une distinction entre les lois impériales et coloniales peut être posée. Il suppose également qu'une distinction peut être opérée sur la conduite des relations extérieures qui est du ressort impérial. Cela est impraticable. [...] Je considère qu'une distinction entre les lois impériales et coloniales ne peut être dressée. Si toutefois, une telle organisation venait à être adoptée il serait nécessaire de mettre place un contrôle juridictionnel afin d'arbitrer les conflits qui verraient le jour. Je n'entre pas dans les conséquences pratiques qu'entraînerait de tels conflits entre gouvernements impérial et colonial, bien connu de ceux rompus à la conduite des affaires du gouvernement<sup>33</sup> ».*

---

<sup>33</sup> Mémorandum confidentiel de Benjamin Hawes, 5 janvier 1850, archives nationales, Gouvernement britannique, CO 885/1/8, p. 5.

La prudence et le pragmatisme de Melbourne l'emporteront sur la proposition de Lord Durham. En effet, le rejet de Melbourne est motivé par l'importance de maintenir un besoin de flexibilité au service des intérêts de la métropole. Le risque identifié par Lord Melbourne est concret et réaliste. Si la distinction entre les matières d'intérêts impérial et local venait à être codifiée, toute entorse ou tout conflit né de la distinction entraînerait nécessairement un contentieux et une jurisprudence à laquelle le gouvernement serait contraint de se soumettre ou de requérir du Parlement impérial l'adoption d'une loi faisant office de lit de justice et susceptible de limiter ou de rendre nuls les effets de la jurisprudence en cause.

En définitive, le flou et l'indétermination apparaissent comme des dimensions essentielles du droit constitutionnel. Sans pour autant retirer tout mérite au rapport Durham, ce dernier aura exercé une influence sur le besoin de définition. En effet, sans modifier formellement les rapports entre les colonies et la métropole, les réflexions de Lord John George Lambton ont, dans une certaine mesure, forcé le gouvernement de la métropole à poser des définitions et énoncer des grandes orientations, dans les grands axes sur la conduite des affaires coloniales.

La logique parlementaire sera intégrée par le biais des instructions remises aux représentants de la métropole. A ce moment de l'histoire, cette logique se conçoit comme la « *fonction élective* », à savoir choisir les membres du gouvernement provincial parmi les membres de l'assemblée. Par ailleurs, une certaine neutralité du représentant de la Couronne apparaîtra progressivement.

Ce n'est ainsi que par le biais d'une redéfinition de la grille de lecture institutionnelle que la norme constitutionnelle va évoluer et s'orienter vers un système plus ouvert. Il s'agit d'un changement de paradigme à l'œuvre pour consacrer une nouvelle étape de l'évolution des constitutions. Tout va se passer comme si la lettre constitutionnelle était conçue indépendamment de l'interprétation qui y sera attachée. Nous verrons d'ailleurs, pour illustrer ce point, que l'ancrage des mécanismes parlementaires au Canada va apparaître dans les instructions de 1839, sans que l'Acte

d'union de 1840 ne les mentionne<sup>34</sup>. Cette nouvelle lecture représentera, avant la Conférence de 1926, une nouvelle étape vers la redéfinition de la fonction et de la place des gouverneurs et gouverneurs-généraux.

Ainsi, on distinguera deux conceptions distinctes à l'appui d'une même démarche. Le cas du Canada et de la Nouvelle-Zélande seront étudiés d'abord avant de s'attarder sur l'Australie. Cette distinction se justifie au regard de l'évolution institutionnelle à l'œuvre. Alors que le Canada et la Nouvelle-Zélande choisissent d'enraciner le système de gouvernement parlementaire dans l'esprit et dans les modalités d'application du droit constitutionnel, les colons australiens préférèrent en formaliser discrètement certains éléments. Cette différence est le fruit des revendications locales. Les colons canadiens et néozélandais ne réclamaient pas de nouvelles constitutions, par opposition aux australiens qui souhaitaient se voir honorer de la plume.

D'une manière plus large, cette appréhension de la rédaction constitutionnelle se ressentira tout au long de l'histoire de ces différents systèmes<sup>35</sup>. En effet, alors que les Etats australiens ou la Nouvelle-Zélande adopteront de nouvelles lois portant constitutions, des lois de consolidations, le Canada ou le *Commonwealth* australien n'adopteront qu'une seule constitution toujours en vigueur – n'ayant d'ailleurs pas fait l'objet de nombreuses révisions.

## **Sous-section 2 – Le développement du gouvernement responsable au Canada et en Nouvelle-Zélande**

L'évolution vers le gouvernement parlementaire invoqué par Lord Durham dans son rapport, ou encore par Jeremy Bentham, n'apparaît pas dans les lois canadiennes

---

<sup>34</sup> Rappelons également que les instructions adressées aux représentants de la Couronne dans les Provinces maritimes prévoyaient déjà une telle lecture. Il s'agit ainsi, également d'uniformiser la pratique constitutionnelle.

<sup>35</sup> Cet élément sera notamment développé en introduction de la deuxième partie.

ou néozélandaise. Ce rejet des mécanismes formels du gouvernement parlementaire s'explique par deux raisons évidentes et compréhensibles. D'une part, la dynamique de formalisation constitutionnelle qui apparaîtra, notamment<sup>36</sup>, durant le XX<sup>ème</sup> siècle n'est pas encore à l'œuvre à cette époque. Tout en étant pleinement conscient des contours constitutionnels de l'ensemble de ces mécanismes, il n'est pas question pour l'heure de les formaliser Angleterre. En effet, le pragmatisme britannique laisse entrevoir l'inutilité de complexifier le fonctionnement institutionnel alors que celui-ci est compris, assimilé et partagé par chacun des acteurs. D'autre part, le rejet de cette part d'autonomie, symbolisé par le gouvernement parlementaire, trouve une autre justification dans les propos de Lord Russell qui affirmait sans le moindre doute l'impossible assimilation des gouvernements des colonies avec le gouvernement britannique. Cette situation se comprend d'abord par l'impossible assimilation de la position des représentants de la Couronne avec le monarque britannique et ensuite par l'impossible assimilation des gouvernements locaux avec le gouvernement de la métropole<sup>37</sup>.

Ainsi, ce rejet formel du régime parlementaire sera contourné par le glissement matériel vers le système parlementaire. Les lois canadiennes de 1840 ou néozélandaise de 1852 ne donneront aucun indice de gouvernement parlementaire qui sera consacré dans la lecture qui sera attaché aux textes.

A compter de la révolte du Québec et du rapport Durham, le Canada va entamer sa marche vers l'autonomie locale de gouvernement. Cette idée a été plusieurs fois évoquée, les revendications pour une autonomie dans l'administration des affaires domestiques des colonies ne sont pas nouvelles. Celle-ci s'est construite et enracinée dans les esprits sur fond d'héritage institutionnel, sur le fondement d'un droit inaliénable des sujets de la Couronne britannique qu'ils soient anciens ou nouveaux d'exercer un contrôle sur les décisions de l'exécutif colonial, aussi responsable soit-il devant la métropole.

---

<sup>36</sup> Une remarque toutefois, rappelons que les lois portant constitution dans les colonies australiennes après 1850 offriront un exemple de première expérience minimaliste de codification de la responsabilité politique.

<sup>37</sup> J. -J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., p. 54 notamment. Voir également développement *supra*.

Tout l'objet de la présente sous-section est de présenter l'évolution de la situation politique dans les anciennes provinces des Canadas d'une part mais également dans le reste des provinces maritimes et dans le territoire de Terre Neuve. Cette évolution se fera en marge de toute formalisation juridique mais pas en marge de tout formalisme. En effet, les échanges que les gouverneurs dans les provinces entretiennent avec la métropole se révèlent, durant cette période, d'une importance déterminante dans l'histoire institutionnelle du Canada, au même titre d'ailleurs qu'en Nouvelle-Zélande<sup>38</sup>. Les outils juridiques de l'époque, qu'il s'agisse de législations primaires (loi du Parlement impérial) ou secondaires (instructions et commissions royales remises aux gouverneurs) ne rendront jamais pleinement compte des évolutions à l'œuvre. Cette distance, cet écart entre les outils juridiques formels et le droit constitutionnel matériellement mis en œuvre, contribuera à entretenir une situation intenable pour les représentants de la métropole, enserrés entre le marteau de la révocation impériale et l'enclume d'un territoire ingouvernable.

#### A – Le Canada, exemple d'une redéfinition des règles du jeu institutionnel

La décennie entre 1838 et 1848 symbolise pour le Canada d'une part, mais également pour les autres épigones d'autre part, une période charnière de définition des rapports de gouvernement. Ce n'est qu'au prix d'une redéfinition des règles du jeu institutionnel que la situation changera. L'idée de redéfinition ne rend pas compte de la dynamique de la période. Il s'agit davantage de reconnaître un accord entre toutes les parties concernées, une uniformisation de la lecture des rapports constitutionnels en marge de toute formalisation légale. Ce nouveau paradigme sera toutefois, nous le verrons, consigné par voie informelle et intégré par chacun des maillages, des rouages de cet ensemble complexe défini comme la constitution.

---

<sup>38</sup> Moins déterminante dans les colonies australiennes toutefois. Ce glissement était, notamment, bien que très légèrement, permis par la loi.

Ce paragraphe s'attarde sur les incidences de la réception du rapport Durham et sa mise en œuvre. Le conflit institutionnel dans la province du Canada nouvellement réuni contrastera avec le relatif calme dans les provinces maritimes.

L'une des distinctions essentielles réside dans le cadre institutionnel à l'œuvre. En effet, alors que le glissement vers le gouvernement responsable s'opérera dans les bornes fixées par les lettres patentes pour les provinces maritimes, cette évolution s'opérera pour les anciennes provinces du Canada dans le cadre de la loi constitutionnelle de 1840. Cette différence de cadre montre le caractère relatif, secondaire, du recours au droit constitutionnel formel pour opérer un changement de direction constitutionnel.

Dans une lettre adressée par Lord Russell à Charles Poulett Thomson, avant son arrivée au Canada, en date du 7 septembre 1839<sup>39</sup>, l'auteur souligne « *Les informations que j'ai reçu du Haut Canada rendent très probable que l'on vous demande des éclaircissements sur la position des ministres de la Couronne s'agissant d'un élément sur lequel le projet de loi [Acte d'union de 1840] est nécessairement silencieux. Je fais allusion à la nature et à l'étendue du contrôle que la législature réunie sera appelée à exercer sur la conduite du gouvernement exécutif et le maintien en fonction de certains de ses membres principaux. Toutefois, il est évidemment impossible de réduire ce principe de nature constitutionnelle à une formulation législative<sup>40</sup>. L'importance de maintenir la plus grande harmonie entre la politique de la législature et du gouvernement exécutif ne peut souffrir aucune remise en cause. A cette fin, il vous incombera de faire de votre mieux d'appeler à siéger au sein de votre conseil et à servir dans l'administration des personnalités, qui par leurs qualités et leur situation disposent de la confiance et de l'estime des habitants de la province* ».

Cette référence pose une définition de la responsabilité des ministres, sans la nommer en soulignant bien la difficulté que représente une formalisation précise de la

---

<sup>39</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 416 à 421.

<sup>40</sup> « Toutefois, il est évidemment impossible de réduire un principe constitutionnel de cette nature à une acte normatif formel », W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 417.

règle. Il s'agit de conserver la flexibilité de la règle, de ne pas trop en dire, tout en s'assurant que la règle est clairement posée. Dans les deux cas, ce sont les instructions adressées aux gouverneurs qui consacreront cette évolution. On se trouve alors dans une période intermédiaire au cours de laquelle les gouverneurs sont toujours responsables devant le gouvernement de la métropole.

Cette mise en contexte permettra d'appréhender les étapes qui se succéderont au Canada et qui bénéficieront à la Nouvelle-Zélande et à l'Australie.

### *1 – Les revendications dans les provinces du Canada*

Dans le Haut Canada, les revendications pour une autonomie locale sont incarnées notamment par les prises de parole de William Lyon Mackenzie. Ce dernier condamne en 1829 le contrôle financier opéré par l'exécutif local ou encore le poids de l'Eglise anglicane dans le fonctionnement de la province. A partir de 1830, les revendications de ce dernier se feront plus politiques, plus institutionnelles, car en effet, en prolongeant de façon plus précise les idées de Baldwin, il réclamera la mise en place d'une administration ou d'un gouvernement exécutif responsable de sa propre conduite vis-à-vis de la province.

Au-delà d'une volonté assumée de prendre en mains leur destin politique et institutionnelle de façon concrète, les populations du Canada souhaitent – c'est un sentiment partagé aussi bien par les habitants des deux Canadas que par ceux des territoires maritimes – mettre fin à un système d'oligarchie et de concentration des postes gouvernementaux entre les mains d'une minorité dirigeante. Ce phénomène identifié<sup>41</sup> comme le pacte de famille<sup>42</sup> – *Family compact* – dans le Haut Canada – gangrène en réalité tout le Canada.

---

<sup>41</sup> Durham dans son rapport identifie d'ailleurs le phénomène. W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 154.  
<sup>42</sup> Il s'agissait d'un groupe de familles conservatrices qui militait activement pour le maintien de l'influence impériale dans la conduite des affaires de la colonie.

Joseph Howe souligne assez habilement l'échec de ce système dans quatre lettres bien connues au Canada qui serviront de lettres d'intention du Canada mais qui permettront également d'élargir les perspectives de la métropole<sup>43</sup>. Dans une lettre du 13 juillet 1836 adressée à Glenelg, Robert Baldwin – qui n'est pas encore chef du gouvernement du Canada réuni – offre une analyse institutionnelle qui reprendra les revendications de son époque : « [...] *Si la mère patrie désire conserver un lien avec la colonie, elle ne pourra le faire que par la force ou avec consentement du peuple du Haut-Canada. Je tiens pour acquis que la Grande Bretagne ne souhaite pas conduire un gouvernement à la pointe de l'épée et qu'elle souhaite, tant que faire se peut, gouverner avec le concours du peuple. Aux fins de maintenir le lien sur ces fondements il est absolument nécessaire : – premièrement que les mécanismes politiques du gouvernement de la province devraient fonctionner harmonieusement par eux-mêmes, sans collisions entre eux.*

*Deuxièmement, le gouvernement devrait fonctionner de telle sorte que le peuple ait le sentiment qu'il exerce sur celui-ci une influence suffisamment importante pour assurer son attention, non seulement sur le respect de ses droits abstraits mais également sur ses ressentis et ses remontrances, sans tenir compte de ces éléments aucun peuple ne peut être gouverné de façon satisfaisante ou harmonieuse. [...] Dès l'année 1820, une opposition respectable et redoutable tant vis à vis de son talent que de son nombre existait déjà. Certains de ses membres influents ont fait connaître leur volonté d'exprimer leur confiance dans l'exécutif de la Province. Ces derniers ont fait du principe ainsi affirmé une conviction politique et le considèrent comme nécessaire à la constitution de la province comme il l'est à celle de la Mère patrie. [...] Placer le Conseil exécutif dans la situation d'un cabinet de la province, occupant la même position concernant le représentant du Roi et le Parlement de la province, semblable à la place qu'occupe le Cabinet impérial du Roi vis à vis du Roi et du Parlement de l'Empire. Il s'agirait d'appliquer à ce cabinet de la province, tout en respectant sa désignation et son maintien au pouvoir, les mêmes principes que ceux suivis par Sa Majesté concernant le Cabinet impérial dans ce pays.*

---

<sup>43</sup> Quatre lettres datées du 18 septembre 1839, adressées à John RUSSEL et reproduites sur le site de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Ecosse <https://nslegislature.ca>

[...] *Je trouve inopportun de faire du Conseil législatif une chambre élue, entre autres raisons parce que je considère que les institutions de toute colonie devraient se rapprocher tant que possible des institutions de la Mère patrie. La Chambre haute du Parlement impérial n'étant pas élue, la chambre haute du parlement de la province ne devrait pas être élue sauf en raison d'une absolue nécessité. [...] Nous prions Sa seigneurie d'abandonner le projet de faire du Conseil législatif un organe élu tant que la constitution tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'une application pleine et juste se fonde sur les principes qui se sont prouvés si bénéfique et nécessaire au fonctionnement harmonieux de la Constitution de la Mère patrie.*

[...] *La méfiance qui existe à l'égard du gouvernement exécutif<sup>44</sup> demeure. Les concessions octroyées n'ont pas permis de changer le grand malheur présent aux yeux du peuple lorsqu'il s'agit de comparer la conduite des affaires de l'Etat par le Roi et le Gouvernement impérial d'une part et celle de son représentant et du Gouvernement provincial d'autre part. La population observe que le Roi prend soin de consulter le vœu de son peuple et s'assure de ne jamais maintenir en son conseil des membres qui ne disposent pas de la confiance de ses représentants. Au contraire, la population observe, s'agissant de son propre gouvernement, que le représentant du roi est entouré de personnalités qui suscitent, à tort ou à raison jalousie et méfiance. Le peuple s'interroge naturellement sur le point de connaître la raison pour laquelle ses représentants ne jouissent pas de la même considération de la part du représentant du roi que le roi n'en accorde aux représentants de leurs compatriotes. [...] On ne peut ainsi balayer de la main ce qui apparaît comme un principe anglais.*

*J'en arrive à la quatrième solution qui consiste simplement à ce que le gouvernement de la province, en ce qui concerne les affaires intérieures de la province, soit dirigé par le lieutenant-gouverneur (représentant de l'autorité supérieure de la mère-patrie), avec l'assistance et l'avis du Conseil exécutif composé, faisant office de gouvernement de la province<sup>45</sup> d'hommes disposant de la confiance publique, dont les opinions et les choix politiques seraient en harmonie avec les opinions et les choix politiques des représentants du peuple. Cette solution apparaît non seulement comme*

---

<sup>44</sup> *Provincial executive government* dans le texte.

<sup>45</sup> *Provincial Cabinet* dans le texte.

*une solution efficace, mais comme la seule solution efficace qui puisse être mise en œuvre pour mettre fins aux maux qui frappent la province.*

*[...] « La seule question qui mérite notre attention est de savoir si il est ou non opportun de faire application d'un tel principe. A cette fin il est essentiel de rappeler que dans la Charte rien ne s'oppose à son application. [...] Le principe dans son application pratique repose simplement sur l'usage de la prérogative royale. [...] L'octroi de ce principe n'appelle aucune intervention législative, il n'entraîne le sacrifice d'aucun principe constitutionnel, il n'entraîne aucun affaiblissement de la prérogative royale ou aucune diminution de l'autorité supérieure de la Mère patrie, il n'engendre aucun embarras pour le gouvernement de la métropole » [...].*

Etant par nature un principe anglais cela renforcerait l'attachement du peuple au lien avec la Mère patrie et ferait du gouvernement de la province la voix, l'opinion, plutôt que de s'y opposer, comme c'est le cas actuellement.

*« Permettez-moi de reformuler l'ensemble : il s'agit, d'une part, de permettre un fonctionnement harmonieux des branches du gouvernement de la province et d'autre part, au peuple d'avoir le sentiment qu'il exerce une influence suffisante sur son gouvernement [...] Un Conseil exécutif fondé sur ce principe exercera, en tant que conseil du lieutenant-gouverneur une influence déterminante sur la Chambre de l'Assemblée [...] et le Conseil législatif. Ces conseillers seront généralement issus de l'une des deux chambres du parlement [...] les mesures qu'ils présenteront, ayant été préalablement autorisées par le lieutenant-gouverneur, seront recommandées tant par l'influence de l'exécutif que par le soutien des personnes considérées par habitude et par principe comme des personnes de confiance par la population. [...] Un Conseil exécutif de la sorte assumera une obligation tant morale que politique de voir ses mesures couronnées de succès. Le lien permanent que ces derniers entretiendront avec le pays, de même que le sens du devoir et le souhait de rester au pouvoir assurera indubitablement leur effort d'assurer une harmonie et une gouvernance de qualité. Le peuple, quant à lui, réalisant que le représentant du Roi ne saurait maintenir en fonction des conseillers qui ont perdu sa confiance exercera avec davantage de*

*prudence son droit de vote et sera moins enclin à retirer son soutien à des élus en qui il l'avait précédemment placé.*

*L'application de ce principe placera entre les mains du peuple, une influence déterminante sur le Conseil exécutif, sans en faire un organe élu, susceptible de s'assurer qu'une attention particulière soit attachée à ses droits, ses ressentis et ses remontrances. En l'absence d'une telle attention de la part de ceux qui murmurent à l'oreille du Lieutenant-gouverneur, le peuple n'aura qu'à désigner un nouveau parlement et les personnes qui sont privées de ce soutien devront démissionner. Le lieutenant-gouverneur devra désigner de nouveaux conseillers qui disposent de la confiance des représentants du peuple [...] ».*

Robert Baldwin conclut sa lettre en rappelant les avantages indéniables qu'un tel changement institutionnel apporterait tant à la province du Canada qu'à la métropole, en préservant le gouvernement de la métropole de toute intervention directe et en ne réservant une telle intervention qu'en dernier recours. Il réclame également le rappel de Francis Head et son remplacement par une personnalité « *plus accoutumée au fonctionnement institutionnel d'un gouvernement représentatif libre* ».

Ce dernier insiste sur le fait que « *la préservation du lien avec la Mère patrie nécessite que le gouvernement de Sa Majesté prenne sans attendre la décision que les affaires domestiques de la province soient menées par le lieutenant-gouverneur avec le conseil et l'assistance du Conseil exécutif agissant comme Cabinet de la province. Par ailleurs le principe qui guide le fonctionnement du Cabinet du roi doit également guider la formation, le maintien en fonction et le renvoi du Cabinet de la province. Une telle décision du Gouvernement de la métropole doit être formalisée explicitement dans les instructions royales et adressée officiellement aux deux chambres du parlement de la province [...]* ».

Ces revendications précèdent le rapport Durham et s’inscrivent en réalité dans un mouvement global semblable à ce qui se déroule en Angleterre, dans une autre mesure, au moment de l’adoption du *Great Reform Act* de 1832.

Par ailleurs, de grands leaders Whigh comme Russell et Grey, selon des modalités différentes, considéraient que les demandes pour une autonomie locale étaient légitimes, que l’Angleterre n’avait rien à gagner à maintenir, à long terme, un contrôle sur les colonies qui irait au-delà de problématiques essentielles<sup>46</sup> comme la défense, la diplomatie, le foncier ou les révisions constitutionnelles.

L’enjeu de ces luttes politiques, de ces oppositions institutionnelles, est de forcer le système de gouvernement à se définir. Il s’agit d’une forme d’introspection constitutionnelle. Les institutions, les acteurs chargés de leur donner vie vont devoir opérer un travail de réflexion sur le fonctionnement, sur la dynamique interne des institutions. On assiste à une lutte des discours sur la Constitution qui se distingue des discours de la constitution<sup>47</sup>. On entendra par discours de la constitution, ce que le texte, ce que la constitution d’un point de vue formel tentera de définir – si tant est qu’un tel discours existe – et par discours sur la Constitution comme un ensemble d’énoncés qui dépassent la lettre et permettent de prendre la pleine mesure du sens de constitution au sens d’outil de gouvernement. Cette dernière idée rappelle l’analyse suivie par les cours suprêmes canadienne, australienne ou indienne.

## *2 – Charles Poulett Thomson, Lord Sydenham<sup>48</sup> entre continuité et rupture*

Arrivé le 19 octobre 1839, le mandat de l’ancien président du *Board of Trade* est simple : restaurer le calme dans la colonie et promouvoir le futur Acte d’union prêt à être adopté. Ce soutien au projet de la métropole sera pleinement apporté par six résolutions adoptées par le Conseil exécutif spécial du 13 novembre 1839<sup>49</sup>. Sans

---

<sup>46</sup> H. G. GREY, *The Colonial Policy of Lord John Russell’s Administration*, John Edward Taylor, 1853, p. 22

<sup>47</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government, the British Experience 1759-1856*, Macmillan Press, 1976, p 250

<sup>48</sup> Ce dernier obtiendra le titre de baron Sydenham de Sydenham et Toronto pour service rendu dans le cadre de l’entrée en vigueur de l’Acte d’Union.

<sup>49</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit, p. 426 ou W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 185.

concéder la moindre parcelle d'autonomie locale ou de gouvernement responsable, la mission est de gouverner en bonne intelligence<sup>50</sup> avec la population locale « *ne reposant sur aucune loi, aucune convention, mais simplement sur le bon sens*<sup>51</sup> ».

Le discours du nouveau gouverneur est extrêmement ambigu, en conformité avec les instructions de Lord Russell mentionnées. Les membres de l'Assemblée ne sont pas dupes car ils saisissent très vite l'occasion de demander des précisions sur les modalités exactes de gouvernement. Ainsi, dans son adresse en date du 13 décembre 1839, à 38 voix contre 3, l'Assemblée réclame que le gouverneur fasse état des instructions remises par la Métropole sur l'administration de la colonie : « *Plaise à Votre excellence, Nous, les loyaux et respectueux sujets de Sa Majesté réunis au sein de la [Chambre] des communes du Parlement du Haut Canada, demandons humblement que Votre Excellence ait le loisir d'informer cette assemblée si quelques communications ont été adressées par le Secrétaire de Sa Majesté en charge des colonies s'agissant de la mise en œuvre du gouvernement responsable tel que recommandé par le Rapport Durham ou suggéré d'une autre manière. Par ailleurs, de nous informer si une quelconque missive a été adressée de nature à connaître l'avis du gouvernement de Sa Majesté sur ce sujet. Nous serons reconnaissant à votre Excellence de nous communiquer les copies de ces documents pour en informer la Chambre*<sup>52</sup> ».

Lord Sydenham adopte toujours le même argument, sur la question du gouvernement responsable : les réponses sont laconiques au mieux<sup>53</sup>. Son discours se

---

<sup>50</sup> Dans sa lettre du 14 octobre 1839, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 423. Russell se livre à une analyse détaillée des rapports de force en rappelant souvent que l'histoire britannique était le fruit d'une lente évolution et d'un compromis permanent.

« *Je vous ai mis en garde contre toute déclaration qui pourrait avoir de dangereuses et vous ai remis des instructions sur votre conduite à tenir en général. Toutefois, je n'ai pas défini de limite claire au-delà desquelles les pouvoirs du gouverneur et les privilèges de l'Assemblée ne peuvent s'étendre. Cela est le cas dans tout gouvernement mixte. Toute constitution politique dans laquelle différents organes partagent le pouvoir suprême repose sur l'indulgence des personnes titulaires du pouvoir. A cet égard, l'exemple de l'Angleterre peut être imité. Ainsi, si se souverain faisait usage de la prérogative dans son ensemble et la Chambre des communes faisant usage des cordons de la bourse pour mettre en œuvre toutes ses résolutions le pays serait plongé dans la confusion en moins de douze mois. Au même titre, dans une colonie, le gouverneur s'évertuerait à contrarier les propositions légitimes de l'Assemblée et l'Assemblée refuserait continuellement l'octroi de subsides. Cela entraîne une situation de défiance en politique, embarrasse le commerce et retarde la prospérité de la population. Chacun des organes doit exercer ses compétences avec une modération avisée. Le gouverneur ne doit s'opposer à la volonté que dans le cas relatif à l'honneur de la Couronne ou aux intérêts de l'Empire. L'Assemblée doit être prête à amender certaines de ses mesures en vue de maintenir l'harmonie et par respect à l'attachement de l'autorité de la Grande Bretagne* ».

<sup>51</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p.184.

<sup>52</sup> *Journal of the House of Assembly of Upper Canada*, session 1839-1840, Toronto, Hugh Scobie, 1840, p. 38.

<sup>53</sup> Dans sa réponse à l'Assemblée du Haut Canada du 14 janvier 1840 Lord Sydenham souligne : « *en réponse à l'adresse du 13 décembre visant à obtenir copies des communications entre le gouverneur et les ministres en charge des colonies, le*

contente de s'assurer du soutien de la population à la « *grande mesure*<sup>54</sup> » de réunion<sup>55</sup>. Comme nous l'évoquions, les ordres de Lord Russell sont clairs, et aucune concession n'est envisageable<sup>56</sup>. Cela ressort également de la communication privée de Lord Sydenham. Dans une lettre datée des 20 novembre et 8 décembre 1839 adressée à un ami, le gouverneur décrit que « *l'exaltation pour le gouvernement responsable est grande. Toutefois je doute que la population saisisse réellement les raisons de cette clameur et le sens qui se cache derrière cette notion. [...] Je n'accorde aucun crédit à cette clameur pour le gouvernement responsable lorsque je constate comment la province a été conduite*<sup>57</sup> ».

Le 12 décembre 1839<sup>58</sup>, il ajoute : « *Je ne suis pas le moins du monde inquiet des revendications pour le gouvernement responsable. J'ai d'ores et déjà fait le nécessaire pour y mettre un terme dans sa définition la plus insensée. Il s'agit de faire du conseil [exécutif] un organe responsable devant l'Assemblée et d'imposer au gouverneur qu'il soit tenu de se conformer à l'avis de ce dernier. Il apparaît que cette demande a été faite au nom du peuple plutôt que par le peuple lui-même. Je n'ai jamais rencontré âme qui vive qui revendique l'absurdité de placer le conseil [exécutif] au-dessus du gouverneur. Il est pourtant évident de reconnaître que chacun des gouverneurs successifs ont tout fait pour entretenir le sentiment de la population s'agissant de cette question. D'abord le conseil [exécutif] n'est composé que d'individus que l'Assemblée avait en horreur. Ensuite, le gouverneur a toujours pris le soin de s'assurer que ces décisions soient présentées à la population par le biais de la responsabilité du conseil exécutif. De cette façon le peuple a été entretenu dans le sentiment que le gouverneur*

---

*gouverneur regrette de pouvoir donner suite à cette requête. La communication de tels documents à la Chambre n'est pas dans ses attributions. Sa Majesté a ordonné au gouverneur-général de gouverner en accord avec les vœux et les intérêts du peuple et d'accorder à son ressenti, exprimé par ses représentants la considérant qu'ils méritent [...] »*, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 432.

<sup>54</sup> Expression utilisée par le Gouverneur Charles Bagot W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 463 et suivante.

<sup>55</sup> Pour un exemple message de Charles Poulett Thomson au Parlement du Haut Canada du 7 décembre 1839, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 428 à 430.

<sup>56</sup> Les grandes lignes du projet canadien restent inchangées. Cela ressort par exemple des critiques de la population francophone et du Bas Canada, soulignant le besoin de continuer la dynamique d'anglicisation.

Message de Poulett Thomson à Russell du 18 novembre 1839 ou message de février 1841 (p. 194) (W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., doc p. 424 – 425). Ou W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit., p. 192 et suivantes.

W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 427.

<sup>58</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 430.

*n'est personne, le conseil exécutif étant la véritable autorité et cela par la volonté du gouverneur [...]. Dans un système de gouvernement responsable il est évident que la responsabilité du gouverneur devant le gouvernement de la métropole s'efface. J'ai clairement fait état au peuple de mon impossibilité de me soustraire à ma responsabilité devant le gouvernement de la métropole. Ainsi je ne placerai aucune responsabilité sur les épaules du conseil [exécutif]. Il n'est qu'un conseil à la disposition du gouverneur, rien de plus. Je n'ai encore jamais rencontré d'individu issu d'un gouvernement qui ne soit pas responsable et qui n'était pas satisfait de cette doctrine. Seule cette conception du pouvoir fait sens. Le gouverneur est souverain ou ministre. S'il est souverain, il peut disposer de ministre mais il ne peut être responsable devant le gouvernement de la métropole, mettant fin à toute l'architecture coloniale. Il ne peut ainsi agir qu'en qualité de ministre auquel cas il ne peut pas être responsable devant la colonie ».*

Afin de mener à bien sa mission, il prend très vite les choses en main et exerce un contrôle en tout et sur tout, ce que son successeur critiquera d'ailleurs<sup>59</sup>. Ce dernier revendique ainsi un contrôle absolu sur les chambres de la province avant la réunion : « *Je dispose d'une large majorité à la chambre prête à me soutenir [...] Nous avons débattu des grands sujets : l'union, le gouvernement responsable [...] tout sujet source d'agitation a été abordé et les agitateurs ont échoué*<sup>60</sup> ».

La logique de gouvernement de Sydenham se résume à gouverner, lui-même, en harmonie, en bonne intelligence, avec le Conseil et l'Assemblée, mais aucunement en responsabilité. Il affine sa conception du gouvernement en précisant que les membres de son conseil exécutif doivent siéger au sein de l'Assemblée. Cette obligation qu'il impose à ses conseillers lui permettra d'exercer une influence déterminante, une prérogative de direction sur le gouvernement de la colonie, tout en étant en accord avec

---

<sup>59</sup> Bagot à Stanley 26 septembre 1842, cité dans W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 209.

<sup>60</sup> G. POULETT SCROPE, *Memoir of the Life of the Right Honourable Charles Lord Sydenham*, John Murray, 1843, p. 233.

la missive de Lord Russell du 18 octobre 1839 relative aux mandats au sein des gouvernements des colonies<sup>61</sup>.

Cette conception active de la part du chef de l'exécutif contraste avec la position de certains leaders politiques de l'époque, notamment Robert Baldwin qui, en 1841, salue la mise en œuvre du gouvernement responsable dans la colonie<sup>62</sup>. Baldwin, nommé au Conseil, démissionnera rapidement<sup>63</sup>, conscient du peu d'avancées réelles et de l'ambiguïté du discours du gouverneur. John Manning Ward et William Kennedy<sup>64</sup> rapportent l'épisode de la composition du cabinet permettant de mettre en lumière la différence de conception de la fonction gouvernementale entre ce dernier et Poulett Thomson. Robert Baldwin alors chef du Parti réformiste s'est permis d'indiquer les personnalités les mieux à même de siéger au sein du conseil, compte tenu de la composition de la chambre, respectant ainsi la logique de la fonction électorale dévolue à toute chambre élue dans un régime parlementaire. Il soutient notamment l'entrée de canadiens francophones au sein du conseil.

L'aversion de Lord Sydenham pour Robert Baldwin ressort dans la façon dont il décrit ses échanges avec ce dernier, comme « *une crise* », dépeignant une personnalité « *un infatigable*<sup>65</sup> ». Une fois la question du fonctionnement du gouvernement réglée, Lord Sydenham ne cache pas sa joie en soulignant « *J'ai gagné la victoire la plus complète. Je me suis débarrassé de Baldwin et j'ai mis fin à sa carrière d'homme public pour toujours. J'y suis parvenu sans qu'il parvienne à me priver d'aucun de mes soutiens [...] Je suis parvenu à mettre mon assemblée en bon ordre*<sup>66</sup> ». Après son

---

<sup>61</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government The British Experience 1759-1856*, op. cit., p. 253, cité dans un échange entre Sydenham et Lord Russell du 18 juillet 1841 (note 19).

<sup>62</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit, p. 188, l'auteur relève une déclaration de Robert Baldwin, un mois avant les premières élections législatives, faisant état de « sa conviction que le grand principe du gouvernement responsable que nous avons réclamé nous a enfin été concédé ».

<sup>63</sup> Dans une lettre à Lord John Russell du 12 juin 1841 Lord Sydenham fait état d'un stratagème qui devait conduire au renvoi de Baldwin, si ce dernier ne démissionnait pas de lui-même, Kpnut p. 140 à 144.

La lettre de Baldwin qui déclencha les événements ne faisait pas réellement état d'une volonté de démissionner.

<sup>64</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government The British Experience 1759-1856*, op. cit., p. 255-256.

W. P. M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit, p. 199 et suivantes.

<sup>65</sup> Lettre du 12 juin 1841 à Lord Russell, P. KNAPLUND, *Letters from Lord Sydenham, Governor-General of Canada, 1839-1841, to Lord John Russell*, G. Allen & Unwin, 1931, p. 140 à 144 (p. 141).

<sup>66</sup> Lettre du 27 juin 1841 à Lord Russell, P. KNAPLUND, *Letters from Lord Sydenham, Governor-General of Canada, 1839-1841, to Lord John Russell*, op. cit., p. 145 à 149. (145-146).

départ, ce dernier déposera une série de six résolutions plus mesurées que la conception du rôle du gouverneur qu'il défendait en 1836.

Lors de la séance de l'Assemblée législative du Canada du 3 septembre 1841<sup>67</sup>, le député Baldwin rappelle l'irresponsabilité du représentant de la Couronne devant la représentation de la province. Toutefois, il précise que le gouverneur doit, pour toute matière qui ne relève pas d'un intérêt impérial, suivre les recommandations de son conseil composé de membres disposant de la confiance des représentants de la population, insistant à cette occasion sur la responsabilité politique des membres du gouvernement devant le Parlement de la province. L'objet de ce dispositif est de s'assurer que l'avis qui est remis au représentant de la Couronne est toujours en accord avec les vues des représentants du peuple de la province. Cette formule peut être assimilée à l'adresse des 221 de la Chambre française des députés du 18 mars 1830. Afin de neutraliser la résolution de Baldwin, Sydenham missionnera Harisson pour déposer des amendements afin de vider de sa substance la résolution de Baldwin.

Cette volonté d'exercer le pouvoir sans véritablement s'appuyer sur le conseil exécutif se ressent par sa faculté de travail. En effet, dans ses mémoires, ce dernier fait état d'un travail qui ne connaît aucune interruption, aucun répit, tel un chef de parti politique toujours en campagne<sup>68</sup>. William Kennedy résume le gouvernorat de Sydenham par une équation relativement simple : « *Il exerçait les fonctions de gouverneur et de premier ministre [...] Il faisait mine de gouverner en accord avec la volonté des électeurs et il gagna progressivement le soutien des plus modérés à la chambre [...] L'union se portait bien mais 62 articles d'une loi impériale, ne sont jamais parvenus à sauver une province. La grande réussite de Sydenham aura été de reconnaître que ni la théorie, ni un fait constitutionnel ne marchent automatiquement. La rigidité de la constitution du XVIII<sup>ème</sup> siècle, d'une part et la flexibilité du*

---

<sup>67</sup> Les 6 résolutions et les amendements déposés par Samuel Bealey Harrison précisaient insistent sur le besoin de consultation et l'importance de l'irresponsabilité du représentant impérial. L'ensemble est traduit en annexe. W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution 1713 à 1929*, op. cit., p. 457-458.

<sup>68</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 201.

*gouvernement de cabinet d'autre part ne pouvaient aboutir au Canada [...] Il excellera à combiner l'autocratie à un régime populaire<sup>69</sup>».*

Impérialiste convaincu<sup>70</sup>, Charles Poulett Thomson se définit comme un libéral, un réformateur, convaincu d'agir pour le bien de la colonie<sup>71</sup> alors qu'il est en réalité un autocrate convaincu<sup>72</sup>. Il contribuera à restaurer le calme dans les Canadas et durant son gouvernorat, les partis politiques apparaîtront. Par exemple, Kennedy relève qu'à la logique du Pacte de Familles se substitueront sept partis politiques<sup>73</sup>.

En étudiant la conception de Lord Sydenham, il est saisissant de réaliser que ce dernier s'est grandement inspiré de la conception active de la fonction de gouverneur telle que définie dans le Rapport Durham. A ce titre, Poulett Thomson s'inscrit dans les pas de Lord John George Lambton<sup>74</sup>. Par ailleurs, l'œuvre et la mission de Lord Sydenham étaient par nature transitoires<sup>75</sup>.

Cette psychologie contraste avec celle de son successeur Charles Bagot qui, sous couvert d'autocratie, a consenti certaines évolutions institutionnelles.

### *3 – Charles Bagot, une avancée peu connue*

Charles Bagot<sup>76</sup> avait un héritage difficile à assumer. Il devait s'inscrire dans les pas de Lord Sydenham tout en traitant la population francophone avec davantage de respect et de considération que ce dernier qui cherchait clairement à exclure ses derniers de la vie politique. Ainsi les instructions qui lui sont adressées sont claires à

---

<sup>69</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 206.

<sup>70</sup> Dans sa lettre en réponse à Lord Russell au moment de l'entrée en vigueur de l'Acte d'Union, du 16 septembre 1840, p. 448. Ce dernier semble même très réservé l'idée d'organiser des élections libres. Kennedy évoquera même une sanction.

<sup>71</sup> Il indiquait à Lord Russell dans une lettre bilan les bienfaits de la politique coloniale en indiquant que la province c'était enfin dotée d'une constitution opérationnelle, que les questions relatives aux réserves du clergé ou au gouvernement responsable étaient enfin réglées. [...] Une assemblée réunie, en harmonie avec l'exécutif [...] La tranquillité publique retrouvée ». Lettre du 4 août 1841 à Lord Russell, P. KNAPLUND, *Letters from Lord Sydenham, Governor-General of Canada, 1839-1841, to Lord John Russell*, op. cit., p. 156 à 159.

<sup>72</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 200.

<sup>73</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 260 et suivantes.

<sup>74</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British Experience 1759-1856*, op., cit., p. 248.

<sup>75</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 207.

<sup>76</sup> Ancien ambassadeur britannique à Washington de dernier parlait couramment français.

ce sujet. Lord Stanley, nouveau ministre des Colonies, précise que l'exclusion des français n'est plus la marche la plus indiquée, sans pour autant appeler clairement à les faire entrer au gouvernement<sup>77</sup>.

Plus mesuré, Lord Bagot s'inscrit pourtant pleinement dans la doctrine de gouvernement de Lord Sydenham<sup>78</sup>, la déclaration de Lord Russell de 1839 et la proposition de Harrison en réponse à Robert Baldwin de 1841<sup>79</sup>. La logique de responsabilité parlementaire n'est pas clairement rejetée mais on la devine assez aisément : *« Il vous incombe, dans votre capacité législative, de consulter, tant que cela reste compatible avec les devoirs et la responsabilité envers les conseillers de votre souverain, les souhaits de la communauté [...] Il vous incombe d'être à l'écoute des plaintes et des déclarations de tous. Les seuls éléments qui attireront vos faveurs doivent être la loyauté à la Reine, l'attachement au lien avec l'Angleterre et l'exercice efficace et loyal de votre charge<sup>80</sup> »*. Ce n'est que conscient de la nécessité de faire évoluer cette doctrine, en observant l'évolution politique, que Lord Bagot parviendra à laisser une trace dans l'histoire constitutionnelle qui reste insuffisamment appréciée.

Lord Bagot se montre très critique vis-à-vis de la politique menée par son prédécesseur, notamment en ce qui concerne l'exclusion des francophones des décisions publiques ou le caractère très centralisé de l'exercice du pouvoir par ce dernier : *« Sydenham a engagé des fiançailles mais n'est pas allé au bout du mariage qui échoit à son successeur<sup>81</sup> [...] Lord Sydenham était en réalité à lui seul le gouvernement. Il décidait de tout et agissait seul. Il arriva parfois qu'il consultât son conseil, tout en suivant d'ordinaire sa propre opinion. Il réunissait rarement ses conseillers pour les consulter collectivement<sup>82</sup> »*.

---

<sup>77</sup> Instructions adressées par Lord Stanley à Bagot du 8 octobre 1841 W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 458 à 460 « Vous devez au plus tôt et le plus clairement une fois avoir rejoint la province faire savoir que vous ne ferez aucune distinction sur la base de l'origine ou la croyance religieuse ».

<sup>78</sup> Idée notamment confirmée par une lettre de Lord bagot à Lord Stanley du 12 juin 1842, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 463 à 464.

<sup>79</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 213.

<sup>80</sup> Instructions adressées par Lord Stanley à Bagot du 8 octobre 1841 W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 459.

<sup>81</sup> Seconde lettre De Lord Bagot à Lord Stanley du 26 septembre 1842, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 477-478.

<sup>82</sup> Première lettre De Lord Bagot à Lord Stanley du 26 septembre 1842, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 478 à 482.

En effet, durant son court gouvernement, du 12 janvier 1841 à 19 mai 1843, il sera l'artisan de la première réelle expérience de gouvernement responsable au Canada. Lord Charles Bagot devait composer avec un Robert Baldwin déterminé à revenir au Conseil et une partie francophone de plus en plus solide. Afin d'éviter une crise institutionnelle et une débâcle politique, ce dernier accepta, contraint et forcé, de faire entrer des francophones au conseil exécutif. Soucieux de maintenir l'union et de ne pas porter le poids de l'échec de la politique canadienne, il accorda à Louis-Hippolyte Lafontaine quatre sièges. Cette négociation acta également le retour de Robert Baldwin au pouvoir<sup>83</sup>. Par un malencontreux hasard de calendrier<sup>84</sup>, Bagot qui avait sollicité l'avis de la métropole n'obtint pas de réponse et décida d'agir de son propre chef ; il informa Lord Stanley du succès de la démarche le 26 septembre 1842<sup>85</sup>. En effet, ce nouveau gouvernement composite, qui représentait l'assemblée, fut conforté par un vote de confiance à une large majorité de 55 contre 5<sup>86</sup>. Cette investiture symbolise le « *soutien de la Chambre de l'Assemblée pour le gouvernement. La satisfaction de la volonté d'une large majorité de la population du Haut-Canada et des Britanniques du Bas-Canada. Les raisons du mécontentement des Canadiens français se sont envolées. Je les ai convaincus que l'union pouvait être dirigée à leur avantage et en vue de satisfaire leur bien-être, en conséquence leur réticence fut désarmée. J'ai exalté en eux un fort sentiment de gratitude vis-à-vis du gouvernement de la province. Si ma politique venait à être approuvée par le gouvernement de Sa Majesté, j'aurais mis fin à la cause principale de leur hostilité vis-à-vis des institutions britanniques et assurerais un attachement renforcé à la Couronne britannique*<sup>87</sup> ».

---

<sup>83</sup> Lettre de Charles Bagot à Lafontaine du 13 septembre 1842, W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 473-474. Cette lettre fait expressément référence à la volonté de Baldwin exprimée en 1841 de voir les décisions prises par le gouvernement soutenues par la représentation de la population.

<sup>84</sup> Lord Stanley était hors de la capitale durant l'été et ne jugea pas utile de revenir, J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 259.

<sup>85</sup> Lord Stanley fera état de la difficulté de la situation et de la violation des instructions qui étaient les siennes dans une lettre du 2 novembre 1842, W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 483 à 488.

<sup>86</sup> Première lettre De Lord Bagot à Lord Stanley du 26 septembre 1842, W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 476.

<sup>87</sup> *Loc. cit.*

Charles Bagot suivra même l'avis de son nouveau conseiller français La Fontaine sur la question de la composition du conseil exécutif. William Kennedy<sup>88</sup> et John Manning Ward<sup>89</sup> s'attardent sur les réactions à la conduite de Lord Bagot. Les Britanniques du Haut-Canada critiqueront un gouverneur fantoche, une marionnette qui aura livré la province aux français.

A l'inverse, Robert Baldwin devant la Chambre souligne que : « *le grand principe de la responsabilité est formellement et solennellement reconnu par le représentant de la couronne et scellé par l'approbation de l'assemblée. A compter de cette période a eu lieu une révolution effectuée sans effusion de sang mais non moins glorieuse*<sup>90</sup> ». Devant le fait accompli, confirmé par Lord Bagot dans son courrier du 28 octobre 1842, « *que la doctrine du gouvernement responsable soit ouvertement reconnue ou tacitement acceptée, elle existe virtuellement*<sup>91</sup> ».

A cette occasion, Lord Bagot est allé jusqu'à proposer son renvoi. Lord Stanley s'assura du soutien du cabinet de la métropole en expliquant bien l'embarras dans lequel elle se trouvait, dans l'impossibilité de soutenir pleinement cette conduite, mais dans la même impossibilité de la condamner<sup>92</sup>. Cet artisan discret et silencieux fut en réalité le père du gouvernement responsable au Canada, prouvant que l'évolution institutionnelle pouvait se produire dans le cadre constitutionnel ou à l'insu de ce dernier.

Cette avancée significative sera, toutefois, remise en cause par Charles Theophilus Metcalfe, le dernier monarque du Canada.

---

<sup>88</sup> W. P. M. KENNEDY, *The Canadian Constitution*, op. cit., p. 225.

<sup>89</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 260.

<sup>90</sup> Propos de Baldwin reproduit dans William Kennedy, W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution*, loc. cit.

<sup>91</sup> Lettre de Lord Bagot à Lord Stanley du 28 octobre 1842, citée dans Martin GED critique du rapport durham p. 68.

<sup>92</sup> Lettre de Lord Stanley à Bagot du 3 novembre 1842, W. P. M. KENNEDY, *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 486 à 489.

#### 4 – Lord Metcalfe, un système à l'épreuve de la régression

Le gouvernorat de Charles Metcalfe – du 30 mai 1843 au 26 novembre 1845 – prouve la résistance des acquis institutionnels, de même que la difficulté de concilier deux discours, celui de la métropole et celui de la province qui semblent irréconciliables.

Sir Metcalfe était, comme Lord Sydenham, profondément attaché à l'Empire britannique et à la préservation des intérêts de la métropole. Ce dernier a également fait ses armes en Jamaïque et en Inde<sup>93</sup>. Ceci explique sans doute la parenté d'approche vis-à-vis de la fonction de chef de l'exécutif colonial. Metcalfe a été choisi précisément car il était militaire et attaché à l'Empire. Son mandat était clair, s'inscrire dans les pas de ses prédécesseurs sans accorder davantage que ce qui avait *déjà* été concédé. Sa désignation fut pourtant saluée, tant par la Province du Canada réunie, que par Bagot<sup>94</sup> avant son décès comme celle d'un homme qui « *[consoliderait] les acquis du Canada et ne le [infirmait] pas*<sup>95</sup> ».

Toutefois, un élément essentiel se révéla sensiblement différent, le contexte institutionnel. Comme Lord Bagot qui avait trouvé un Canada changé, Metcalfe trouva également une classe politique canadienne déterminée à tester les limites de son pouvoir. Jacques Monet relève très justement que « *Charles Metcalfe se trouva confronté au dilemme constitutionnel que Lord John Russell avait prévu. Pire encore, il se trouva dans l'incapacité d'interpréter correctement les intentions des hommes le concernant, jugeant leur comportement sur la base de ses expériences passées et fut particulièrement choqué par leurs idées*<sup>96</sup> ».

C'est durant la période Metcalfe, par exemple, que se joua une partie d'échec visant à poser clairement le rôle du gouverneur et ses rapports avec le gouvernement

---

<sup>93</sup> J. MONET, *The Last Cannon Shot*, University of Toronto Press, 1969, p. 134.

<sup>94</sup> Lettre de Charles Bagot à Lord Stanley du 23 février 1843, W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 227.

<sup>95</sup> Lettre de Edouard Gibbon Wakefield dû à Louis-Hippolyte La Fontaine, 2 février 1843, Papiers La Fontaine, Archives numériques de Montréal.

<sup>96</sup> J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., p. 137.

colonial. Charles Metcalfe avait une lecture constitutionnelle proche de celle de Poulett Thomson ; il se considérait comme le chef du gouvernement, s'appuyant, au besoin sur « *des hommes capables, de talents et efficaces, sans distinction d'attachement politique*<sup>97</sup> ». Il ajouta en mai 1843 que « *gouverner en tenant compte de l'opinion des partis politiques était une pratique odieuse qui reviendrait à déchirer la commission remise par Sa Majesté*<sup>98</sup> ». Ce dernier n'avait pas de réelle considération et aucune confiance, en ce qui concerne les affaires du gouvernement, envers les membres de son conseil. Il considérait que la « *lamentable maladie de Sir Charles Bagot [avait] rendu possible leurs revendications*<sup>99</sup> », pour le gouvernement responsable et une forme de gouvernement qui reposait sur un lien entre une majorité parlementaire et un gouvernement. La volonté de gouvernement personnel de la part du nouveau gouverneur rencontra une opposition farouche « *mes tentatives visant à mettre d'accord les partis politiques sont criminelles... Je suis dans l'obligation de m'en remettre totalement au conseil, me soumettre entièrement à sa direction et n'avoir aucun jugement personnel, de n'accorder des désignations au sein du gouvernement qu'à leurs partisans, d'en exclure leurs opposants et de déclarer publiquement mon adhésion à cette marche du gouvernement*<sup>100</sup> ». In fine, Charles Metcalfe rejeta l'équation du gouvernement parlementaire, reposant sur une logique de neutralité du chef de l'exécutif et de la responsabilité descendante. De leur côté, La Fontaine et Baldwin semblaient être en avance sur leur temps et semblaient vouloir rattraper les avancées institutionnelles de la métropole, alors même que celles-ci étaient tout juste intégrées au fonctionnement des institutions anglaises.

Robert Peel relève que « *le principe de la relation entre le Souverain et ses ministres est d'une manière pratique suivi ici, il est reconnu comme un fondement constitutionnel. Qu'en serait-il d'une demande faite par les ministres à laquelle le souverain devrait reconnaître la valeur de règle ? Cela serait inadmissible de la part du Souverain et encore davantage de la part d'un serviteur du Souverain qui exerce*

---

<sup>97</sup> Metcalfe à Stanley, 24 avril 1843, Archives publiques du Canada, PAC, CO 537.

<sup>98</sup> Metcalfe à Stanley, 10 mai 1843, Archives publiques du Canada, PAC, CO 537.

<sup>99</sup> Metcalfe à Stanley 24 avril 1843, citée.

<sup>100</sup> Lettre du 10 mai 1843 déjà citée.

*une autorité par délégation*<sup>101</sup> ». Cette définition est intéressante car elle met en lumière un élément essentiel de la Constitution britannique : son fonctionnement mystérieux, presque mystique que Dicey définira plus tard<sup>102</sup>.

Ce rejet du régime fait écho à un doute du Prince Consort à la même période « *Je ne pense pas que la Couronne d'Angleterre puisse autoriser la mise en œuvre du gouvernement responsable au Canada, car cela signerait la rupture avec la mère patrie. Si le Gouverneur-général est constitutionnellement tenu d'agir sur l'avis de son gouvernement responsable, comment pourrait-il obéir aux instructions que le gouvernement de la Couronne trouverait pertinentes de lui transmettre ? La Reine est de l'avis que Sir Charles [Metcalfe] devrait être soutenu par le gouvernement de la métropole dans son entreprise visant à empêcher la mise en œuvre du gouvernement responsable*<sup>103</sup> ».

Les tensions vont s'exacerber relativement à la question des désignations : l'exercice de la prérogative de patronage. Conscient de l'évolution du système de gouvernement, Lord Stanley indiquera sans aucun doute qu'« *étant chef du gouvernement et représentant de la Couronne les nominations de la couronne demeurent entre vos mains. Tant que vous demeurez à la manœuvre et refusez de tenir compte des accointances partisans, vous donnerez le sentiment de détenir un pouvoir substantiel*<sup>104</sup> ». Il considère le conseil comme un organe d'expert et non comme un organe politique censé mettre en œuvre une politique. A ce titre, on retrouve dans cette conception l'idée d'un gouverneur/Premier ministre évoquée par Stanley et déjà mise en œuvre par Poulett Thomson.

Dans la lettre du 24 avril 1843 déjà citée, ce dernier, poursuit sa critique du système Bagot en exposant sa doctrine : « *La voie générale que j'entends adopter vis-*

---

<sup>101</sup> Lettre de Robert Peel à Lord Stanley du 2 juin 1843, Archives publiques du Canada, PAC CO 539.

<sup>102</sup> M. D. WALTERS, « *Dicey on Writing the Law of the Constitution* », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, n°1, 2012, p. 21 à 49.

<sup>103</sup> Lettre du Prince Albert à Lord Stanley du 31 mai 1843, citée dans J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., p. 137.

<sup>104</sup> Lettre de Stanley à Metcalfe du 29 mai 1843, cité dans J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., p. 140 et . M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 262.

*à-vis du Conseil vise à les traiter avec la confiance et l'amabilité que leur fonction impose. J'entends les consulter tant lorsque la loi ou les usages établis l'imposent, que chaque fois que l'importance d'une occasion le recommande*<sup>105</sup> ». Plus largement, les membres du conseil exécutif sont toujours considérés comme des conseillers mais la responsabilité de la décision et de l'action demeurent entre les mains du gouverneur. Renforcé par les conseils de la métropole, Charles Metcalfe cherchera à exercer pleinement cette prérogative. C'est précisément cet élément qui cristallisera les tensions institutionnelles.

Louis-Hippolyte La Fontaine estimait que le leader de la majorité devait valider les décisions du représentant de la Couronne alors que Lord Metcalfe entendait le rôle du conseil d'un point de vue littéral, à savoir un conseil sans pouvoir de contrainte sur ses décisions, ce dernier étant en dernier ressort responsable devant le seul gouvernement de la métropole, seul organe susceptible de le destituer. Rappelons que c'est bien cette question de la responsabilité du représentant de la Couronne qui est au cœur de cette construction institutionnelle.

Le bras de fer dura toute l'année 1843 ; par exemple s'agissant de la désignation du Président de la chambre ou du greffier de la paix pour le district de Dalhousie, le gouverneur s'était personnellement investi dans le choix, sans associer Robert Baldwin et Louis-Hippolyte La Fontaine. Le 24 novembre 1843, La Fontaine et Baldwin, en tant qu'avocats généraux, adressèrent une demande officielle au gouverneur afin qu'il cesse toute nomination sans consultation préalable<sup>106</sup>, qui sera catégoriquement rejetée par le gouverneur.

Cette réponse tranchée conduisit à la démission de tout le conseil, à l'exception de Dominick Daly, proche de Denis-Benjamin Vigier et de la fratrie Papineau. Cette démission fut validée par la chambre de l'Assemblée le 29 novembre (46 à 23), se rangeant du côté de Robert Baldwin. Vigier, moins enclin à exclure le gouverneur des

---

<sup>105</sup> Metcalfe à Stanley 24 avril 1843, Archives publiques du Canada, PAC, CO 537.

<sup>106</sup> J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit, p. 144.

décisions politiques, fut appelé à former un gouvernement. A l'approche des élections de 1844, le conflit pouvait se résumer ainsi : la conception de la responsabilité gouvernementale pour La Fontaine et Baldwin s'approchait de la conception anglaise à savoir un gouvernement composé de représentants de la majorité disposant du droit d'être consulté et de conseiller et en droit d'attendre que le gouverneur n'agisse pas de son propre chef contre les intérêts de la plateforme politique. Plus limitée, la conception de Denis-Benjamin Vigier se fondait sur une logique plus autocratique, d'un gouvernement qui serait déconnecté de la volonté de la représentation populaire et qui reposerait sur une conception active du rôle du gouverneur. Le nouveau leader de la majorité était partisan d'un apaisement et d'une harmonie entre la volonté du gouverneur et la politique menée.

La responsabilité s'entend-elle d'un partage des rôles ou d'une domination d'une majorité politique ? Voilà la question à laquelle les élections de 1844 répondront. Metcalfe sera tout à la fois un acteur et un sujet de la campagne. Il multipliera les décisions bienveillantes comme l'octroi de nombreuses amnisties et Vigier agitera la menace de la désunion pour discréditer le discours de La Fontaine. Le rôle de la presse tant francophone qu'anglophone dans cette campagne révèle l'ampleur des débats<sup>107</sup>. Par exemple le journal *Mélanges Religieux*<sup>108</sup>, acquis à la cause de Denis-Benjamin Vigier tente de justifier la vision restrictive du gouvernement responsable et l'impossibilité d'assimiler les pratiques canadiennes et anglaises en expliquant le 5 mars 1844 qu'« *il existe une différence de fait qui devrait se comprendre sans s'expliquer. Là, c'est un peuple puissant qui gouverne sans contrôle, ici c'est une puissance qui fait ses réserves. Là c'est une faible femme qui personnifie l'autorité, ici c'est une domination. De fait (nous faisons abstraction du droit) l'un est plus indépendant que l'autre. L'un est une ombre, l'autre une réalité. [...] Les rapports du gouverneur avec ses ministres, la combinaison des fonctions respectives des agents du gouvernement, coordonnée de telle sorte que les ministres ne puissent prendre, devant*

---

<sup>107</sup> Voir J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., "chapitre 10 – La Crise Metcalfe : Party Platforms March-December 1844" (p. 152 à 167) et "chapitre 11 – La Crise Metcalfe : Elections March-December 1844" (p. 168 à 192).

<sup>108</sup> Pour une histoire du journal : D. LEMIEUX, « Les Mélanges Religieux, 1841-1852 », *Recherches Sociographiques*, vol. 10, n°1-2, 1969, p. 207 à 236.

*le peuple, la responsabilité des actes ou omissions du gouverneur, sans que celui-ci ne s'éloigne de sa dignité et de son autorité administrative absolue. [...] Ce n'est pas la dignité du conseiller qui le rend responsable, c'est son acceptation des actes du gouverneur... La responsabilité ne s'encourt pas par l'acceptation de la place de conseiller, mais par l'acceptation des actes de l'administrateur. Ainsi, le gouverneur Metcalfe était libre de consulter ou non ses ministres<sup>109</sup> ».* Cette longue analyse vient à l'appui de la politique de Vigier et des critiques que ce dernier a pu adresser à messieurs Baldwin et La Fontaine, ayant démissionné pour ne pas avoir été consultés. D'après l'auteur, la situation de plein exercice d'un gouverneur contraste avec la disparition de fait de la fonction royale en Angleterre. Le problème institutionnel est donc analysé à rebours, à l'envers, pour justifier la politique active de Charles Metcalfe.

D'après La Fontaine, le maintien de la connexion entre l'Angleterre et le Canada est un élément indispensable aux deux territoires qui ne peut perdurer que si « *l'Angleterre laisse le Canada s'administrer librement pour les affaires locales* ». C'est également le seul moyen d'assurer la survie du patrimoine français<sup>110</sup>.

Les élections de 1844 dont l'enjeu est le lien entre l'Angleterre et ses colonies préoccupent également la métropole. En mai 1844, juste avant le scrutin, le débat est initié à la Chambre des communes. Alors que David Hume et John Arthur Roebuck prévoient l'échec de Metcalfe, Lord Stanley reprendra l'argumentaire de la lettre du 25 février 1844, dans laquelle il revient sur ses raisons et explique que « *l'abandon de la prérogative de désignation le limiterait à un rôle de validation des actes des ministres<sup>111</sup>* ». Lord Stanley explique ainsi, qu'il est hors de question que « *l'on réduise le représentant de la Couronne à une simple machine, à un instrument passif entre les mains du Conseil exécutif<sup>112</sup>* ». La métropole considérait que seule une république pouvait adopter une telle analyse, Stanley à la même occasion soulignait que cela était

---

<sup>109</sup> J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., p. 172-173

<sup>110</sup> J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., p. 178.

<sup>111</sup> J. M. S. CARELESS, *The Union of the Canadas; the Growth of Canadian Institutions*, McClelland & Stewart, 1967, p. 87.

<sup>112</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 265.

« contraire à des institutions monarchiques et aux liens que doivent entretenir métropole et colonie »

Les élections se soldèrent par une victoire mitigée de Metcalfe qui remportera une courte majorité de 46 sièges étant obligé de composer avec les 38 sièges remportés par l'alliance La Fontaine/ Baldwin<sup>113</sup>. Le 29 novembre 1844, le Gouverneur Charles Metcalfe réunit la deuxième législature du Canada réunie, pour la première fois à Montréal<sup>114</sup>. Par ailleurs, tous les champions du gouverneur ne furent pas reconduits comme Denis-Benjamin Vigier ou Denis-Benjamin Papineau. Cette élection reflète les oppositions persistantes entre le Haut-Canada acquis à la cause du gouverneur et le Bas-Canada acquis à la cause du gouvernement parlementaire à l'anglaise.

La Fontaine profita de cet avantage pour défendre la cause de la *survivance*, le respect du particularisme, de l'héritage français du Canada, s'inscrivant clairement en réaction vis à vis de la politique d'assimilation et d'anglicisation mis en œuvre par la métropole depuis 1791 et rappelé dans l'Acte d'union de 1840, notamment par le biais de l'article 41 qui imposait l'anglais comme langue officielle. Cette demande est notamment apparue au moment de l'élection du président de la chambre. Contraint de rechercher la concorde, Charles Metcalfe accepta<sup>115</sup> et montra ce faisant sa bonne volonté<sup>116</sup>.

C'est à cette occasion qu'apparaîtra la notion « *de double majorité* ». Cette doctrine, apparue fin 1844, vise à trouver une solution à un problème institutionnel apparent. Les élus francophones se positionnent naturellement dans l'opposition. C'est le seul moyen de faire avancer, pour l'heure, la cause de la *survivance*. Il s'agit alors de trouver un équilibre pour permettre à ses représentants de rejoindre le gouvernement. La solution réside dans la formation d'un gouvernement, composé du groupe majoritaire dans chacun des Canadas. Cette logique, qui affaiblit la volonté d'unité

---

<sup>113</sup> J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., p. 192-193.

<sup>114</sup> Le transfert de la capitale s'est opéré (Kennedy).

<sup>115</sup> W. G. ORMSBY, « Sir Charles Metcalfe and the Canadian Union », *Rapports annuels de la Société historique du Canada*, vol. 40, n°1, 1961, p. 35 à 46, (p. 43-44).

<sup>116</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 267, note 78.

défendue par Louis-Hippolyte La Fontaine, dépasse la dynamique entre majorité et opposition au sein d'une chambre et propose, dans une certaine mesure une recomposition des enjeux<sup>117</sup> et de favoriser le gouverneur. Cette logique de compromis du pire, de compromis à l'extrême sera critiquée par Kennedy qui souligne un système voué à l'échec et au déclin. Il rapporte les propos de Baldwin qui, s'adressant à La Fontaine, indiquera que les tentatives de gouvernement sur le fondement d'une « *double majorité encouragera les distinctions, sera le terreau d'animosité, rompra le lien de la camaraderie politique et sapera les fondations de la moralité politique*<sup>118</sup> ».

La situation continuera de la sorte jusqu'au départ de Lord Metcalfe le 26 novembre 1845, pour raison de santé. Draper exercera de fait, « *virtuellement*<sup>119</sup> » les fonctions de chef du gouvernement aidé, de loin, du gouverneur, de plus en plus diminué. Charles Cathcart est nommé, le jour même en remplacement de Charles Metcalfe. William Gladstone qui arrivera au *Colonial Office* adressera au nouveau gouverneur des instructions très limitées et lacunaires sur la conduite à tenir. La métropole l'invite à suivre les pas et la doctrine de Lord Metcalfe, à savoir s'entourer de plus modérés et maintenir une position active<sup>120</sup>. Toute discussion relative à l'autonomie de gouvernement doit être mise de côté<sup>121</sup>. Lord Cathcart<sup>122</sup> restera le temps de la crise aux frontières de l'Oregon et quittera ses fonctions le 30 janvier 1847 pour être remplacé par James Bruce, Lord Elgin.

C'est avec le nouveau gouvernement de John Russell et les désignations combinées de Henry George Grey, Comte Grey, en juillet 1846 et de James Bruce Lord Elgin le 30 janvier 1847, que la situation du Canada mais aussi de toutes les colonies va évoluer.

---

<sup>117</sup> Pour une analyse Monet chapitre 11, notamment, p. 204 à 211. Cette question de la double majorité sera au cœur de la composition des gouvernements dans les années suivantes. L'idée réside dans la reconnaissance d'une « *part légitime de droits pour les franco-canadiens* ».

<sup>118</sup> W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op. cit., p. 247.

<sup>119</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 266.

<sup>120</sup> Idée mise en lumière par Manning, J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., note 83 p. 268. A l'appui de cette idée l'auteur cite une lettre adressée au Comte Grey par le Prince Consort du 3 août 1846.

<sup>121</sup> Cette période sera notamment le théâtre de revendication politique de la part de l'église, J. MONET, *The Last Cannon Shot*, op. cit., « chapitre 13 – Politicians and Priests II, 1846 », op. cit., p. 224 à 251.

<sup>122</sup> L'élément le plus important du mandat de Charles Cathcart est sans doute la lettre qu'il reçut de William Gladstone en date du 3 février 1846 dans laquelle il souligne, s'agissant de la promulgation de la loi « qu'il est de bonne politique de s'en remettre conseils de la législature provinciale, sauf si un intérêt impérial est en jeu », *Sessional Papers*, vol. XVIII, 1846, p. 9

## 5 – Henry Grey, un tournant dans la mise en œuvre du gouvernement responsable

Henry George Grey était un partisan de l'autonomie des colonies dans un intérêt impérial<sup>123</sup>. Il s'agissait, pour ce dernier d'éviter une crise semblable à celle de l'indépendance américaine. Grey, comme John Russell, était convaincu de la réalité de fait du gouvernement parlementaire et de la structuration de la vie politique au Canada. Ce que les expériences de Lord Sydenham et Lord Metcalfe ont montré, c'était un impossible retour à un régime autocratique tel que celui-ci était à l'œuvre au début du siècle. D'autant que l'Angleterre se trouvait dans la dernière étape d'assimilation du gouvernement parlementaire. Sur le fond, le Comte Grey était conscient que toute question d'ordre local comme le choix des conseillers ou la prérogative du patronage devait revenir à la colonie et plus à la métropole. A ce titre, il considérait que seul Lord Bagot avait pris la mesure de l'enjeu et avait octroyé un germe de gouvernement parlementaire, qui n'attendait que d'éclore pleinement<sup>124</sup>. Grey était influencé par les travaux de Durham et Wakefield, mais également de Buller<sup>125</sup> ou encore de George Cornwall Lewis<sup>126</sup>, dont les idées centrales reposaient sur un besoin d'adapter le système de colonisation si la puissance impériale de l'Angleterre devait durer. Le Comte Grey exploitera la crise institutionnelle en Nouvelle-Ecosse pour mettre en œuvre une nouvelle direction dans les affaires coloniales<sup>127</sup>.

## 6 – Joseph Howe et la Nouvelle-Ecosse

La Nouvelle-Ecosse est la première possession britannique à avoir été dotée d'institution représentative, par le biais de la lettre patente remise à en 1748<sup>128</sup>. La

---

<sup>123</sup> G. H. Grey, *Colonial Policy of John Russell's Administration*, op. cit., p. 13.

<sup>124</sup> G. H. Grey, *Colonial Policy of John Russell's Administration*, 1853, p. 34.

Ce dernier souligne même le rôle essentiel qu'a joué Poulett Thomson dans la mise en œuvre de cette réforme institutionnelle p. 204 et suivante.

<sup>125</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 288.

<sup>126</sup> L. CORNEWALL, *An Essay on the Government of Dependencies*, Cambridge University Press, 2011 (1<sup>ère</sup> éd. 1841), pp. 383.

<sup>127</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 247 voir également C. MARTIN, « The Correspondence Between Howe and Charles Buller, 1845-1848 », *The Canadian Historical Review*, vol. 6, n°4, 1925, p. 310 à 331.

<sup>128</sup> Nous invitons le lecteur à reprendre le chapitre 2.

Nouvelle-Ecosse est un foyer de peuplement britannique ; son établissement n'a, par principe, posé aucune difficulté. Toutefois, à compter de 1840, dans la foulée de l'enquête de Lord Durham ou des écrits de Wakefield, les premières revendications, pour l'octroi de l'autonomie locale, d'une forme de gouvernement semblable à celui qui existait en Angleterre, apparaissent. C'est à partir de 1846 que cette évolution sera définitivement admise.

Afin de proposer une étude complète du phénomène, le lecteur nous pardonnera, nous l'espérons, ce retour nécessaire à la période de 1840. Le choix de rompre avec la chronologie se justifie par le rôle que joueront Joseph Howe, comme déjà évoqué, à partir de 1839 et George Henry Grey en 1846. Cette rapide parenthèse permettra de lier les éléments entre eux et de reprendre le cours de notre analyse.

Comme nous l'évoquions, Joseph Howe fit très tôt parti des réformateurs qui souhaitaient libéraliser le système de gouvernement des colonies, étant convaincu que seule l'autonomie locale pouvait assurer la pérennité du lien entre celles-ci et la métropole.

Dès la session de 1837, alors que le Conseil législatif était encore monocaméral, Joseph Howe déposa douze résolutions<sup>129</sup> appelant à un changement de composition du conseil et invitant à mettre fin aux désignations à vie et à composer un conseil qui tienne compte de la volonté du peuple<sup>130</sup>. On retrouvera les premières idées de système parlementaire avec la volonté d'une séparation des fonctions législative et exécutive ou encore la libre administration dans les affaires locales sous la représentation du peuple. Elles furent finalement abandonnées car le Conseil menaçait de rejeter le

---

<sup>129</sup> Les résolutions sont reproduites en annexe.

Ces résolutions font suite au rejet de la demande de Lawrence O'Connor Doyle d'une résolution visant à ouvrir les débats du Conseil législatif au public. Il souligne en effet : « *La pratique ainsi admise et poursuivie par le Conseil législatif de Sa Majesté d'exclure le peuple des débats et non seulement contraire à la pratique de la Chambre des Lords et de nombreux conseils législatifs dans les colonies britannique d'Amérique du nord mais également contraire à l'esprit de la Constitution britannique* », Journal du Conseil législatif 1837, séance du 31 janvier 1837, p. 10.

Cette motion sera adoptée le 2 février p. 17. On retrouve l'objet de la mesure qui concilie le caractère exceptionnel des délibérations à huis clos afin d'éviter « *la suspicion et la méfiance* ».

<sup>130</sup> Lors de la séance du 11 février 1837 Joseph Howe critiquera le système qui ne tient aucun compte de la volonté de la population et déposera la première de ces résolutions, Journal du Conseil législatif 1837, séance du 31 janvier 1837, p. 29. Elle sera reprise le partir du 24 février auxquelles seront ajoutées onze résolutions entre les 28 février et le 3 mars 1837.

budget<sup>131</sup>, mais Joseph Howe assura leur acceptation par la représentation de la colonie lors d'un vote le 13 avril 1837<sup>132</sup>. C'est d'ailleurs sur la base de ces résolutions que l'Assemblée devint bicamérale en 1838<sup>133</sup>.

Ces revendications ont toutefois retenu l'attention de Charles Grant, Lord Glenelg qui précisa plus tard que le rôle du lieutenant-gouverneur était de veiller aux intérêts de la métropole<sup>134</sup>. Le 5 février 1840, l'Assemblée adopta une motion soulignant expressément que le Conseil exécutif ne disposait pas du soutien de la représentation provinciale<sup>135</sup>. A l'appui de cette démarche, les députés soulignèrent que la pression qu'ils avaient exercé sur les finances de la province avait permis de rééquilibrer les rapports entre les institutions de la province, de « *les purifier*<sup>136</sup> ». Cette volonté d'infléchir la politique du gouvernement de la province était considérée par Lord Sydenham comme inconstitutionnelle, le gouverneur étant seul responsable devant la métropole. En cas de contestation vis-à-vis de la politique menée, c'était à la métropole de prendre une décision<sup>137</sup>. La réponse fut immédiate : le 25 mars 1840, une résolution tendant au remplacement de Sir Colin Campbell fut adoptée et transmise à la métropole<sup>138</sup> qui le remplaça par Lucius Cary, Lord Falkland<sup>139</sup>.

A l'occasion d'un changement de gouvernorat, Poulett Thomson assura une période de transition et mit en œuvre une forme de gouvernement de parties fondé sur une lecture institutionnelle limitée de la responsabilité politique. Lord Sydenham reconsidéra l'administration de provinces maritimes au motif que celles-ci étaient

---

<sup>131</sup> Kennedy histoire p. 171.

<sup>132</sup> Journal du Conseil législatif 1837, séance du 13 avril 1837, p. 202.

<sup>133</sup> Instructions à Durham du 6 février 1838.

<sup>134</sup> Lettre de Glenelg à Campbell du 6 février 1837. W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 171.

<sup>135</sup> Résolution de l'Assemblée législative de Nouvelle-Ecosse, du 4 février 1840, Journal Proceedings, p. 700-701. Résolution 4 de la motion « Le Conseil exécutif, ainsi composé, ne dispose pas de la confiance des communes ». On notera l'assimilation à l'Angleterre dans la dénomination de la chambre populaire. Idée reprise dans deux adresses du 12 et du 14 février 1840 (p. 713 à 715 et p. 717 à 719).

<sup>136</sup> Résolution 3 de la motion du 5 février 1840, loc. cit.

<sup>137</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 272.

<sup>138</sup> Journal du Conseil législatif de Nouvelle-Ecosse, 1840, p. 831 à 834 « Qu'il soit permis à votre Majesté de prendre place au côté de cette assemblée pour rechercher un apaisement., que vous mettiez fin à l'absurde tentative de gouverner la province avec le seul bénéfice d'une minorité. Cette assemblée vous demande de révoquer Sir Colin Campbell et envoyer en Nouvelle-Ecosse un gouverneur qui représentera la Couronne mais qui conduira sa politique avec fermeté et bonne foi. Les représentants de Nouvelle-Ecosse exercent leur mandat avec diligence vis-à-vis de leur Souverain et de leurs électeurs. Ils recommandent le seul remède qui puisse apporter l'harmonie entre l'exécutif et la législature de la province » W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 197.

<sup>139</sup> G. POULETT SCROPE, *Memoir of the Life of the Right Honourable Charles Lord Sydenham*, op. cit., p. 182.

relativement calmes et avaient été épargnées par les luttes intestines. Dans une correspondance privée du 27 juillet 1840, il précise « *les principes que j'entends mettre en place sont : de ne faire siéger au sein du Conseil exécutif que les fonctionnaires les plus essentiels et certains des membres les plus influents de l'une ou l'autre des chambres – particulièrement la Chambre de l'Assemblée. Ensuite, qu'il devrait être requis des juristes de la Couronne et tout autre fonctionnaire qu'il serait opportun de solliciter, de devenir membre de la Chambre de l'assemblée et du Conseil exécutif, afin d'offrir leur expertise et mettre leur talent au service du gouvernement de manière exclusivement et permanente.*

*Ces principes à l'esprit, j'ai recommandé le retrait du Conseil exécutif de tout gentilhomme qui n'était membre d'aucune chambre et de les remplacer par l'avocat général et d'y intégrer certaines personnalités influentes de l'Assemblée ou du Conseil législatif. Les gentilshommes qui devront renoncer à leur siège ne se sentiront pas personnellement lésés car ils ne sont exclus qu'en ce qu'ils ne respectent pas les conditions inhérentes à leur désignation [...] Fort de ces changements je suis convaincu que le gouvernement obtiendra le soutien nécessaire au sein de la législature. Si tant est qu'une direction convenable et ferme soit donnée à leurs travaux, le Conseil exécutif se révélera être un outil puissant entre les mains du gouverneur. Ainsi aucune victoire ou défaite ne sera concédée à aucun des partis. Je suis persuadé qu'un tel changement peut satisfaire pleinement les vœux de la métropole [...]»<sup>140</sup>*

Lord Falkland ne suivit pas pleinement les observations de Poulett Thomson, convaincu que la neutralité du lieutenant-gouverneur et la mise en place d'un gouvernement représentatif ne pouvaient fonctionner pour cette petite province<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> G. POULETT SCROPE, *Memoir of the Life of the Right Honourable Charles Lord Sydenham*, op. cit., p. 184-185. Cette analyse sera également adressée à Lord Russell par un courrier du 27 juillet.

<sup>141</sup> John Manning Ward cite un échange entre Falkland et Stanley du 28 novembre 1843 dans lequel le lieutenant-gouvernement affirme sa volonté de ne pas tenir compte des équilibres partisans dans la composition du conseil exécutif. J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 271. C'est d'ailleurs son conflit avec Joseph Howe qui conduira ce dernier à quitter ses fonctions de chef de l'exécutif de Nouvelle-Ecosse (W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 265).

La période qui s'achèvera avec l'arrivée de John Harvey en 1846 marquera la dernière étape de l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Ecosse<sup>142</sup>. John Harvey tentera d'abord de gouverner par le biais d'une large coalition, comme en témoigne la résolution du 5 mars 1844. C'est devant les difficultés pratiques d'une telle forme de gouvernement que Grey fera valoir son interprétation du nouveau modèle de gouvernement. Ce sont deux dépêches adressées respectivement le 3 novembre 1846<sup>143</sup> et le 31 mars 1847<sup>144</sup>, à John Harvey qui redéfiniront la politique coloniale de l'Empire.

---

<sup>142</sup> Le cas du Nouveau Brunswick est relativement simple. C'est à l'occasion d'une adresse du 4 février 1848, sur le modèle de la revendication de Nouvelle-Ecosse d'avoir accès aux échanges entre le gouverneur et la métropole (Le Lieutenant-gouverneur accèdera à cette demande le 10 février). La motion du député Fisher reprendra exactement la formulation de celle adoptée par la Nouvelle-Ecosse. *Journal of the House of Assembly of the Province of New Brunswick*, J. Simpson 1848 p. 104.

Un vote sera organisé le 24 février 1848 sur l'adoption des instructions remises à John Harvey. Sans surprise les dispositions furent intégrées au fonctionnement du gouvernement du Nouveau Brunswick, *Journal of the House of Assembly of the Province of New Brunswick*, 1848, p. 185-186.

Voir également W. S. MACNUTT, « The Coming of Responsible Government to New Brunswick », *Canadian Historical Review*, vol. 32, n°2, 1952, p. 111 à 128.

La situation de l'Île du Prince Edward suivra sensiblement le même procédé. Le 25 février 1847 (*Journal of the House of Assembly of the Province of Prince Edward Island*, John Ings, 1847, p. 43, reprise le 6 mars p. 52) une pétition sera adoptée en vue de changer la composition du Conseil exécutif au profit de membres issus des partis siégeant au sein de l'assemblée. Cette pétition deviendra une adresse le 8 mars (p. 54). Le 18 mars (p. 63 à 69) 3 résolutions sont adoptées : 1° les membres de l'administration de la province doivent être titulaires de la confiance des représentants du peuple 2° donner plein effet aux instructions de John Russell du 16 octobre 1839 3° si le conseil exécutif venait à perdre la confiance de la représentation de la province, il devrait démissionner et céder la place à des conseillers titulaires de cette confiance. Le 25 avril 1847, le Lieutenant-gouverneur adressera une réponse positive à cette demande avant de proroger l'assemblée (p. 145).

Une demande dans le même sens fut de nouveau formulée en 1850 (Séance du 30 avril 1850, *Journal of the House of Assembly of the Province of Prince Edward Island*, John Ings, 1847, p. 16).

En 1851 George Coles chef du parti majoritaire organisera un vote de confiance qu'il remportera. Par ailleurs, le budget fut bloqué, comme en 1850. Ce n'est qu'en 1851 (après le dépôt d'une nouvelle fois de la même motion) qu'Alexander Bannerman, gouverneur-général tout juste nommé, présentera devant l'assemblée réunie les nouvelles instructions de la métropole. Papers 25 mars 1851, *Journal of the House of Assembly of the Province of Prince Edward Island*, John Ings, 1851 p. 6.

L'assemblée sera informée de la formation du premier gouvernement responsable le 25 avril 1851 (*Journal of the House of Assembly of the Province of Prince Edward Island*, 1851, p. 65).

Pour une analyse plus détaillée : W. MACKINNON, « L'Assemblée législative de l'Île du Prince Edward », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 34, n°2, 2011, p. 8 à 18.

S'agissant de la province de Terre-Neuve l'octroi de l'autonomie se réalisa sur fond de lutte budgétaire.

En effet, dans les pas de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau Brunswick, les demandes pour une autonomie renforcée se faisaient de plus en plus pressantes. L'adoption d'une série de lois en 1855 entérina le glissement.

Ces lois prévoyaient l'octroi d'une indemnisation aux membres du Conseil exécutif qui se démissionnaient pour raison politique (outil qui est également à l'œuvre en Australie), auquel s'ajoute une loi visant à augmenter le nombre de membres élus à l'assemblée.

Le mécanisme du gouvernement responsable dans la province de Terre-Neuve se renforce à l'occasion de la négociation d'un accord de pêche avec la France sur le partage de la côte.

A cette occasion le secrétaire aux colonies Henry Labouchere adressera au Gouverneur Darling un message dans lequel il indiquait que « toute modification affectant la province ne pourrait avoir lieu qu'après avoir obtenu le consentement préalable de la communauté de Terre-Neuve » (Echange entre Labouchere et Darling du 26 mars 1857, reproduit dans J CHADWICK, *Newfoundland Island into Province*, Cambridge University press, 1967, p. 35). Une forme de préfiguration du Statut de Westminster.

Enfin, s'agissant de la Colombie Britannique, ce n'est qu'au moment de rejoindre la confédération entre 1870/1871 que cette question sera pleinement abordée sans susciter de réelle objection. Le Saskatchewan, le Manitoba ou d'Alberta, ces provinces se verront octroyer des institutions représentatives par le Dominion du Canada directement, celles-ci ayant été créées par la Fédération du Canada directement.

<sup>143</sup> Echange du 3 novembre 1846 entre le Comte Grey et le lieutenant-gouverneur Harvey « votre devoir est d'agir strictement selon le principe que vous avez vous-même posé [...], à savoir, "de ne vous identifier à aucun parti", mais au lieu de cela, "de devenir tout à la fois un médiateur et un modérateur entre tous les partis." En donnant, par conséquent, un soutien juste et approprié à votre Conseil pour le moment, vous éviterez soigneusement tout acte qui pourrait laisser supposer une quelconque opposition à leurs adversaires. Vous refuserez également de sanctionner toute mesure qui pourrait être proposée par votre Conseil, qui puisse vous sembler impliquer un exercice abusif de l'autorité de la Couronne pour une partie plutôt que pour l'intérêt public », W. P. M KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution 1759-1915*, op. cit., p. 570 à 573 (p. 572).

<sup>144</sup> Echange du 31 mars 1841 entre le Comte Grey et le lieutenant-gouverneur Harvey « suivant l'analyse qui vient d'être menée il me semble que la situation singulière de la Nouvelle-Ecosse ne s'oppose en rien à l'adoption d'un système de

Henry Grey insiste sur l'importance pour le gouverneur de conserver une forme de neutralité et de suivre l'avis de ses conseillers responsables<sup>145</sup>.

Ce n'est qu'à l'occasion de la formation d'un nouveau gouvernement en février 1847 que le gouvernement deviendra réellement parlementaire. En effet, c'est à cette occasion que John Harvey s'est réellement plié à la loi du scrutin. Dans une dépêche du 7 mars 1847<sup>146</sup>, le Comte Grey salue cette évolution et souligne : « *j'espère que le système du gouvernement responsable auquel ils sont tant attachés dont ils respectent scrupuleusement les principes, peut être considéré comme pleinement établi en Nouvelle-Ecosse* ». C'est à ce moment que Joseph Howe reviendra au gouvernement, conseillé de près par Charles Buller<sup>147</sup>.

### 7 – James Bruce Lord Elgin, la dernière étape

Thomas Bruce, Lord Elgin est le fer de lance de la redéfinition de la politique coloniale. Durant son mandat, l'autonomie coloniale et le gouvernement parlementaire prendront finalement racine au Canada. James Bruce se convertit aux idées du Comte de Henry Grey par hasard. En effet, Lord Elgin entend se marier avec la fille de Lord Durham, Mary Lambton, également nièce du Secrétaire aux colonies. C'est lors de ces rapides échanges que Lord Elgin prendra parti pour l'autonomie locale dans les colonies<sup>148</sup>.

La nouvelle logique de gouvernement posée à l'occasion des instructions remises à John Harvey est précisée par Grey qui soulignera que « *le gouverneur doit, d'une manière générale, tenir compte de l'avis de son Conseil exécutif, et d'y accueillir toute*

---

gouvernement parlementaire qui a longtemps prévalu dans la mère patrie » W. P. M KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution 1759-1915*, op. cit., p. 573 à 577 (p. 577).

<sup>145</sup> Henry Grey souligne que cette responsabilité n'a pas à s'étendre à tous les membres du gouvernement, compte tenu de la taille de la province.

<sup>146</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 276.

<sup>147</sup> A cette occasion il saluera l'enracinement J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 276 et 277

<sup>148</sup> A peine arrivé au Canada en janvier 1847 il écrira fièrement à son épouse avoir « adopter les vues de votre père sur le fonctionnement du gouvernement » (G. MARTIN, *The Durham report and British Policy*, Cambridge University Press, 1972, p. 67 et suivante).

*personne titulaire de la confiance de l'Assemblée. Toutefois, il prendra garde à ne pas s'identifier au parti du sein duquel le Conseil exécutif est composé, et faire savoir que, dans le cas où l'opinion publique le réclame et il serait tout aussi disposé à nommer les opposants de ce dernier parmi ses conseillers, sans influence de la moindre considération personnelle*<sup>149</sup> ».

Elgin affirmera la neutralité du rôle du gouverneur-général, préférant une « *magistrature d'influence* » sauf lorsque les intérêts essentiels de l'Empire sont en jeu. Cette conception sera notamment mise en pratique à l'occasion de la formation du gouvernement Baldwin/La Fontaine en 1848<sup>150</sup>. Le test le plus important pour Elgin, qui symbolise le nouveau système de gouvernement, se tient au moment des événements de 1848 relatifs à une tentative de rupture du lien impérial au profit d'un rapprochement avec les nouveaux Etats-Unis. Pour mettre fin aux difficultés, Lord Elgin soutient l'adoption du *Rebellion Losses act*<sup>151</sup>, loi d'indemnisation des dommages subis lors de la révolte de 1837. Cette loi particulièrement critiquée par la métropole sera promulguée par le gouverneur-général au motif qu'elle a été portée par un gouvernement qui disposait d'une forte majorité. Il ajoute également que la Couronne serait mal avisée de s'opposer à cette loi, si contraire aux intérêts impériaux soit-elle.

Grey, chargé de soutenir la mesure à la Chambre des lords<sup>152</sup>, souligna le besoin impérieux pour la métropole de laisser les colonies s'administrer librement, rejetant par la même occasion toute tentative à venir de formalisation d'un domaine de compétences réservé à Londres<sup>153</sup>, comme il l'avait déjà précédemment évoqué. Cette idée avait été déjà mise en avant par Charles Buller lors d'un échange avec Joseph Howe en 1846<sup>154</sup>. La même retenue de la métropole se fit ressentir au moment de l'adoption de la loi douanière de 1859<sup>155</sup>. A cette occasion Alexander Galt, ministre des

---

<sup>149</sup> H. G. GREY, *The Colonial Policy of Lord John Russell's Administration*, op. cit., p. 213.

<sup>150</sup> H. G. GREY, *The Colonial Policy of Lord John Russell's Administration*, op. cit., p. 214.

<sup>151</sup> SProvC, 1849, c. 58. G. MARTIN, « The Canadian Rebellion Losses bill of 1849 in British Politics », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 6, n°1, 1977, p. 3 à 22.

<sup>152</sup> Les votes, p. 286 Maning.

<sup>153</sup> Hansard 3rd Series vol. 106, 1849, p. 492

<sup>154</sup> « A mes yeux la fonction presque exclusive du *Colonial Office* devrait être de former une réserve de bon gouverneurs coloniaux puis de vous laisser eux et vous gérer vos affaires », John Bull et Joseph Howe, 10 septembre 1846, cité dans J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 277.

<sup>155</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 288.

finances, présenta le nouvel équilibre en précisant que « *le gouvernement autonome serait annihilé si le point de vue du Parlement impérial était préféré à celui du peuple canadien [...] On ne peut conseiller à Sa Majesté de désavouer de telles lois à moins que ses conseillers soient prêts à assurer le gouvernement des affaires de la colonie en contradiction avec la volonté de ses habitants. [...] Le gouvernement impérial n'est pas responsable des dettes et des engagements du Canada. Il ne prend pas en charge le fonctionnement de sa justice, de sa fonction publique ou de ses écoles. Les Canadiens ne contribuent en rien au fonctionnement du gouvernement impérial. La législature de la province par la voie d'un gouvernement qui est responsable devant elle a le devoir de prendre des dispositions pour ses propres besoins*<sup>156</sup> ».

Le successeur de Grey aux colonies, le duc de Newcastle reconnut que le gouvernement responsable n'était pas un accident de l'histoire mais bien une évolution inexorable, un droit auquel les colonies britanniques pouvaient prétendre<sup>157</sup>. A partir de 1858, la présence du gouverneur aux réunions du cabinet devint anecdotique et la logique de la responsabilité des gouvernements devint une partie intégrante du fonctionnement institutionnel du Canada<sup>158</sup>. Les conventions qui irriguent le système de gouvernement britannique sont, à compter de cette date, pleinement intégrées sans qu'une formalisation précise autre que les instructions aux gouverneurs ne soit prises. A l'image de cette évolution, rappelons qu'Henry Grey était réticent à donner des instructions précises et détaillées aux représentants de la Couronne, ne réservant un avis précis qu'en cas d'atteintes aux intérêts de Westminster.

Le Canada servit une nouvelle fois de test dans les expériences constitutionnelles de la métropole, véritable laboratoire constitutionnel ; l'expérience canadienne fut reprise dans les mêmes lignes en Nouvelle-Zélande, qui tenta d'appliquer les mêmes pressions sur la métropole pour arriver aux mêmes fins. Forte de l'expérience canadienne, la métropole réagit avec davantage de souplesse. On notera une relative

---

<sup>156</sup> Cité dans W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 276.

<sup>157</sup> Cet état de fait été pleinement intégré par les partis politiques au Canada, parfois contre l'avis des gouverneurs (notamment Edmund Head).

<sup>158</sup> Le gouverneur-général admettra cette situation dans un échange avec Henry Labouchere de mars 1858, W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada*, op cit, p. 271.

distance entre le régime adopté et la forme de gouvernement réclamé par les habitants des colonies, notamment depuis la révolte.

La période située entre 1841, date d'entrée en vigueur de l'Acte d'union et 1848, date retenue de l'enracinement définitif d'une lecture parlementaire des rapports de force à l'œuvre au Canada, se caractérise par une lutte institutionnelle, un conflit de lecture semblable à ce qui sera étudié en Nouvelle-Zélande, quelques années plus tard. Les mêmes fondements institutionnels seront présents.

### B – La Nouvelle-Zélande, héritière de la lutte politique du Canada

L'histoire constitutionnelle de la Nouvelle-Zélande est relativement linéaire. Le développement institutionnel de la colonie ne connaîtra pas de véritable à-coup ou accroc comme cela a pu être le cas au Canada notamment. Sur le fond, la structure mise en place en 1852 restera en vigueur, du moins, formellement jusqu'en 1986<sup>159</sup>. A l'image du Canada ou de l'Australie, l'évolution vers l'autonomie locale au sens de gouvernement parlementaire était déjà en marche. Les Îles Kiwis adopteront la même démarche que le Canada.

Privés des mécanismes formels de contrôle de l'exécutif, ces derniers apparaîtront en creux du texte, dans les nervures d'une lecture renouvelée des rapports entre les organes de gouvernements. Toutefois, cette évolution ne se fera pas sans difficulté. La réelle lutte débutera avec l'élection de la première Chambre des représentants qui siégera le 24 mai 1854. Dès le 5 juin, la première motion qui sera déposée visera à introduire les mécanismes du gouvernement responsable. C'est d'ailleurs sans surprise que l'auteur de cette motion sera Edward Gibbon Wakefield. Ce dernier évoque « *parmi les sujets sur lesquels la présente chambre souhaite voir des effets concrets sans attendre se trouve la plus importante, celle de la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle dans la conduite des affaires législatives et exécutives par le gouverneur.*

---

<sup>159</sup> De nombreuses révisions de la Constitution se succéderont toutefois.

*Cette mise en œuvre permettra un contrôle plus efficace des gouvernements des provinces et l'assurance de l'attachement de la population* »<sup>160</sup>. La formule lapidaire qu'il emploie illustre pleinement l'idée que les mécanismes de responsabilité ministérielle font parties d'un vocabulaire commun et que cette manière de concevoir le fonctionnement d'un gouvernement est partie intégrante de l'héritage que les sujets britanniques portent en eux et apportent avec eux où qu'ils s'établissent. Par ailleurs, la logique du caractère bicéphale de l'exécutif colonial semble pleinement intégrée à la formule, le gouverneur recevant ses instructions de la métropole.

En réponse à cette demande, le Lieutenant-gouverneur Wynyard, nettement moins à l'aise dans cet exercice de joute politique que George Grey, se trouve dans une situation des plus inconfortables, du fait de son absence de légitimité d'une part et de son absence d'expérience par rapport à Sir Grey d'autre part. Le Lieutenant-gouverneur Wynyard se reposera sur l'opinion particulièrement intéressante de l'*attorney General* William Swainson qui souligne en premier lieu que la lettre de la loi de 1852 portant établissement d'un gouvernement représentatif n'a aucunement l'ambition d'introduire une logique de gouvernement parlementaire responsable. La lettre de la loi rejette purement et simplement cette possibilité. Il précise en effet qu'en vertu des instructions royales ou de la commission remise lors de l'établissement de ce nouveau système, les membres de l'exécutif colonial sont désignés et responsables devant la Couronne uniquement. A l'appui de ce rejet, il rappelle que le gouverneur exerce la plénitude des compétences exécutive – c'est évident – mais également législative, rappelant ainsi, la nature particulièrement centralisée du système de gouvernement<sup>161</sup>. Les fonctions doivent être rester séparées, comme en témoigne l'absence de présence des membres du Conseil exécutif devant les assemblées. Ainsi, en l'état de la constitution, l'investissement des assemblées dans les décisions politiques paraît impossible, tout au moins formellement. Devant la légitimité de la revendication des assemblées, William Swainson explique « *qu'à la lecture des débats au sein de la Chambre des*

---

<sup>160</sup> Message N°1, 5 juin 1854, *Votes and Proceedings of the House of representatives*, Session 1, Auckland, Williamson and Wilson, 1855. La motion sera adoptée à 29 voix contre 1. Teller Forsaith rejeta la motion par bonne foi, prétextant de l'absence du Gouverneur général Grey pour reporter le débat et « *consacrer à cette question fondamentale et essentielle le temps d'examen qu'elle mérite* ».

<sup>161</sup> Ce dernier évoque par exemple le rôle secondaire des assemblées dans la procédure législative.

*représentants, il paraît évident que les membres de la Chambre ne sont pas disposés à accepter toute mesure qui permettrait de se dispenser de la présence de représentant du Gouvernement Exécutif au sein de l'Assemblée. On ne peut guère douter que l'absence de disposition dans la loi [de 1852] prévoyant la représentation de l'exécutif au sein de la législature soit un défaut. La question qui se pose porte sur le point de savoir s'il est dans les attributions de l'Officier administrant le gouvernement de remédier à un tel défaut. ».*

L'Avocat-général Swainson va alors s'attacher, avec une évidence désarmante, à proposer une solution fondée sur les mécanismes de la responsabilité ministérielle : *« En l'absence de difficulté pratique, la solution la plus simple aurait été la désignation par l'Officier en charge du gouvernement de trois personnes issues de l'Assemblée aux fonctions de Secrétaire de la colonie, avocat général et Trésorier colonial. Ces personnes devront disposer de la confiance et du respect du pays. Ils devront être disposés à soutenir la politique conduite par le gouvernement. Toutefois, la difficulté qui demeure dans la mise en œuvre de cette perspective réside dans le fait que les titulaires actuels des postes mentionnés sont désignés pour un mandat presque permanent, pour lesquels on ne peut demander la démission en l'absence d'une faute lourde ».*

L'analyse se poursuit en expliquant que l'expérience ne pourrait être conduite qu'à la suite d'une dissolution de la Chambre des représentants. En effet, en l'état, le gouverneur ne pourrait pas demander à des personnalités nommées de démissionner de leur poste car elles n'ont pas été désignées par le suffrage. Une telle perspective ne pourrait se réaliser que si le gouverneur imposait la règle de disposer d'un siège à l'Assemblée comme condition préalable au fait de siéger au Conseil exécutif de la colonie. Par ailleurs, il est également proposé de désigner au sein du Conseil exécutif, de façon temporaire, certains membres de la législature afin que ces derniers fassent fonction de « traits d'union » entre l'exécutif et la représentation de la colonie. Il ajoute que *« ces membres du gouvernement issus de la législature<sup>162</sup> n'occuperont leur*

---

<sup>162</sup> « *Legislative members of the government* » dans le texte.

*fonction qu'à la condition de ne demeurer en poste que jusqu'à tant qu'ils conservent la confiance de la législature [...] <sup>163</sup>».*

L'ensemble de ces éléments sera repris dans un mémorandum secret adressé à la métropole en août 1854. Il y est notamment mentionné les débats de l'Assemblée générale visant à ce que les « *principes du gouvernement responsable, au sens où ces principes sont compris en droit constitutionnel britannique, soient applicables à la Nouvelle-Zélande, comme c'est déjà le cas dans la plus grande majorité des colonies britanniques disposant d'institutions représentatives*<sup>164</sup> ».

Le sous-secrétaire aux colonies adressera, le 8 décembre 1854<sup>165</sup> l'autorisation de procéder à l'adaptation institutionnelle réclamée par l'Assemblée générale de Nouvelle-Zélande. Il souligne cependant que l'introduction du gouvernement parlementaire – responsable – ne nécessitait pas la moindre modification législative ou constitutionnelle, une telle modification étant de nature conventionnelle, une question de pratique plutôt que de norme formelle.

George Grey explique ainsi que « [...] *les étapes préliminaires nécessaires à l'introduction du gouvernement responsable sont succinctes et claires. Je ne saisis pas l'opinion soutenu par une partie de la présente correspondance et par l'adresse du 31 août précisant que l'adoption d'une loi par l'Assemblée générale est nécessaire pour que les changements entre en vigueur. Dans ce pays la mise en place d'un gouvernement parlementaire, par lequel les ministres sont responsables devant le Parlement et leur maintien au pouvoir dépend d'un vote des deux chambres ne repose pas sur une loi écrite mais sur un usage uniquement. [...] A moins que certaines lois en vigueur ne soient répugnantes à la mise en œuvre du présent plan, l'adoption d'une loi semble superflue [...] <sup>166</sup> ».*

---

<sup>163</sup> «Opinion de l'avocat général concernant l'introduction du gouvernement responsable», 5 juin 1854, *Votes and Proceedings of the House of representatives*, Session 1, Auckland, Williamson and Wilson, 1855.

<sup>164</sup> *Votes and Proceedings of the House of representatives*, Session 1, *op. cit.*, p. 10 et 11

<sup>165</sup> *Accounts and Papers*, vol. 38, 1854-1855, p. 9.

<sup>166</sup> *Accounts and Papers*, vol. 38, 1854-1855, p. 39 et 40.

Les doutes qui subsistaient dans l'évolution et la mise en œuvre des mécanismes du système de responsabilités des ministres résidaient dans l'existence d'une clause dans les Instructions remises au gouverneur-général précisant que le gouverneur devait consulter le conseil législatif sauf dans les cas où cette consultation entraînerait un préjudice dans le fonctionnement de la

Ainsi, l'évolution vers la responsabilité politique des membres du Conseil exécutif se réalise par un changement de lecture institutionnelle et non par le biais d'un changement d'écriture constitutionnelle. La nature du gouvernement responsable ne nécessite pas de définition réelle ni de reconnaissance formelle. Cette absence de définition ou, davantage, cette évidence dans l'appréhension du mécanisme, montre bien l'héritage institutionnel, le mouvement de transposition à l'œuvre. Le vocabulaire est commun, les références idéologiques et institutionnelles sont semblables.

La désignation de Thomas Gore Browne à la tête de la colonie consacra ce changement. Arrivé en 1855, ce dernier prononcera la dissolution de la première Assemblée. Les élections suivantes verront la formation du premier gouvernement responsable le 7 mai 1856, dirigé par Henry Sewell<sup>167</sup>. Avant la formation de ce premier gouvernement responsable, l'Assemblée générale avait pris le soin d'adopter une loi visant à garantir une pension aux membres qui, jusqu'ici, étaient nommés à vie.

Le changement de gouverneur et de parlement actera le changement de lecture institutionnelle, le changement de paradigme en cours dans la mise en œuvre du nouveau système de gouvernement. Tout ce glissement s'opère comme si la lettre de la constitution n'était pas concernée par ces évolutions, révélant la plasticité de l'ouvrage constitutionnel et sa qualité essentielle d'adaptabilité. Ainsi, à l'occasion de l'ouverture de l'Assemblée générale, le 15 avril 1856, le gouverneur-général Gore Browne adressera un message clair et sans ambiguïté sur les rapports qu'il compte entretenir tant avec la législature, qu'avec le Conseil exécutif : « [...] 3. *Afin de me permettre d'appeler à siéger au sein de mon conseil des membres disposant de la confiance de l'Assemblée générale est naturellement la tâche qui occupera votre attention immédiate. Cela devra être considérée comme la pierre angulaire sur laquelle toute autre législation devrait être bâtie. Je me permets de rappeler à l'Assemblée générale, dans les termes les plus explicites, l'assurance, déjà donnée avant la prorogation, de*

---

colonie ou dans le cas d'une consultation inutile ou superflue. A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, vol. 1, *op. cit.*, p. 153 et 154.

<sup>167</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 154.

*reconnaître ma confiance à ceux de ses membres qui possèdent la confiance de la législature. Chaque fois qu'un changement sera nécessaire, je ne laisserai pas mon opinion personnelle influencer l'exercice de mon mandat [...] <sup>168</sup> ».*

Dans les minutes du Conseil exécutif relatives aux rapports entre le gouverneur et ses conseillers responsables<sup>169</sup>, Thomas Gore Browne précise : « *Premièrement - Pour tous les sujets qui tombent sous le contrôle de l'Assemblée, le gouverneur devrait être guidé par le conseil des gentilshommes responsables devant cette Assemblée, qu'il soit ou on en accord avec le conseil qui lui a été remis.*

*Deuxièmement - Pour tous sujets relatifs à l'usage des prérogatives de la Reine et les intérêts impériaux, en général, le Gouverneur sera heureux de recevoir leurs conseils. Toutefois, si leur avis diffère de l'opinion du gouverneur, ce dernier pourra (si les conseillers le désirent) soumettre leur avis au ministre des Affaires étrangères de Sa Majesté. L'avis du Gouverneur fera foi jusqu'à ce qu'une réponse soit communiquée.*

*Parmi les sujets de nature impériale on trouvera ce qui concerne la question des Tribus autochtones, plus précisément, la négociation et l'achat de terres. [Le gouverneur] recevra l'avis de ses ministres responsables s'agissant du montant annuel consacré à l'achat de terres. Toutefois, à l'exception de cet élément, le gouverneur considère qu'il est libre d'agir librement.*

*Le gouverneur est seul responsable devant Sa Majesté du maintien de la tranquillité au sein de la colonie. Cette tranquillité sera mise à mal par les changements d'opinion provoqués par les changements de conseillers [...] ».*

L'analyse de ces deux documents révèle en quelques phrases toute la problématique du changement de lecture constitutionnelle. Le gouverneur-général intègre pleinement la fonction élective de l'Assemblée générale de Nouvelle-Zélande comme un élément essentiel et un préalable indispensable à la formation d'un cabinet. Ainsi, à compter de 1856, la confiance des membres du cabinet du gouvernement

---

<sup>168</sup> M. FITZGERALD, *New Zealand Parliament Debates, 1856-1858*, G. DIDSBURY (éd.), 1885, 15 avril 1856, p. 2.

<sup>169</sup> *Ministerial government. Minute of his excellency as to the relations between himself and his responsible advisers*, 15 avril 1856.

devient explicitement la règle de référence de fonctionnement des organes de gouvernement. Sans formalisation normative, d'aucune sorte, la confiance dont doivent disposer les conseillers responsables devient la « *convention fondatrice*<sup>170</sup> » de la Nouvelle-Zélande. Le caractère fondateur, mais également fondamental de cette nouvelle règle de lecture est porté par le fait que cette interprétation du fonctionnement institutionnel est assimilée et intégrée par tous les organes du régime : l'Assemblée générale, les membres du Conseil exécutif et également le gouverneur-général, élément essentiel nécessaire à l'enracinement du nouvel ancrage institutionnel. Par ailleurs, la référence dans les minutes du 15 avril 1856 ou le mémorandum<sup>171</sup> du 18 avril 1856 à l'obligation, dans certains domaines, d'agir sur avis des ministres responsables et la référence aux règles constitutionnelles anglaises soulignent bien l'assimilation constitutionnelle à l'œuvre. Cette transposition est confortée par la référence explicite à la responsabilité des conseillers, sans autre forme de définition.

Le recours à une distinction des questions d'intérêt colonial ou impérial permet également une répartition des champs de compétences entre la métropole et ses territoires. On notera toutefois, que tout en étant mentionnée, la catégorie des intérêts impériaux n'est jamais définie. Cela appelle plusieurs remarques de fond sur les rapports entre les colonies et la métropole.

Cette répartition, formalisée dans la lettre du *New Zealand Constitution Act* de 1852, est une référence directe aux idées de George Grey ou aux apports du rapport Durham. On retrouvera également cette problématique à l'occasion de la rédaction des premières constitutions australiennes. Objet de flexibilité au profit de la métropole, chaque fois qu'une tentative de formalisation précise sera initiée, celle-ci rejettera toute démarche d'encadrement de crainte de rigidifier de façon excessive un élément devant rester, tant que faire se peut, objet d'interprétation et de flexibilité.

---

<sup>170</sup> P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution - Normes non écrites du droit politique*, Léviathan, PUF, 1997, p. 127.

<sup>171</sup> Dans un mémorandum daté du 18 avril 1856, le gouverneur-général précise, dans le cadre du premierement, « *qu'il conserve des prérogatives constitutionnelles semblables à celles exercées par le souverain anglais, s'agissant des rapports avec ses ministres* ».

La question des rapports entre le gouverneur et ses conseillers ne trouvera une réelle conclusion qu'avec la conférence impériale de 1926 et l'adoption du Statut de Westminster de 1931.

Dans leur chapitre introductif au développement de la constitution néozélandaise, Robson et Aikman rapportent deux exemples de tensions qui ont émergé dans les rapports entre le gouverneur et ses conseillers. Ces épisodes révèlent d'une part le caractère relatif et d'autre part le caractère fluctuant de la règle qui entoure le recours à l'avis remis au gouverneur et son caractère contraignant<sup>172</sup>. Les instructions attachées à la fonction de gouverneur de la colonie furent modifiées en 1867 afin de préciser que, dans le cadre de la prérogative du pardon, le gouverneur agissait de son propre chef, n'étant tenu que d'une obligation de justifier de manière circonstanciée un rejet. Le choix de la formulation est assez intéressant en ce qu'elle suppose une liberté d'action du gouverneur. Il s'agit d'une formulation négative de l'obligation de suivre l'avis des membres du Conseil exécutif. Afin de s'assurer du respect de la règle, les instructions remises au gouverneur furent amendées pour acter ce changement en 1892<sup>173</sup>. La même année, le Gouverneur David Boyle s'est opposé à son Conseil exécutif dans le cadre de la désignation de membres du Conseil législatif. Cet événement fut finalement tranché par le Comte de Grey qui confirma la nouvelle lecture institutionnelle en précisant explicitement que, d'une manière générale, le gouverneur devait accepter l'avis de ses ministres, lorsqu'un intérêt impérial n'était pas en jeu. Toutefois, le Comte Grey précisa que le gouverneur serait en droit de rejeter l'avis de son gouvernement si ce dernier était convaincu que la décision prise était erronée ou que le soutien local ne serait pas avéré<sup>174</sup>.

A compter de cette date, la littérature ne révèle pas de véritables rejets de l'avis d'un gouvernement. On relèvera toutefois des situations dans lesquelles le gouverneur

---

<sup>172</sup> C. C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapt 1 – Introduction », dans J. L. ROBSON (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and constitution*, Stevens & Sons, 1967, p. 11 et suivantes.

P. JOSEPH, *Administrative and Constitutional Law*, op. cit., p. 161 et suivantes.

<sup>173</sup> *Appendix to the Journals of the House of Representatives*, 1893 Session I, A-02, p. 2.

<sup>174</sup> Dispatch du 26 septembre 1892 cité dans P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law* op. cit. p. 161.

fera fermement entendre ses réserves sur la validité d'une décision<sup>175</sup>. La cause semble entendue. Toutefois, la modification des lettres patentes de 1917 tend à laisser subsister un flou ou un doute sur une éventuelle survivance d'autonomie dans la marge d'appréciation du chef de l'exécutif. L'article 5 des Instructions dispose que « *si il existe des raisons suffisant pour que le gouverneur ne suive pas l'avis de ses ministres il peut agir en opposition de celui-ci. Il doit référer l'objet du désaccord à la [Couronne] sans délai*<sup>176</sup> ».

Cette mise en perspective démontre que la lettre constitutionnelle – au sens large – s'éloigne bien souvent du fonctionnement effectif du droit constitutionnel. Il faut alors chercher la réponse et des indices de la constitution effective dans le discours constitutionnel lequel donne de la substance à la constitution prescrite.

Ainsi, à l'image de l'exemple canadien, ce n'est pas par le biais d'un changement formel des rapports constitutionnels que la lecture évolue mais par le biais d'un changement d'appréhension dans les rapports entre les organes. Ce n'est qu'au prix d'une conciliation de points de vue divergents, de lectures contraires que la constitution prescrite changera et que la constitution réelle apparaîtra finalement. La lettre n'est pas et n'a jamais été le nœud de l'enjeu en droit constitutionnel. La constitution n'a que rarement une réalité tangible, elle n'est qu'un accord temporaire entre des prétentions divergentes qui trouveront à se réconcilier à un moment donné et pour une durée plus ou moins longue.

### **Sous-section 3 : L'expérience australienne, le formalisme en creux**

La Nouvelle-Zélande et le Canada ont suivi dans une certaine mesure le chemin institutionnel de l'Angleterre en préférant assumer le choix d'adapter le fonctionnement institutionnel au contrôle de l'action du gouvernement, les colonies

---

<sup>175</sup> Notamment en 1895 et 1897 une nouvelle fois dans le cadre de désignation de membres au sein du Conseil législatif, C. C. AIKMAN, J. L. ROBSON, « Chapt 1 – Introduction », *op. cit.*, p. 12.

<sup>176</sup> Article 5 Lettres patentes de 1917. La dernière rédaction de 1983 retire toute référence à une marge d'appréciation du gouverneur.

australiennes, quant à elles, ont préféré s'assurer de ce contrôle en adoptant chacune une constitution, fruit d'une expression locale.

Comme nous l'évoquions dans le chapitre précédent, la remontrance et les critiques articulées par le Conseil législatif ont conduit le secrétaire aux colonies Grey à abandonner son projet – conforté par le rapport du Conseil privé de 1849. Le comité recommanda une structure constitutionnelle commune octroyée à toutes les colonies australiennes, tout en soulignant que l'établissement d'un parlement bicaméral n'emporterait pas l'adhésion de la Nouvelle-Galles du Sud. Par ailleurs, afin de ménager tout risque de blocage, le modèle appelé à être étendu aux autres colonies australiennes était celui de cette première colonie<sup>177</sup>. En définitive, le projet de nouvelle architecture constitutionnelle reprendra la majeure partie des recommandations de Wentworth, à savoir notamment la possibilité pour les colonies de modifier leurs futures constitutions et l'institution d'une assemblée générale compétente pour les matières qui intéressent le continent australien. Cette idée souligne bien une forme de victoire des colonies australiennes.

#### A- L'Australian Constitutions Act de 1850

Le projet fut déposé dès juin 1849<sup>178</sup>, pour être adopté le 5 août 1850<sup>179</sup>. Il prévoyait la séparation et l'établissement autonome des colonies de Victoria, de l'Australie Méridionale et de la Terre de Van Diemen, fondées sur des constitutions devant être promulguées par la Reine. A l'origine, l'idée d'une assemblée générale pour toute l'Australie était présente dans le projet déposé devant le Parlement de Westminster. Chacune des colonies disposerait de deux sièges et d'un siège supplémentaire par tranche de 15.000 habitants. Se rappelant les critiques de la Nouvelle-Galles du Sud, plus tard reprises par les résidents de la Terre de Van Diemen,

---

<sup>177</sup> A. TWOMEY, *The Constitution of NewSouth Wales*, Federation Press, 2004, p. 6

<sup>178</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, The Australian Book Company, 1901, p. 40 et suivantes.

<sup>179</sup> Australian Colonies Government Act ou Australian Constitutions Act n°2, 13 & 14, Victoria c. 59, reproduit dans *The statutes of the united Kingdom of Great Britain and Ireland*, 13 & 14 Victoria 1850, Londres, Her majesty's Printer, 1850, p. 339 à 357.

le projet fut abandonné. Ces critiques logistiques furent complétées par les critiques de la Chambre des lords laquelle considérait que ce schéma de nature fédérale ne convenait pas au *Commonwealth* australien.

Sur le fond, Molenworth, à l'image de Bentham, sera un ardent défenseur de l'autonomie coloniale en proposant de mettre fin formellement à toute dépendance impériale<sup>180</sup>. Ce dernier résumera la question à laquelle la métropole doit répondre d'une seule phrase « *La question à laquelle cette Chambre doit maintenant répondre est celle du choix entre un gouvernement par le Colonial Office ou un gouvernement par un gouvernement autonome lorsqu'il s'agit de questions de politiques locales*<sup>181</sup> ». Il souligne que la réelle question de fond porte sur la « *politique impériale : quel degré d'autonomie souhaitons nous octroyer à nos colonies et quel niveau de contrôle doit être laissé au Colonial Office*<sup>182</sup> ».

Le projet ne rompait pas avec la domination de la métropole et les parlements dans les colonies ne seraient pas dotés de l'autonomie législative. La métropole restait titulaire d'un pouvoir de contrôle absolu exercé par le gouverneur sur place comme « *une marionnette mue par des fils animés depuis Downing Street* ». A l'appui de sa démonstration, il rappela à la chambre le climat de méfiance entre la Nouvelle-Galles du Sud et la métropole, la colonie ayant choisi de désigner un représentant à Londres, de peur que ses revendications ne soient pas convenablement défendues. Il rappela également l'épisode malheureux de la première constitution pour la Nouvelle-Zélande, suspendue tout juste un an après son entrée en vigueur. L'objet de cette prise de parole était une prise de conscience encore plus vibrante que celle initiée par le rapport Durham d'un besoin de revoir, de repenser la gouvernance impériale, d'une part, vers davantage d'ouverture mais aussi et surtout, afin de prendre en compte l'opinion des colonies.

---

<sup>180</sup> Hansard, House of Commons, 6 mai 1850, col. 1164 il milite pour l'abrogation des prérogatives de réserve et du désaveu d'une part mais également pour la fin des instructions remises par la métropole aux gouverneurs d'autre part. Cette autonomie se limite aux matières locales. Molensworth proposera de dresser une liste et de distinguer les matières locales et les matières impériales

<sup>181</sup> Hansard, *op. cit.*, col. 1165.

<sup>182</sup> Hansard, *op. cit.*, col. 1166.

Les colonies, que ce soit le Canada, l’Australie ou la Nouvelle-Zélande ne sont plus des enfants à l’assistance publique qui demandent à être adoptés, mais des entités responsables de leur propre destinée politique et institutionnelle<sup>183</sup>.

Molensworth consacra une partie certaine de son intervention à la question de la responsabilité attachée à la conduite des affaires politiques des colonies en Australie. Il souligne la contradiction qui subsiste au sein de l’Empire britannique : *« une logique froide me force à rappeler à la Chambre l’axiome fondamentale d’un gouvernement constitutionnel suivant lequel aucun homme ne devrait se voir confier un pouvoir sans contrôle<sup>184</sup>. Il est vrai que les fonctionnaires du Colonial Office sont irresponsables de leur décision relative à l’administration des colonies car ils sont responsables devant ceux qui sont eux-mêmes irresponsables, et qui, par ailleurs, ne semblent ni au fait, ni se soucier des colonies. Car en réalité le Colonial Office est responsable devant nous. Chacun sait que cette responsabilité est une farce tant la majorité d’entre nous ne semble se soucier du devenir des colonies. Supposons toutefois que cette responsabilité existe : devant qui sommes-nous responsables de la conduite des affaires des colonies ? Personne ! Ainsi, en dernière analyse le Colonial Office est irresponsable. Or dans la langue de notre constitution, le seul sens du mot responsabilité est la responsabilité des gouvernants devant les gouvernés. La distinction entre le despotisme et un gouvernement libre ne tient que par cette conception. Les habitants de nos colonies appliquent la même analyse c’est la raison pour laquelle il considère que le Colonial Office est un organe despotique. Car, au regard des modalités d’exercice du pouvoir, ni le Colonial Office, ni le Parlement britannique, ni le Peuple de Grande-Bretagne, en d’autres termes aucun des gouvernants ne sont responsable devant les habitants des colonies les gouvernés. Un pouvoir sans contrôle est aussi insupportable aux colonies qu’il le serait à un Anglais en Angleterre, car les résidents des colonies trouvent une grande fierté à se définir comme des Anglais. Ces derniers s’en remettent à la vieille*

---

<sup>183</sup> Molesworth, dans la colonne 1169, rapporte un certain nombre d’anecdotes révélant la mauvaise administration de la métropole. Le fait, par exemple, que durant de nombreuses années, le rapport démographique du Ceylan était exactement le même à la virgule près sans que personne dans les services de *Downing street* ne semble s’en émouvoir.

<sup>184</sup> *Irresponsible power* dans le texte.

*maxime constitutionnelle qui reconnaît qu'un Anglais, où qu'il s'établisse porte avec lui, tel un droit de naissance, autant de droit et de libertés que la nature puisse supporter. Ils affirment que leurs ancêtres, en immigrant, n'ont renoncé à aucun de leurs droits. Ils rappellent que leurs descendants dans les colonies disposent des mêmes droit politiques que ceux dont disposent les anglais en Angleterre [...] ».*

Cette base idéologique rappelée, Molensworth définit le schéma constitutionnel qui devrait être adopté pour les colonies : *« les résidents des colonies affirment que le fondement de la conception anglaise de la liberté repose sur le droit du peuple de disposer d'un parlement au sein duquel il serait représenté. La nature des choses faisant obstacle à une représentation devant le Parlement britannique, ils réclament l'établissement d'un parlement colonial semblable dans son organisation et ses compétences à celui du Parlement britannique (compatible avec le statut de colonie). Ce parlement devra être en mesure d'exercer un contrôle sur les affaires politiques de la colonie, comme le Parlement britannique l'exerce sur les affaires politiques des îles britanniques. Ainsi, il éprouve une vive indignation à la prérogative du veto législatif comme nous l'éprouverions si nos projets lois devaient être soumis à l'accord d'un fonctionnaire à l'autre bout du monde. Imaginons que les lois du Parlement soient susceptibles d'être désavouées par le secrétaire aux colonies résidant en Australie, que notre Premier ministre – il est significatif à plusieurs niveaux que Molensworth n'évoque pas la Reine. Il assimile le chef du gouvernement au gouverneur, démontrant en une seule formule la confusion des pouvoirs, des organes et des fonctions qui demeurent dans les colonies – soit tenu d'obéir aux instructions de fonctionnaires anonymes et irresponsables résidants aux antipodes. Comme tout vrai Anglais ils ont en horreur un gouvernement lointain et irresponsable. Lorsqu'ils sont affaiblis ils murmurent et lui obéissent mais lorsqu'ils se sentent fort, leurs murmures deviennent menaces qui, si elles ne sont pas prises au sérieux deviennent rébellion qui mènent à l'indépendance [...]»<sup>185</sup>* ». Molensworth achève son intervention en rappelant l'importance de desserrer l'étau impérial et de reconnaître une part d'autonomie politique dans la conduite des affaires politiques de l'Australie.

---

<sup>185</sup> Hansard, *op. cit.*, col. 1170-71.

Cette analyse – notamment l'ébauche d'une forme fédérative – sera rejetée par de nombreux membres de la Chambre des communes soulignant, par exemple, le caractère imprécis de la démarche. Il s'agit de préserver au mieux les prérogatives de la couronne<sup>186</sup>.

Sans surprise, le texte est accueilli avec des réserves par la colonie de Nouvelle-Galles du Sud. Le Conseil législatif de la colonie adoptera entre 1850 et 1852 trois pétitions afin d'obtenir une modification de la loi de 1850. Ces pétitions critiquent le régime autoritaire et la centralisation du pouvoir. Par ailleurs, les membres du Conseil législatif réclameront le contrôle de la vente des terres.

L'idée d'une répartition entre les compétences impériales et coloniales sera également au cœur des revendications. Finalement, Lord Paddington acceptera d'étudier avec attention les dispositions relatives à une telle répartition au moment de l'examen de la Constitution de Nouvelle-Galles du Sud par le Parlement de Westminster.

La loi de 1850 ne revêt qu'un intérêt secondaire et aucun élément formel de fonctionnement nouveau n'y est présent. Il n'est pas question d'introduire des mécanismes de contrôle. Elle débute par un rappel du système institutionnel en vigueur en Nouvelle-Galles du Sud sur le fondement de la loi de 1842<sup>187</sup>. La loi de 1850 a trois objets majeurs. Elle vise d'abord et avant tout à établir de nouveaux foyers de peuplement<sup>188</sup> créés de manière autonome. Chacun d'eux se verra doté d'un conseil

---

<sup>186</sup> Hansard, *op. cit.*, col. 1183.

<sup>187</sup> Art. 1<sup>er</sup>

<sup>188</sup> Art. 3, 5, 7 et 8. A ce titre une distinction sera opérée entre la Victoria (géographiquement rattachée à la Nouvelle-Galles du Sud), la Terre de Van Diemen et l'Australie Méridionale.

L'art. 9 s'attarde sur la situation assez singulière de l'Australie Occidentale car il démontre les limites du projet constitutionnel. L' retard de développement économique dont souffrait ce territoire a conduit la métropole à exclure cette colonie des dispositions de la loi de 1850. L'article 9 de la loi de 1850 prévoyait que l'institution d'un organe représentatif ne se fera qu'à l'initiative de la colonie par l'envoi d'une pétition signée par 1/3 des habitants de la colonie. Cette pétition sera d'abord rejetée par le Conseil législatif en 1865. G. CARNEY, *The Constitutional Systems of the Australian States and Territories*, Cambridge University Press, 2006, P. 49 ou J. -J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, *op. cit.*, p. 88 et suivantes. La pétition nécessaire à la mise en œuvre du système représentatif sera adressée en 1865 et rejetée. Ce n'est qu'en 1874 que la mise en place d'un organe partiellement élu (répartition en vigueur dans les autres colonies de 2/3 de membres élus et 1/3 de membres nommés), verra le jour. Toutefois, cette avancée formelle ne permettra pas plus de contrôle sur les actions du gouvernement coloniale. Le premier membre du gouvernement issu de la portion élue du Conseil ne siégera qu'en 1884.

législatif composé selon les mêmes modalités que l'assemblée existante en Nouvelle-Galles du Sud : 1/3 de membres nommés pour 2/3 de membres élus. Alors que le nombre de membres du Conseil législatif pour les nouvelles colonies est limité à 24<sup>189</sup>, le Gouverneur de la Nouvelle-Galles du Sud se voit accorder le pouvoir de faire varier le seuil en respectant la répartition évoquée<sup>190</sup>. Par ailleurs, les gouverneurs ainsi établis sont compétents, avec le concours des conseils législatifs, pour adopter des lois pour la paix et le bon ordre des colonies<sup>191</sup>.

L'article 12 est une constitution à lui seul puisqu'il décrit de façon détaillée le fonctionnement des nouveaux conseils législatifs, s'agissant par exemple de la prorogation, de la dissolution, de la convocation ou du contrôle des lois adoptées. Cet article étend *in fine* aux nouvelles colonies les dispositions de *l'Australian Constitutions Act* de 1842. Par cette opération de renvoi constitutionnel, les nouvelles colonies australiennes se voient élevées au même rang que la Nouvelle-Galles du Sud, qui bénéficiait jusqu'ici d'un statut particulier étant la colonie fondatrice.

Plus significatif, l'article 32 délègue la plume aux colonies australiennes. En effet, cet article donne un plan constitutionnel, un schéma institutionnel. Cet article dispose que « *il sera légal pour le gouverneur-général et le conseil législatif de Nouvelle-Galles du Sud, une fois la séparation avec la colonie Victoria et pour les gouverneurs et les conseils législatifs des colonies de la Victoria, de la Terre de Van Diemen, pour l'Australie Méridionale et l'Australie Occidentale, une fois les conseils législatifs établis suivant la présente loi, de temps en temps, de modifier par l'adoption d'une loi ou de plusieurs loi, les lois ou les dispositions en vigueur sur le fondement de la présente loi s'agissant des modalités d'élections des membres des conseils législatifs, de la qualité d'électeur et d'élu, ou d'établir dans la colonie concernée, au lieu du conseil législatif, un Conseil et une chambre des représentants, ou toutes autres*

---

Le Queensland ne sera institué qu'en 1859 à partir du territoire de la Nouvelle-Galles du Sud. Il sera séparé de la première colonie australienne par un ordre en conseil. J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 73 et suivantes.

<sup>189</sup> Art. 3<sup>e</sup> et 7.

<sup>190</sup> Art. 2.

<sup>191</sup> Art. 14. On trouvera également deux dispositions relatives à l'administration de la justice aux articles 28 et 29.

*Chambres législatives distinctes composées de membres nommés ou élus, par détermination de la loi. [L'organe ainsi créé] se verra doté de la compétence de l'actuel conseil législatif qu'il remplacera[...] ».*

Il est évidemment prévu que les lois venant à être adoptée sur le fondement du présent article doivent être débattues par les deux chambres du Parlement de Westminster et réservées à la promulgation royale.

Ainsi, le développement de l'histoire constitutionnelle de l'Australie se distingue en ce que la loi de 1850 offre le parfait exemple d'une loi de nature constituante<sup>192</sup>. Au-delà d'autoriser les colonies à adopter leur propre constitution, elle donne le schéma à appliquer. A le lire de façon restrictive ou littérale, cet article ne fait rien de plus qu'autoriser les colonies australiennes à substituer à l'organe délibérant monocaméral un organe bicaméral. Sur le fond, c'est davantage la lecture extensive que les colonies tentent d'imposer qui donnera sa pleine valeur à cet article de portée constituante. Comme nous l'évoquions, la question de la répartition des compétences coloniales et impériales sera au centre du recours à cette disposition. Au-delà de la problématique, secondaire, de l'établissement de parlements bicaméraux, l'enjeu de fond réside justement dans la définition et la délimitation de la compétence législative.

Ainsi l'article 32 de l'*Australian Constitutions Act* de 1850 est au cœur de ce dispositif et il y sera fait mention dans chacune des constitutions qui seront adoptées sur son fondement, sous le contrôle du Parlement impérial<sup>193</sup>. Il est d'ailleurs surprenant que sur le fond, cette loi n'ait pas fait l'objet de commentaires plus détaillés qu'au détour d'une phrase pour expliquer le fait que le modèle de régime représentatif était enfin étendu au reste du territoire australien.

---

<sup>192</sup> Pour une analyse synthétique de la loi de 1850 J. – J. CHEVALLIER, *L'évolution de l'Empire britannique*, op. cit., p. 96 et suivantes.

<sup>193</sup> Art. 32 de la loi de 1850 donne une compétence aux colonies pour apporter des modifications à leurs organes représentatifs sans remettre en cause l'équilibre existant.

Cette loi et l'article 32, notamment, revêtent, nous semble-t-il, matériellement une importance et constitue un cadre en soi. Il s'agit d'un cadre formel dans lequel les colonies peuvent se mouvoir mais également d'un cadre matériel puisqu'il est essentiel de préserver les équilibres en présences.

## B -Les premières constitutions dans les colonies australiennes

La loi de 1850 sert d'habilitation constitutionnelle visant à adopter les premières constitutions formelles en Australie. L'examen est intéressant en ce qu'il démontre les difficultés de formalisation de la Constitution britannique qui abordait sa dernière mue. Ce développement s'attarde également sur l'exercice délégué d'un pouvoir constituant au profit des assemblées australiennes sous l'œil vigilant du Parlement de la métropole.

### *1 – Le processus d'adoption des lois portant constitution pour les colonies australiennes*

Dès l'adoption de la loi de 1850, la Nouvelle-Galles du Sud, déjà initiée aux institutions représentatives, adopta une résolution visant à établir les mécanismes du gouvernement responsable comme modalité de fonctionnement. L'échange entre le Gouverneur Fitzroy et le Secrétaire aux colonies John Pakington est particulièrement éclairant à ce propos et s'inscrit dans la continuité des grands réformateurs qu'étaient Grey, Durham ou Molensworth, dignes héritiers de Bentham. En effet, afin de répondre à la demande qui lui est adressée, Pakington accepte volontiers le plan proposé par Fitzroy, étant convaincu que la découverte de l'or permettra à la colonie d'atteindre l'autonomie financière d'une part et par là même de s'administrer politiquement de manière autonome<sup>194</sup> d'autre part. Une fois cet accord de principe obtenu, la colonie réunit une commission dont le mandat est de rédiger un projet de constitution sur le fondement de l'article 32 de la loi de 1850.

---

<sup>194</sup> Echange entre John Pakington et le Gouverneur Fitzroy du 15 décembre 1852.

La Nouvelle-Galles du Sud adopta une nouvelle constitution en 1855 qui représentera l'une des premières tentatives de formalisation du gouvernement responsable. Sur le fond, les colonies de la Victoria, de Tasmanie et d'Australie Méridionale adopteront des projets sur les mêmes lignes. Les trois colonies tenteront d'obtenir davantage que ce qui est normalement prévu. Ainsi, la compétence législative du futur organe délibérant est décrit en des termes très généraux. La lettre de ces nouvelles constitutions se borne à reconnaître une compétence législative semblable « à celle actuellement détenue par le Conseil Législatif<sup>195</sup> » Une particularité toutefois est que les projets de la Nouvelle-Galles du Sud et de la Victoria retiennent une répartition très complexe et formulée de manière vague des compétences dévolues à la colonie – insusceptibles de veto – et à l'Empire<sup>196</sup>. Les trois projets proposent un amendement des lois impériales en matière foncière<sup>197</sup>. Comme ce fut le cas au Canada, cette disposition fut rejetée par la métropole consciente du danger d'une telle formule. En effet, de façon immédiate, reconnaître une répartition des compétences valait affaiblissement du contrôle impérial. Par ailleurs, et plus intéressant pour notre recherche, aucune des parties n'était dupe sur le risque que représentait la promulgation d'une telle disposition formelle. En effet, le formalisme emporterait des conséquences néfastes pour l'Empire : d'une part cela contribuerait à rigidifier et cristalliser cet élément de rapports entre les colonies et l'Empire et d'autre part, cela priverait l'Empire d'une marge d'interprétation en cas de litige. Les colonies obtinrent le contrôle des sols contre l'abandon de cette disposition et les constitutions furent promulguées par la Reine le 16 juillet 1855<sup>198</sup>. Le projet de l'Australie Méridionale fut en grande partie rejeté et donc renvoyé à la colonie pour révision. Finalement le projet fut promulgué par la Reine le 24 octobre 1856, le même jour que le texte relatif à la Tasmanie<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Expression que l'on, retrouvera dans chacune des lois constitutionnelles.

<sup>196</sup> Sur les compétences réparties J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p.56.

<sup>197</sup> W. G. MCMINN, *A Constitutional History of Australia*, Oxford University Press, 1980, p. 54 et suivantes.

<sup>198</sup> On notera qu'il s'agit d'une loi impériale qui fait mention des projets reçus des colonies.

<sup>199</sup> Le projet de Tasmanie adopté par le Conseil législatif le 31 mars

La nouvelle Constitution de Tasmanie<sup>200</sup> revêt un aspect original en ce qu'elle renvoie explicitement à la loi de 1850. Ainsi, il s'agit d'une logique de superposition, de « *greffe*<sup>201</sup> » constitutionnelle.

L'Australie Occidentale<sup>202</sup> dispose, en vertu de l'article 9 de l'*Australian Constitutions Act (n°2)* de 1850, d'un statut particulier compte tenu de sa situation économique notamment. Comme pour l'expérience du régime représentatif, le premier projet de constitution qui fut adressé à la métropole en 1874 fut rejeté, considéré comme grandement prématuré. Toutefois, l'histoire de cette colonie désœuvrée connut avec l'accroissement de la population et la ruée vers l'or une élévation au rang des autres colonies australiennes. Lors de la session du Conseil législatif<sup>203</sup> de l'été 1889, le débat portait essentiellement sur l'adoption du dispositif du gouvernement de cabinet, qui devait être pleinement reconnu à la colonie. Cette opération se réalisa avec le soutien des autres colonies australiennes<sup>204</sup> d'une part et du Gouverneur Frederick Broome<sup>205</sup>. A l'image de la Nouvelle-Galles du Sud ou de la Victoria, le texte tentait d'obtenir plus que ce qui était originellement prévu dans le cadre de l'article 32. Finalement le texte fut amendé puis adopté le 21 octobre 1890<sup>206</sup>. On trouve dans ce texte un Conseil législatif bicaméral de 35 membres élus<sup>207</sup>. Ce conseil était appelé à devenir électif dans les six années qui devaient suivre l'adoption de la loi<sup>208</sup> ou dans l'hypothèse où la population de la colonie atteindrait 60.000 âmes (exclusion faite des aborigènes). Cette constitution connut après quelques années des révisions, notamment

---

<sup>200</sup> *Tasmania Constitution Act 1856*.

<sup>201</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>202</sup> Pour une analyse détaillée des événements qui ont conduit à l'adoption de la première constitution J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 68 et suivantes.  
B. DE GARIS, « The History of Western Australia's Constitution and Attempts at Its Reform », *Western Australia Law Review*, vol. 31, n°2, 2003, p. 142 à 153.

<sup>203</sup> Hansard, Parliament of Western Australia, Parliamentary Debates, 1889, notamment séances de juillet et août (p. 10, p. 20, p. 53)

<sup>204</sup> Télégram du Premier ministre de Tasmanie du 20 mai 1889 ou du 30 juillet (Hansard, Parliament of Western Australia, Parliamentary Debates, 1889 p. 3, 21).

Dans le même sens, le Premier ministre de l'Australie Méridionale fera connaître à la métropole l'adoption d'une adresse par son Parlement pressant pour l'uniformisation des régimes institutionnelles dans les colonies (Hansard, Parliament of Western Australia, Parliamentary Debates, 1889, p. 23).

<sup>205</sup> Hansard, Parliament of Western Australia, Parliamentary Debates, 1889, p. 2 ou 26.

<sup>206</sup> *Western Australia Act 1890*.

<sup>207</sup> 15 membres étaient appelés à siéger au sein du Conseil législatif et 30 au sein de l'Assemblée législative

<sup>208</sup> Le secrétaire aux colonies proposera cet amendement compte tenu de la taille importante de la colonie et du peu de résidents. Jean-Jacques Chevallier évoque 26.000 résidents, Quick et Garran évoquent une démographie d'à peine 40.000 personnes Article 42 de la Constitution.

en 1893<sup>209</sup> et la plus significative en 1899<sup>210</sup> en raison de la hausse de la population. Sur le reste, la structure institutionnelle était la même.

S'agissant du Queensland, la colonie est une création tardive de la métropole par un ordre en conseil actant la séparation avec la colonie mère de la Nouvelle-Galles du Sud. La constitution de Nouvelle-Galles du Sud dans son article 7 prévoit ainsi que la future constitution du Queensland devra adopter la même structure que celle de la Première colonie. Par ailleurs, en application de l'article 22 de l'ordre en conseil de 1859, le parlement de la jeune colonie dispose de la capacité d'adopter sa propre constitution, ce qui sera le cas le 28 décembre 1867<sup>211</sup>. L'expérience du Queensland illustre pleinement deux idées essentielles. D'abord, le fait que le gouvernement représentatif n'est pas une étape indispensable vers l'octroi ou l'essor du gouvernement responsable et ensuite que le gouvernement responsable relève d'une lecture constitutionnelle plus que d'une écriture.

L'évolution vers le gouvernement responsable ou de cabinet était considérée, en Australie, comme un dû, une évolution logique, une manière de concevoir et de voir le gouvernement. C'est sans doute la raison, pour laquelle, le formalisme ne rend pas explicitement compte de cette conception du gouvernement. Le système de gouvernement apparaît en creux du régime. Le lecteur ne peut, nous semble-t-il saisir ce mouvement sans avoir pleinement conscience des étapes historiques qui ont conduit à cet état de fait.

---

<sup>209</sup> Le 18 juillet 1893, la législature de la colonie apportera les révisions qui avaient été refusées jusqu'ici car le seuil de 60.000 habitants était atteint. La présence des membres nommés fut abrogée. Le nombre de représentants fut augmenté : de 15 à 21 membres élus pour le Conseil législatif et de 30 à 33 membres pour l'Assemblée législative.

<sup>210</sup> La particularité du *Western Australia Constitution Acts Amendment Act 1899* tient à son contenu. Il s'agit d'une loi de consolidation. Celle-ci sera discutée dans l'introduction de la deuxième partie. Par ailleurs, le nombre de représentants et de nouveau augmenté : 30 membres pour le Conseil législatif et 50 membres pour l'Assemblée législative.

<sup>211</sup> Queensland Constitution Act 1867.

## 2 – *Le minimalisme formel reflet d'une évidence constitutionnelle*

La particularité de la trajectoire constitutionnelle des colonies réside dans l'expérience de formalisation. Il est significatif de relever d'ores et déjà que cette formalisation est minimaliste, minimale, réduite à la portion congrue. Toutefois, cette première approche de la formalisation apporte une étape supplémentaire à la réflexion d'ensemble. Ces formalisations, en réalité cette formalisation – car nous le verrons – c'est toujours la même formule qui sera utilisée pour poser le fonctionnement institutionnelle – n'apporte pas de réelle incidence sur la trajectoire constitutionnelle. La formule choisie est en réalité d'une grande simplicité et d'une ambiguïté certaine. Elle se limite à une reconnaissance d'une forme de responsabilité politique minimale.

La construction institutionnelle à l'œuvre en Australie s'inscrit dans le contexte de la fin de la conception de l'Australie comme colonie pénale. Le tournant se cristallisera en 1852 avec la prise de fonction du Cinquième Duc de Newcastle, Henry Pelham-Clinton, après le bref passage du Baron Hampton, Lord John Pakington. Les références au système de responsabilité politique en Australie sont minimales pour une raison relativement simple. Au tournant du XIX<sup>ème</sup> siècle, le contexte politique est moins effervescent qu'au Canada. Les personnalités comme Wentworth, par exemple, militent pour l'autonomie, pas nécessairement pour le gouvernement responsable. La réclamation essentielle de l'époque se résume à la volonté de doter les colonies australiennes, la Nouvelle-Galles du Sud d'une constitution « semblable à celle du Canada ». Ceci est intéressant car nous rappelons que les Canadiens, dans leurs revendications, réclament « *une constitution semblable à celle de la Grande Bretagne* », formule qui sera reprise dans le préambule de l'Acte d'Amérique du Nord Britannique de 1867. On notera une nouvelle fois la référence à la colonie canadienne comme sœur aînée des autres dominions.

Le rapport du Gouverneur Charles FitzRoy est éclairant<sup>212</sup>. Sur le fond, la revendication australienne sous-entend une constitution formellement semblable à celle du Canada, un régime partiellement électif fondé sur un parlement bicaméral et une interférence limitée de la métropole dans la conduite du gouvernement. Les échanges entre la métropole et la colonie soulignent une réalité institutionnelle tout autre. En effet, les revendications pour l'octroi du gouvernement responsable ne connaîtront pas les difficultés du Canada. L'autonomie politique est devenue un droit, un acquis institutionnel qui ne saurait être refusé d'une part et compte tenu de son évidence, il ne saurait également être défini avec précision et rigueur d'autre part.

Ce n'est qu'à compter de l'autonomie constituante que les colonies australiennes évolueront en ce sens. Le 4 août 1853, le Secrétaire aux colonies Newcastle adressera aux lieutenants gouverneurs australiens une information indiquant que les constitutions adoptées doivent l'être en gardant à l'esprit l'octroi d'une forme de gouvernement parlementaire<sup>213</sup>, compte tenu de l'origine des résidents et de la taille du foyer de peuplement<sup>214</sup>.

La formalisation, certes relativement incertaine, représente tout l'objet de la rédaction des premières lois constitutionnelles australiennes, qui reconnaissent implicitement la logique parlementaire, exception faite de la Tasmanie qui ne proposera aucune référence implicite ou explicite<sup>215</sup>. Les débats et les questions institutionnelles sont les mêmes dans toutes les colonies australiennes.

Ainsi, l'article 37 de la loi Constitutionnelle de Nouvelle-Galles du Sud de 1855 ou 14 de la loi Constitutionnelle du Queensland de 1867 prévoyaient les nominations aux fonctions publiques comme une prérogative du gouverneur, sur avis du conseil exécutif, exception faite des postes susceptibles d'être libérés pour des raisons

---

<sup>212</sup> Cité dans J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 305.

<sup>213</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 108.

<sup>214</sup> Idée empruntée à Lord John Russell (J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 316)

<sup>215</sup> On trouvera une référence lointaine à un esprit parlementaire (A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, vol. 1, op. cit., p. 72).

politiques qui ne dépendaient alors que du gouverneur<sup>216</sup>. Ces dispositions se rapprochent d'une inspiration britannique, clairement à l'esprit des rédacteurs de la constitution. Réservé sur les revendications, le corps politique de Nouvelle-Galles du Sud revendiquera clairement une transposition en Australie de la Constitution britannique<sup>217</sup>.

Cette relative lacune des textes contraste avec les lois constitutionnelles de Victoria, de l'Australie-Méridionale ou de l'Australie-Occidentale qui présentent une tentative de formalisation de certains mécanismes.

L'article 18 en Victoria prévoyait l'obligation pour les membres de l'exécutif, titulaires d'une charge de gouvernement d'être membres de l'une des deux chambres<sup>218</sup>. Plus précis, l'article 29 en Australie-Méridionale prévoyait la prérogative de désignation par le gouverneur en conseil, sauf pour les membres du gouvernement devant être parlementaire. Cette disposition était complétée par l'article 32 qui précisait qu'à l'issue de la première élection du Parlement « *le Secrétaire en chef, l'avocat général, le Commissaire aux terres de la Couronne et à l'immigration et le Commissaire aux travaux publics ne [pouvaient] demeurer à leur poste plus de trois mois sans être élus au sein de l'une des chambres* ». A l'occasion des débats sur le texte par la métropole, les parlementaires de la métropole ont souligné l'effort de codification inutile<sup>219</sup>.

Un autre type de formalisation se retrouve à l'article 43 en Australie-Occidentale qui prévoyait que certaines responsabilités du gouvernement pouvaient être sujettes à

---

<sup>216</sup> L'article 51 dresse la liste de ces fonctions et la rémunération qui y est attachée, par exemple : « *l'avocat général, le solliciteur général, l'auditeur général, le trésorier et le secrétaire colonial* ».

La rédaction de ces dispositions a donné lieu à un débat au sein de la colonie. Cette évolution dans la rédaction consacre également l'évolution d'une responsabilité considérée comme individuelle à collective, entérinant la naissance d'un cabinet collégial.

Au surplus, les articles 18 et 19 prévoient un garde-fou intéressant en précisant que toute personne titulaire d'une fonction rémunérée ou une pension versée par la Couronne ne peut être élue, siéger ou voter au sein de l'Assemblée législative, exception faite des membres officiels du gouvernement.

<sup>217</sup> J. M. WARD, *Colonial Self-Government the British experience 169-1856*, op. cit., p. 324.

<sup>218</sup> Une loi de 1883 précise également que les membres du gouvernement nommés par le gouverneur devaient également se présenter devant les électeurs (Art. 2 *Officials in Parliament Act 1883*) qui viendra à être encore précisé à la faveur d'une révision de 1903 (A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, vol. 1, op. cit., p. 68).

<sup>219</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, vol. 1, op. cit., p. 71 note 2.

une responsabilité politique. Les six titulaires de ces fonctions définies par le gouverneur comme fonctions principales du gouvernement, devaient être membres du Parlement. Sur ces six membres, au moins un de ces membres devait être membre du Conseil législatif.

Devant le peu de précision des lois constitutionnelles, les instructions qui seront adoptées concomitamment confirment le tournant opéré en Australie. Ce tournant sera par ailleurs accéléré par la réception des mécanismes du gouvernement parlementaire en Nouvelle-Zélande, alors même que la loi constitutionnelle n'en mentionne aucune référence implicite ou assumée.

Le gouvernement responsable n'est pas une norme formelle. Il s'agit d'un prisme de lecture qui se décèle, se devine. Il ne se définit pas, il se révèle, il se comprend. Il irrigue un texte silencieux, que bien souvent il précède. Il apparaît aux yeux du lecteur attentif, du lecteur conscient de l'histoire politique du système de Westminster, de sa genèse, de son développement par-delà les mers. Le lecteur averti sait bien que les premiers rédacteurs britanniques ne s'encombrent pas de formules complexes<sup>220</sup>. En effet, ces derniers entretiennent un rapport distant avec l'écrit constitutionnel. Cette distinction a son importance, car ce n'est pas de l'écrit dont s'éloignent les rédacteurs car, on le sait également que les Britanniques sont de fins rédacteurs et ne sont pas avares de mots lorsqu'il s'agit de préciser un régime juridique.

Cette rigueur se fait ressentir dans les rédactions des premières chartes. En effet, nous l'évoquons, une attention particulière est portée à des éléments relatifs aux tribunaux, aux frontières par exemple, mais très peu/trop peu d'éléments sont consacrés aux mécanismes institutionnels comme la définition des organes ou les rapports qu'ils entretiennent les uns avec les autres. Nous avons vu que dans le cas du Canada ou de la Nouvelle-Zélande cette écriture, cette codification, cette formalisation est absente ou minimale. Les nouvelles constitutions australiennes ne sont pas étrangères à cela.

---

<sup>220</sup> Soulignons d'ores et déjà que cette tendance va disparaître ou en tous les cas s'estomper dans le cas des lois constitutionnelles plus récentes adoptées par les Etats australiens.  
Un développement particulier sera consacré à ces textes en introduction de la deuxième partie.

On notera le même phénomène dans les constitutions fédérales qui feront l'objet de la section suivante.

On peut déduire de cette absence de formalisation deux éléments. D'abord le fait que le gouvernement responsable n'est pas une simple convention de la constitution, mais qu'il revêt une multitude de modalités de mise en œuvre qui varient en fonction des événements, des évolutions et des expédients politiques. Ensuite, le gouvernement responsable, en tout cas ce qu'il implique, en termes de rapports entre les organes, de système institutionnel est en réalité un alphabet commun, une langue commune au décideur politique. Cette langue, nous le verrons, évolue. C'est bien la raison essentielle, nous semble-t-il, à l'absence de formalisation. Par ailleurs, il est évident que les ramifications de ce système de gouvernement si complexe, si subtil ne peuvent faire l'objet d'une systématisation<sup>221</sup>. Les mécanismes d'équilibre du système de responsabilité doivent faire l'objet d'un flou, d'une indétermination.

Ce fondement fait partie intégrante de l'ADN<sup>222</sup>, de la racine, de l'essence, des constitutions issues de Westminster, comme en témoignent les revendications des colonies pour y parvenir. Le peu de définition formelle témoigne de cette idée de l'inutile définition tant il s'agit d'un vocabulaire commun. Cela démontre à quel point ce lexique du droit constitutionnel est partagé par tous les acteurs.

Ainsi, le gouvernement responsable comme fondement n'est jamais réellement formalisé. Il n'apparaît qu'au prix d'une lecture combinée des dispositions des lois constitutionnelles. En effet, la référence à l'idée du gouvernement responsable n'apparaît qu'en filigrane, elle ne se révèle jamais pleinement, elle s'offre au lecteur qui garde toujours en tête l'héritage historique, les luttes et les revendications. Ainsi le montre la référence aux membres du Conseil exécutif devant être issus de l'une des deux chambres et ne pouvant conserver leur fonction sans avoir siégé à l'une des deux chambres.

---

<sup>221</sup> Cette idée sera évoquée en conclusion du Titre 3 sur la base de l'exemple des entreprises de formalisation et de systématisations du système de gouvernement dans les quatre pays objets de la présente étude.

<sup>222</sup> Pour utiliser l'expression utilisée dans la constitution américaine, on pourrait presque parler de matière noire.

Sur le fond, cette disposition formalise sans le dire, la fonction élective d'un parlement dans un système parlementaire, fondant le trait d'union entre le chef de l'exécutif irresponsable et la représentation de la population de la colonie.

Une idée similaire se retrouve dans toutes les lois constitutionnelles étudiées jusqu'ici, à savoir la primauté de la chambre populaire en matière budgétaire<sup>223</sup>. Cet exemple est très intéressant en ce qu'il incarne à lui seul l'idée d'une formalisation d'une règle britannique reconnue de longue date et le reflet d'une histoire<sup>224</sup>. Cette règle symbolise l'issue d'une lutte entre la Couronne et la représentation sur l'importance du contrôle parlementaire en matière budgétaire formalisée dans le *Petition of Rights* de 1627 et le *Bill of Rights* de 1688.

Les développements précédents, bien que longs nous en conviendrons, permettent de mettre en perspective la construction de l'ordre constitutionnel des dominions et de révéler la différence entre la formalisation et la codification. A cette question s'ajoute celle de la formalisation formelle ou matérielle de la constitution de référence, la Constitution britannique.

L'Australie<sup>225</sup>, au niveau de chacun des foyers de peuplement pour l'instant, ainsi que le Canada et la Nouvelle-Zélande, se sont tous vus dotés d'une architecture constitutionnelle proche de celle de la métropole. L'évolution du système de gouvernement et l'enracinement des pratiques et des logiques parlementaires, en un

---

<sup>223</sup> Art. 1 de la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Galles du Sud de 1855.

Art. 33 la Loi constitutionnelle de Tasmanie de 1854, art. 40 de la Loi constitutionnelle de l'Australie Méridionale de 1856.

Art. 2 (en lien avec l'article 18) de la Loi constitutionnelle du Queensland de 1867.

Deux dispositions attirent l'attention, d'une part, l'article 56 de la Loi constitutionnelle de Victoria de 1855 qui pose la prééminence de l'Assemblée législative et précise que le Conseil législatif ne peut rejeter mais non amender les lois de nature financière ; d'autre part, l'article 46 de Loi constitutionnelle de l'Australie Occidentale de 1899 qui propose une codification intéressante puisqu'il précise que le Conseil législatif (2) ne peut amender les lois de finance, (3) alourdir les charges publiques (4) le Conseil législatif ne peut que proposer des modifications qui seront ou non retenues par l'Assemblée législative.

Ces deux dispositions se rapprochent de la pratique consacrée, notamment en Angleterre à l'époque et qui se trouveront codifiées dans les *Parliament Acts* de 1911 et 1949.

Le (5) du même article précise que le bicamérisme est parfaitement égalitaire exception faite de la question des lois de nature financière.

<sup>224</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p160 ou p. 370 et G. CAMPION, *A treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, Londres, Butterworths, 14 e éd., 1946, pp. 1062

<sup>225</sup> Une exception toutefois, certaines colonies, notamment en Australie ont préféré adopter un parlement intégralement élu, considérant qu'une chambre nommée par le gouverneur, ou par le gouverneur en conseil aboutirait à un déséquilibre dans les rapports institutionnels. Cette chambre nommée rappelait la nature aristocratique de la Chambre des lords.

mot la constitution matérielle de la métropole seront également formalisés sans être pleinement codifiés.

C'est bien là toute la beauté, toute la noblesse du droit constitutionnel des épigones de Westminster : la formalisation est partout, la codification nulle part. En effet, les mécanismes de contrôle de la représentation nationale ne font jamais l'objet d'une codification mais toujours l'objet d'une formalisation. Ils sont toujours formalisés dans les discours politiques, dans les débats entre la métropole et les colonies, et surtout dans les instructions remises aux gouverneurs, avec plus ou moins de clarté. Ainsi, des formules comme « *gouverner avec le concours des vues de la population* », ou encore « *appeler à servir dans les conseil exécutifs les membres disposants de la confiance des assemblées* » sont autant de formules qui ne laissent aucun doute sur la volonté de donner pleine mesure à ces mécanismes.

Les lois constitutionnelles australiennes, tant par humilité que par incertitude ont préféré une codification *a minima* des mécanismes, une volonté d'assumer un héritage sans l'exhiber à la première lecture. Ces étapes d'analyse sont essentielles pour saisir l'interprétation des constitutions nationales. En effet, les constitutions de l'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande déjà étudiées, s'inscrivent dans cette histoire constitutionnelle qui s'est progressivement construite. Il s'agit de reconnaître la volonté de conserver un système de gouvernement pleinement appréhendé dans les grandes lignes sans ressentir le besoin de le définir précisément, entreprise qui serait de toute façon vouée à l'échec. Il est, rappelons-le, impossible de cristalliser ce système de gouvernement qui est en réalité le fruit d'une construction mentale, le reflet d'une psychologie constitutionnelle, un langage institutionnel commun, un discours sur le droit constitutionnel<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> C. L. BLACK, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Ox Bow Press, 1969, 98pp.

## **Section 2 – La rédaction des constitutions nationales et l'évolution des rapports avec la métropole**

Les rudiments de l'autonomie politique étaient enfin établis et reconnus par la métropole. L'avancée libérale que cela représentait, tant on ne pouvait maintenir dans une situation d'infériorité politique les sujets de la couronne bercés et formés aux idées de la liberté de détermination politique, constituait également, nous l'évoquions à de nombreuses reprises, la seule possibilité de préserver l'unité de l'Empire, de renouveler sa nature et sa forme.

L'adoption des constitutions nationales notamment au Canada et en Australie fut réalisée sans difficulté (**sous-section 1**). C'est davantage l'adoption du statut de Westminster et des *Australia Acts* de 1986 qui retiendront notre attention (**sous-section 2**)

### **Sous-Section 1 – La rédaction des constitutions nationales**

*Des constitutions semblables à celle de l'Angleterre* : voilà, en un mot l'idée qui guidera le processus constituant en Australie et au Canada<sup>227</sup> en cette deuxième moitié de XIX<sup>ème</sup> siècle.

#### A – Les choix de formalisation

Les trois grandes constitutions nationales de cette seconde période constitutionnelle serviront de cadre, de toile de fond à l'éclosion du système de gouvernement parlementaire en maturation depuis les premières revendications, si vaguement formulées soient-elles<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Le cas de la Nouvelle-Zélande ayant déjà été abordé.

<sup>228</sup> Nous renvoyons le lecteur au chapitre 3 notamment s'agissant des développements sur les revendications néozélandaises ou canadiennes.

Il ne s'agira pas dans le présent développement de s'attarder sur le processus constituant en tant que tel qui a déjà fait l'objet d'analyses sous la plume de nombreux auteurs<sup>229</sup>. Dans le même ordre d'idées, si la question fédérale n'est que secondaire à la présente étude, la question de la constitution des Etats australiens ou des provinces canadiennes ne l'est pas. C'est la raison pour laquelle nous renvoyons à des auteurs qui y ont consacré leurs travaux tels que Nicolas Aroney<sup>230</sup> pour l'Australie ou Fabien Joly pour le Canada<sup>231</sup>. Sans toutefois passer sous silence cette question essentielle, soulignons ce qui semble important, compte tenu du cadre retenu pour ce travail. Le fédéralisme est un élément d'analyse intéressant car il représente un concept propre à expérimenter et étudier les points de convergence entre codification et règles de droit non codifiées. La forme fédérale d'un Etat ou d'une institution révèle les arbitrages réalisés en termes d'écriture et de sous-entendu.

Ainsi, les constitutions australienne et canadienne ont formalisé précisément une répartition des compétences entre les différents niveaux d'administration<sup>232</sup>. Alors que la forme fédérale en Australie ne fait absolument aucun doute, la fédération canadienne est sujette à réflexion, allant jusqu'à être définie par Wheare comme une « *quasi fédération*<sup>233</sup> ». Deux éléments simples permettent d'établir cette analyse. D'abord la place des lieutenants-gouverneurs qui ne peut aucunement être assimilée à celle des gouverneurs canadiens. Ces derniers formellement nommés par Ottawa disposent d'une marge de manœuvre réduite. Ensuite, le Sénat Canadien, dont l'abrogation revient

---

<sup>229</sup> Pour une analyse générale P. C. OLIVER, *The constitution of Independence*, Oxford University Press, 2005, partie 2, p. 111.

J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 110 et suivante. S. CRENNAN, « Chapt. 3- Federation » (p. 78 à 95) ou M. CROMMELIN, « Chapt. 35- The Federal Principle » (p. 853 à 878), dans C. SAUNDERS, A. STONE, *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2018, p.

J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, J. POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back ? : Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism » (p. 391 à 414) et E BROUILLET, B RYDER, « Key Doctrines in Canadian Federalism » (p. 415 à 432), dans P. OLIVER, P. MACKLEM, N. DESROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, 2017.

F. G. JOLY, *Fédéralisme et Parlementarisme: l'exemple canadien*, Thèse de Doctorat, O. Beaud (dir), Université Paris 2, 2007, 672pp.

<sup>230</sup> N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, 2009, 446 pp. Voir O. BEAUD, « The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution », *Jus Politicum*, n°6, 2011.

<sup>231</sup> C. SAUNDERS, « Le Fédéralisme australien et l'autonomie locale », *Revue Pouvoirs*, n°141, 2102, p. 39 à 50. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Pour une théorie déontique-axiomatique de la décision en contexte fédéral, ou quelques jalons pour une philosophie politico-juridique du fédéralisme », *Jus Politicum*, n°16, 2016p. 135 à 177.

<sup>232</sup> Articles 50 et 51 de la constitution Australienne et articles 91 et suivants de la Constitution canadienne.

<sup>233</sup> K.-C. WHEARE, dans *Federal Government*, 3e éd., Londres, Oxford University Press, 1947, p. 19.

ponctuellement sur le devant de la scène institutionnelle, ne correspond à aucun découpage provincial réel et se compose de membres nommés, une fois encore par Ottawa. Bien que particulièrement centralisée, les prérogatives de la capitale canadienne sont exercées avec consultation des provinces. Par ailleurs, les organes de collaboration entre la fédération et les entités sont le fruit d'accords informels à l'image de ce qui existe au niveau du Commonwealth britannique.

La question du bicamérisme australien revêt une autre dimension. C'est, nous semble-t-il, le sujet auquel les rédacteurs de la constitution ont accordé le plus de considération, de temps et d'énergie.

La réflexion sur les rédactions des constitutions du Canada, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande offre une analyse sur la question de la formalisation. La réflexion est conduite en deux temps.

D'une manière générale, la codification retenue dans les trois constitutions peut être abordée de la même façon. Il s'agit de codifier les institutions d'une monarchie parlementaire<sup>234</sup>. L'expression est ici à prendre au pied de la lettre car il s'agit de formaliser les fonctions essentielles du monarque dans une monarchie constitutionnellement limitée mais aucunement de codifier les mécanismes institutionnels ; à ce titre les trois constitutions présentent toute une dimension descriptive. Ainsi, l'expression choisie par le rédacteur de la constitution canadienne prend tout son sens « *une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni* ». Il s'agit là d'une déclaration de principe, une déclaration d'intention<sup>235</sup> qui deviendra, par la suite, un outil juridique contraignant et le cœur de la Constitution canadienne. Par ailleurs, au-delà de celle-ci, ce sont toutes les questions des dominions qui se fondent sur ces principes. La volonté de reconnaissance des conventions de la constitution ou d'un héritage britannique n'est pas l'apanage du Canada. Stanley

---

<sup>234</sup> J. QUICK & R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of Australia*, Angus & Robertson, 1901, p. 294. « La monarchie représente le gage d'une harmonie avec la Constitution britannique et une preuve de loyauté ».

<sup>235</sup> A. LE DIVELLEC, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVIIe - XXe siècles) », *Jus Politicum*, n°9, juillet 2013.

Alexander de Smith note l'exemple de l'article 54(5) de la Constitution Maltese de 1921 qui prévoit explicitement une référence aux pratiques britanniques en soulignant que les rapports entre les organes de l'Etat « *doivent être réglées, autant que possible en se rapprochant des pratiques constitutionnelles, dans des domaines semblables, adoptées au Royaume-Uni*<sup>236</sup> ». Plus intéressant encore est l'article 51 de la Constitution l'Etat Libre d'Irlande de 1921 qui prévoit explicitement « *L'autorité exécutive de l'Etat Libre d'Irlande (Saorstát Eireann), est par la présente reconnue au Roi, et devra être exercée en accord avec les lois, les pratiques, et les usages constitutionnels qui guident l'exercice de l'autorité exécutive par les représentants de la Couronne au Canada*<sup>237</sup> ».

Sur le fond, les trois constitutions qui nous occupent, ne précisent aucun élément de mise en œuvre de la constitution matérielle. Cette dernière n'est jamais définie réellement, elle n'apparaît qu'en filigrane, qu'à demi-mot, comme une œuvre cachée. Les constitutions formelles identifient une forme de régime de gouvernement sans jamais définir le système de gouvernement.

Sans entrer dans le catalogue, dressons les contours du régime des dominions : nous l'évoquons, les trois constitutions proposent un régime de monarchie constitutionnelle ou parlementaire. Reconnaître le côté parlementaire serait reconnaître une forme de contrôle du parlement sur l'exécutif, or dans les textes, il n'en est rien. Ainsi, les constitutions proposent toutes de faire résider la direction de l'Etat entre les mains de la Reine<sup>238</sup>, à l'exception de la loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande de 1852.

Le gouverneur exerce les fonctions de chef de l'exécutif (rappelons-le, en aucune manière les représentants de la couronne n'exercent la fonction de chef de l'Etat). Le Parlement se compose toujours d'une réunion de trois éléments : la Reine, une chambre populaire et une chambre territoriale (sans tenir compte ici des modalités de désignations). On voit ici une formalisation de la trinité britannique<sup>239</sup>. Dans le même

---

<sup>236</sup> S. A. DE SMITH, *The New Commonwealth and its Constitutions*, Londres, Stevens & Sons, 1964, p. 80.

<sup>237</sup> Article 51 de la Constitution de l'Etat Libre d'Irlande.

<sup>238</sup> Art. 9 de la Loi constitutionnelle du Canada de 1867, art. 61 de la Constitution australienne.

<sup>239</sup> Art. 32 de la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande de 1852, art. 17 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1867 et 1er de la loi constitutionnelle australienne de 1900.

ordre d'idées, les constitutions identifient toutes les mécanismes de régulation à la disposition de la Couronne britannique comme la convocation des électeurs<sup>240</sup>, la dissolution, la prorogation ou l'ajournement<sup>241</sup>, les particularités en matière d'initiative financière<sup>242</sup> ou encore les compétences en matière de contrôle et de promulgation de la loi<sup>243</sup>.

Aucune des trois constitutions n'offre de formalisation d'une règle elle-même issue d'une règle de nature conventionnelle comme par exemple le chef du gouvernement. Il est fait toutefois référence au conseil exécutif et à la logique de l'avis, comme nous l'évoquons, notamment dans les constitutions antérieures. C'est sur ce fondement succinct que la logique de l'avis a pris racine dans les constitutions britanniques au-delà des mers.

Par ailleurs, ces constitutions doivent également être lues en lien avec l'adoption du *Colonial Law Validity Act* qui les précède et consacre une autonomie législative aux colonies. Cette loi pose le principe de l'autonomie législative des colonies moyennant le respect du principe de la répugnance en cas de contradiction avec un intérêt impérial. La loi se justifie par elle-même, toutefois elle représente également un exemple intéressant de rapport entre une règle non codifiée et une règle formelle. En effet, le *Colonial Law Validity Act* a été adopté pour mettre fin à une jurisprudence restrictive dans les colonies<sup>244</sup>, visant à restreindre au-delà de ce que le Parlement impérial souhaitait réellement. Cette logique sera la même au moment de l'adoption du statut de Westminster de 1931.

---

<sup>240</sup> Articles 40 à 43 la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande de 1852, articles 55, 56 et 57 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1867, articles 58, 59 et 60 de la Loi constitutionnelle australienne de 1900

<sup>241</sup> Articles 40 et 44 de la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande de 1852, articles 41 à 44 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1867, articles 53 et 54 de la Loi constitutionnelle australienne de 1900.

<sup>242</sup> Article 54 la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande de 1852, articles 55, 56 et 57 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1867, articles 53 à 56 de la Loi constitutionnelle australienne de 1900

<sup>243</sup> Articles 56, 58 et 59 de la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande de 1852, articles 55, 56 et 57 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1867, articles 58, 59 et 60 de la Loi constitutionnelle australienne de 1900.

Les dispositions de l'article 57 en matière de blocage législatif seront l'objet d'une analyse particulière.

<sup>244</sup>Dans les années 1860, le juge de la colonie de l'Australie Méridionale a mis en œuvre une jurisprudence qui conduisait à invalider des lois coloniales sur le fondement d'une violation de la *common law*. J. E. COTE, « The Reception of English Law », *Alberta Law Review*, vol. XV, 1977, p. 29 à 92.

Voir également K. ROBERTS-WRAY, *Commonwealth and Colonial Law*, Londres, Stevens & Sons, 1966, p. 396 et suivantes. A. C. CASTLES, « The Reception and Status of English Law in Australia », *The Adelaide Law Review*, vol. 2, n°1, 1963, p. 1 à 32.

Cette schématisation des constitutions nationales est un prétexte pour mettre en lumière une évolution de la notion et l'importance de l'écrit dans la destinée constitutionnelle des dominions. Sur le fond, on distingue trois périodes, trois étapes, trois modalités d'utilisation de l'écrit. Avec chacune de ces étapes, la métropole est de plus en plus lointaine, de moins en moins présente dans le processus de formalisation constitutionnelle.

La loi constitutionnelle de 1852 pour la Nouvelle-Zélande ne donne aucune référence au système de gouvernement de cabinet. Cette lacune s'explique facilement. En réalité, la loi de 1852 représente un point de départ, incarnation, dans une certaine mesure, de l'ambition fédérative de George Grey. Elle est le fruit unique du travail de Lord Grey et l'incarnation des ambitions de gouvernement de la métropole. La loi de 1852 a un avantage non négligeable par rapport aux autres constitutions de l'époque en ce qu'elle ouvre la possibilité de révision<sup>245</sup>, qui sera complétée par la loi de 1857<sup>246</sup>. Les logiques de contrôle par la représentation de la colonie apparaîtront comme le fondement de ce texte.

S'agissant du Canada et de l'Australie, la dynamique n'est pas la même. En effet, les outils du gouvernement responsable, du système de cabinet, ont déjà été conquis et assimilés par les systèmes de gouvernements locaux.

Les constitutions nationales ont été rédigées avec à l'esprit les mécanismes du gouvernement responsable. Ces mécanismes sont, dans une certaine mesure, des conventions fondatrices, des prérequis constitutionnels, des outils de compréhension institutionnelle. Il est impossible, impensable de séparer les textes de 1867 ou de 1900 de leur contexte, de leur cadre historique et politique.

Cet argument explique l'absence de mention des mécanismes du système de cabinet. Au-delà de l'assise historique de ces fondements, la formalisation représente

---

<sup>245</sup> Articles 65 et suivant de loi néozélandaise de 1852.

<sup>246</sup> *New Zealand Constitution (Amendment) Act 1857*, 21 vict, c. 53.

toujours un risque comme en témoigne la position de Robert Garran, l'un des pères fondateurs de la constitution australienne<sup>247</sup>.

Le Président de la Haute Cour, Owen Dixon, souligne que le rejet d'une forme d'implication constitutionnelle ne saurait prospérer car elle serait une trahison de toute constitution formelle<sup>248</sup>. Le lien entre ces éléments est également mis en avant par Jeffrey Goldworthy<sup>249</sup> qui insiste sur la volonté du rédacteur de la constitution formelle<sup>250</sup>.

Ainsi, le silence néozélandais contraste avec l'héritage assumé et revendiqué de la Constitution canadienne. Cette idée est déjà mentionnée : la lettre du préambule de la Constitution assume l'héritage britannique. Qu'il nous soit toutefois permis de nuancer l'idée précédente. En effet, le préambule canadien mentionne « *des principes* » semblables à ceux en vigueur au Royaume-Uni. Le choix du terme « principe » est mûrement pensé. En effet, il n'est pas fait mention des conventions ou des pratiques (alors même que dans le cadre des revendications du XIX<sup>ème</sup> siècle, celles-ci sont parfaitement connues). Peter Oliver souligne que ce choix du terme « principe » est plus large que celui de « convention » et permet d'englober consciemment un ensemble d'éléments de nature diverse afin d'intégrer au Canada une forme d'architecture semblable à celle de la Grande-Bretagne. Les rédacteurs canadiens se sont inspirés des « principes très largement connus de la Constitution britannique<sup>251</sup> », idée pleinement assumée dès le début des débats constitutionnels<sup>252</sup>.

Cet héritage assumé sera à l'origine de la construction jurisprudentielle d'une structure constitutionnelle qui sous-tend la Constitution canadienne. Cette interprétation constructive du préambule deviendra progressivement matérielle et

---

<sup>247</sup> G. APPLEBY, « Chapt. 9 – Unwritten Rules » In C. SAUNDERS, A. STONE (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2018, p. 209 à 234.

<sup>248</sup> *West v. Commissioner of Taxation* (New South Wales), 56 CLR 657 (p. 681).

<sup>249</sup> J. GOLDSWORTHY, « The Constitution and its Common Law Background », *Public Law Review*, vol. 25, n°4, p.265 à 283.

<sup>250</sup> J. GOLDSWORTHY, « The Implicit and Implied Written Constitution », in R. DIXON, A. STONE (dir.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2019, p. 109 à 145.

<sup>251</sup> *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada Québec, Hunter & Rose, 1865, p. 387 (député Hector-Louis Langevin).

<sup>252</sup> *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American*, op. cit, p. 3.

mettra en lumière une constitution matérielle sur laquelle repose la constitution formelle.

L'exemple australien<sup>253</sup> est également intéressant : l'héritage britannique est formalisé *a minima*. En effet, on retrouve à l'article 64<sup>254</sup> la même formulation d'une forme de fonction élective du parlement. Les ministres<sup>255</sup> ne peuvent conserver leur fonction s'ils ne siègent pas au sein de l'une des deux chambres du Parlement. L'article 53 al. 2 est également inspiré, tant d'une pratique anglaise que des constitutions des colonies australiennes, le Sénat ne peut amender une loi de nature financière. Cette formalisation inspirera l'adoption du *Parliament Act* de 1911.

Ces éléments formels laissent entrevoir la volonté de s'appropriier implicitement les mécanismes du gouvernement de cabinet. La discrétion australienne s'explique par deux raisons. La première déjà évoquée est l'existence préalable des mécanismes du gouvernement responsable. La seconde, bien plus représentative du lien qui unit les colonies à la métropole, réside dans la volonté de ne pas trop en dire, de ne pas trop écrire pour ne pas paraître trop ridicule aux yeux du Parlement impérial.

George Winterton analyse, dans le premier chapitre de son ouvrage, les difficultés inhérentes à la formalisation des mécanismes du gouvernement responsable<sup>256</sup>. Il révèle que les pères fondateurs australiens avaient la volonté de reproduire la « *constitution britannique actuelle et non théorique. Toutefois, ils craignaient de sembler gauche et sans éducation aux yeux des Britanniques. Les juristes britanniques tourneront en ridicule toute tentative de coucher sur le papier la position institutionnelle de la Couronne*<sup>257</sup> ». A l'occasion des débats de la convention constituante de 1898, le député Edmund Barton explique craindre « *que l'on nous reproche notre ignorance en matière de rédaction législative par manque de savoir constitutionnel*<sup>258</sup> ». Ainsi, « *toutes les*

---

<sup>253</sup> A. SIMPSON, « Chapt. 24 – Parliaments », dans C. SAUNDERS, A. STONE (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2018, p. 563 à 586.

<sup>254</sup> Art. 64 al.2 Loi constitutionnelle australienne de 1900 « *Après la première élection générale, aucun ministre d'État ne pourra conserver ses fonctions pendant plus de trois mois à moins qu'il ne soit élu sénateur ou membre de la Chambre des représentants* ».

<sup>255</sup> C'est d'ailleurs, l'une des rares constitutions qui mentionne expressément le titre de « *ministres d'Etat* ». On retrouvera par ailleurs, à l'article 65 une limite au nombre de ministres.

<sup>256</sup> G. WINTERTON, *Parliament, the Executif and the Governor General*, Melbourne University Press, 1983, p. 1 à 26.

<sup>257</sup> G. WINTERTON, *Parliament, the Executif and the Governor General*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>258</sup> G. CARNEY, *The Constitutional System of the Australian States and Territories*, *op. cit.*, p. 258

<sup>258</sup> *Convention debates Adelaide*, 1898, p. 2259.

*Constitutions nécessitent des fondations qu'aucun texte écrit ne peut établir à lui seul*<sup>259</sup> ».

La lettre des constitutions ne donne que peu d'éléments sur la nature du système de gouvernement à l'œuvre. La compréhension institutionnelle de ces constitutions réside dans les luttes politiques. Par ailleurs, le développement matériel de ces ordres constitutionnels sera révélé par la jurisprudence qui jettera la lumière sur une structure, jusqu'ici invisible.

### B – Le développement constitutionnel – La révélation de la constitution par le juge.

Définir la substance d'une constitution est une œuvre collective et concertée. Le discours des rédacteurs de la constitution et des acteurs politiques qui entendent la mettre en œuvre, essentiel pour la présente analyse, ne peut pas ignorer les implications juridictionnelles. La référence classique à ce propos est la décision *Attorney General v. Jonathan Cape* de 1976<sup>260</sup>. Anne Jussiaume souligne « *les juges ne sont jamais contraints à un silence absolu à propos des conventions. A de nombreuses reprises ils ont reconnu leur existence*<sup>261</sup> ». Les juges ont un rôle essentiel dans la construction matérielle ou substantielle de la constitution. L'importance de ces décisions réside souvent dans le fait qu'elles contribuent à révéler une structure constitutionnelle qui sous-tend la constitution formelle. On peut voir derrière cette analyse l'idée déjà évoquée par Matthias Jestaedt<sup>262</sup>.

La décision de 1982, dite du rapatriement au Canada<sup>263</sup>, en est un exemple central. Cette décision est essentielle car elle marque un point de rupture dans la construction

---

<sup>259</sup> Propos de Mark Graber, cités dans Y. ROZNAI, « La classification des normes constitutionnelles », *Titre VII*, n°8, avril 2022.

<sup>260</sup> *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd and Others* [1976] QB 752. Voir sur ce point : Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, op. cit., p. 172

A. JUSSIAUME, *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2002 p. 355

<sup>261</sup> A. JUSSIAUME, *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, op. cit., p. 352.

<sup>262</sup> M. JESTAEDT, « La double constitution – Une stratégie positiviste », *JusPoliticum*, n°6, décembre 2011.

<sup>263</sup> Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753.

du droit constitutionnel canadien. La Cour cite tout à la fois Dicey<sup>264</sup> et Jennings<sup>265</sup> pour reconnaître l'existence d'une convention et conclure d'une part à son existence et à son impossible utilisation d'autre part. Ce point de bascule témoigne du fait que le droit constitutionnel est en permanente évolution. En effet, la référence explicite aux conventions de la constitution comme élément central du droit constitutionnel canadien parachève ainsi l'œuvre du rédacteur de 1867. Avant 1982, le préambule était interprété de manière très littérale et formelle<sup>266</sup>, puis la lecture du préambule devient plus substantielle<sup>267</sup>. Cette logique a été renforcée avec les décisions de 1995<sup>268</sup> relatives aux droits linguistiques du Manitoba. Dans la décision de 1998 relative à la sécession du Québec<sup>269</sup> une nouvelle précision sera posée : *« Quels sont ces principes fondamentaux ? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d'évolution. Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémises inexprimées. L'analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre. Notre Constitution a une architecture interne [...] appelée «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Dans le récent Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici. Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour*

---

<sup>264</sup> Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753 (p. 854).

<sup>265</sup> Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753 (p. 888).

<sup>266</sup> P. C. OLIVER, *The constitution of Independence*, op. cit., p. 155 et suivantes.

<sup>267</sup> « Chapt 44 – The Role of Theory in Canadian Constitutional Law » P. OLIVER, P. MACKLEM, N. DESROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 939 à 963.

<sup>268</sup> Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba [1985] 1 RCS 721. Dans cette décision la Cour précise : *« dans les décisions constitutionnelles la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même du Canada »*.

<sup>269</sup> Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 RCS 217.

*certaines par une allusion indirecte dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale* ». Ces deux décisions témoignent d'un activisme juridictionnel<sup>270</sup> particulièrement important<sup>271</sup>. Cette logique a permis de révéler la constitution matérielle par-delà la seule constitution formelle, *les principes sous-jacents*<sup>272</sup>. Le juge canadien est par exemple à l'origine de la consécration d'une catégorie juridique intermédiaire « *les lois quasi-constitutionnelles*<sup>273</sup> ». Cette catégorie restrictive, en ce qu'elle ne concerne que certains droits fondamentaux, s'inscrit dans la même démarche que la consécration des *Constitutional Statutes* par le juge britannique.

Les juges néozélandais et australiens<sup>274</sup> abordent la même approche de l'expansion de la constitution formelle. Ces derniers se retranchent derrière la structure de la constitution formelle.

La structure de la constitution formelle révèle, d'après le juge, une série de droits et libertés. Ce recours à la structure de la constitution formelle a permis au juge d'utiliser la lettre de la constitution, d'exploiter la volonté du rédacteur ou encore un héritage historique pour étendre la portée normative de la constitution. Cette approche a également inspiré le juge constitutionnel indien qui a développé la doctrine de la structure fondamentale de la constitution pour élargir l'étendue de son contrôle, allant jusqu'à invalider une révision de la constitution. Le juge indien considère que la constitution formelle repose sur un ensemble de principes fondamentaux, à l'image des approches australienne<sup>275</sup> et néozélandaise.

---

<sup>270</sup> A. JUSSIAUME, « La Cour suprême et la Constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire sur l'activisme juridictionnel », *Jus Politicum*, n°3, 2009.

<sup>271</sup> D. PINARD, « Certaines utilisations des principes constitutionnels implicites par la Cour Suprême du Canada », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, vol. 55, n°1, 2007, p. 625 à 662.

<sup>272</sup> R. ELLIOTT, « References, Structural Argumentation and Organization Principles of Canada's Constitution », *Canadian Bar Review*, vol. 80, n°1 & 2, 2001, p. 67 à 142.

<sup>273</sup> T. KAHANA, « Chapt. 2- Canada », dans D. OLIVER, C. FUSARO, *How Constitutions Change, A comparative Study*, Hart Publishing, 2011, p. 9 à 40.

<sup>274</sup> Sur cette question, quoique plus loin que l'expérience canadienne on peut citer les principes constitutionnels implicites dégagés par le juge pour préserver la démocratie A. STONE, « Chapt – 38. Expression », dans C SAUNDERS, A STONE (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 952 à 978.

<sup>275</sup> *Toy v. Musgrove* (1888) 14 V.L.R. 349, pour un commentaire voir D. WOOD, « responsible government in the Australian Colonies: toy v. Musgrove reconsidered », *Melbourne University Law Review*, vol. 16, 1988, p. 760 à 784.

Ces décisions révèlent que les constitutions sont des organismes vivants ou, pour citer un juge canadien connu, des arbres vivants. Idée également développée par les juges Isacc Isaacs<sup>276</sup> et Dixon en Australie.

Il convient toutefois de souligner que les principes sous-jacents, implicites ou fondamentaux révélés par les juges, doivent être distingués des règles institutionnelles qui gouvernent les rapports institutionnels, qui irriguent le système de gouvernement. S'agissant des conventions de la constitution, les juges, tout en les reconnaissant<sup>277</sup>, font preuve de la plus grande prudence. En effet, reconnaître ces règles et leur importance n'est qu'une marque de cohérence constitutionnelle permettant d'uniformiser la lecture constitutionnelle ; les rendre contraignantes est plus discutable. Reconnaître à ces règles une valeur juridictionnelle contrevient à une certaine forme de séparation et d'équilibre des pouvoirs.

Il est toutefois arrivé que le juge se prononce sur le fond de ces règles, comme le démontrent les crises des prorogations au Canada en 2008 et en Angleterre en 2019<sup>278</sup>. La rareté de ces exemples montre la difficulté à appréhender ces outils<sup>279</sup>. Le Professeur Guilluy souligne que la retenue des juges peut s'expliquer par le fait que dans certains le mécanisme politique est plus à même de trouver une solution acceptable. A l'image d'ailleurs des renvois canadiens évoqués. Toutefois rien n'exclut une évolution de cette situation, par un changement de conception du rôle du juge<sup>280</sup>.

Ainsi, les jurisprudences contribuent à formaliser, à définir les règles institutionnelles, elles perdent alors leur caractère éthéré ou non codifié sans être

---

<sup>276</sup> Ce dernier deviendra le premier gouverneur-général Australien.

<sup>277</sup> J. JACONELLI, « Do Constitutional Conventions Bind? », *The Cambridge Law Journal*, vol.64, n°1, 2005, p.149 à 176. C. J. G. SAMPFORD, « Recognize and Declare': An Australian Experiment in Codifying Constitutional Conventions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, n°3, 1987, p. 369 à 420.

<sup>278</sup> Ces questions sont abordées dans le chapitre 6.

<sup>279</sup> F. GELINAS, « La Cour suprême du Canada et le Droit politique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, juillet 2008. L'auteur souligne notamment la difficulté liée à l'indétermination de la notion.

<sup>280</sup> L. SIROTA, « Towards a Jurisprudence of Constitutional Conventions », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 11, n°1, 2011, p. 29 à 51.

codifiées. Le juge participe à l'exercice difficile de définition de la règle tout en préservant sa flexibilité.

L'ensemble de ces développements montre l'évolution de la formalisation constitutionnelle dans les dominions. Toutefois, la reconnaissance n'induit pas une codification car, comme nous l'évoquions, la flexibilité demeure un enjeu central. S'agissant des rapports avec la métropole, l'écrit opère comme un outil de cristallisation et de solidification de la règle.

## **Sous-section 2 – La reconnaissance juridique de l'autonomie des dominions par la métropole**

Les revendications de toutes parts, et plus ou moins révolutionnaires, entraîneront un troisième mouvement dans le développement institutionnel des futurs dominions. L'autonomie politique existait de fait, sans être, comme nous ne cessons de le souligner, réellement formalisée dans les constitutions. En effet, alors que les constitutions des Etats australiens ont adopté des formulations minimalistes et restrictives, les constitutions nationales, par évidence ou par pudeur, n'ont pas formalisé les éléments essentiels du système de gouvernement britannique.

Les règles relatives à la désignation des gouverneurs généraux sont un exemple de l'adaptation d'une règle aux changements politiques alors que l'adoption du statut de Westminster de 1931 et des *Australia Acts* de 1986 donne un autre exemple de la formalisation de règles de nature conventionnelle.

Les dernières évolutions au niveau globale de l'Empire qui seront formalisées politiquement dans la déclaration Balfour de 1926 et légalement dans le statut de Westminster de 1931, ne représentent pas, selon nous, une évolution en soi mais simplement la cristallisation formelle d'une situation déjà constituée depuis la fin de la

Première Guerre mondiale<sup>281</sup>. Ces événements permettent d’apporter un autre éclairage sur la question de la valeur, ou du poids de l’écrit en droit constitutionnel<sup>282</sup>.

### A – Le statut de Westminster

Le statut de Westminster est considéré comme l’acte d’indépendance des dominions<sup>283</sup>, l’acte de naissance des dominions en tant que collectivité politique autonome réunie sous la Couronne britannique. Il ne sera pas question ici, faute de place, de temps et de choix du sujet, de s’attarder au-delà de quelques considérations générales sur la valeur de cet acte fondateur<sup>284</sup> qui a redéfini les rapports entre les dominions et la métropole pour consacrer la naissance d’une communauté de nations<sup>285</sup>.

La Première Guerre mondiale incarne le tournant des nouvelles ambitions des dominions. La loi de 1931 est le produit de la conférence impériale de 1926 et de la magnifique définition posée par Lord Arthur Balfour visant à explicitement reconnaître l’existence d’un groupe de communautés s’administrant librement, composé de la Grande-Bretagne et des dominions. La portion la plus connue de son allocution est sans doute la définition qu’il pose des dominions et du nouvel empire, à savoir « *des Communautés autonomes au sein de l’Empire britannique, de statut égal, aucunement subordonnées les unes aux autres dans quelque aspect que ce soit de leurs affaires intérieures ou étrangères, mais unies par leur allégeance commune à la Couronne, et librement associées en tant que membres du Commonwealth britannique des Nations*<sup>286</sup> ». Un élément essentiel réside dans le changement de position formelle des représentants de la Couronne. Les gouverneurs ne sont plus, à compter de 1931, des agents du gouvernement de la métropole. Rappelons toutefois que depuis le mandat

---

<sup>281</sup> Ils seront l’objet de la deuxième section du chapitre 8.

<sup>282</sup> En effet, jusqu’ici nous avons constaté deux situations. Le premier cas se caractérise par l’écrit comme précédent au développement institutionnel alors que le deuxième cas notamment incarné par le Statut de Westminster ou par les constitutions fédérales du Canada de 1867 et de l’Australie de 1900 se caractérise par l’écrit comme un élément postérieur du droit constitutionnel.

<sup>283</sup> P. OLIVER, *The Constitution of Independence*, op cit. p. 80 et suivantes.

<sup>284</sup> T. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, op. cit., p. 123 et suivante.

J. – J. CHEVALLIER, « Les origines et le sens du statut de Westminster », *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. 17, 1936, p. 413 à 441.

<sup>285</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5ème éd, Oxford University Press, 1953, p. 122.

<sup>286</sup> Imperial Conference, 1926, Summary and Proceedings, Dublin, Stationery Office, 1926, p. 13.

d'Henry Grey aux colonies, la consigne a été explicitement donnée de suivre l'avis du gouvernement provincial, sous couvert, il est vrai de vigilance, quant à la garantie des intérêts impériaux.

La beauté de cette loi réside dans sa simplicité et dans son symbolisme. En effet, ce document formalise une convention de la constitution, une règle informelle connue et intégrée de longue date de la part de chacune des parties. L'article 4 pose explicitement la règle de la consultation et du consentement préalable des dominions intéressés avant l'adoption d'une loi par le Parlement de Westminster. La règle ainsi formalisée n'apporte en réalité rien de nouveau et ne bouleverse aucunement les rapports avec la métropole. Elle s'inscrit pleinement dans ce qui a pu être identifié par le Professeur Chevallier comme un « match de volonté », processus par lequel les conventions ont pu être reconnues au sein de l'Empire britannique<sup>287</sup>. Le Statut de Westminster proclame solennellement une règle afin que celle-ci soit reconnue et appliquée par les juges. Le Professeur Guilluy souligne ainsi l'application difficile de cette loi en rappelant que lors de la décision *Copyright Owners Reproduction Society Ltd v. EMI (Australia) Pty Ltd* de 1958 la Haute Cour australienne a eu à s'interroger sur les effets de l'article 4. Cette décision « fournit l'un des rares cas les plus probants de sanction judiciaire d'une convention. Mais l'argumentation de la Haute Cour n'en demeure pas moins quelque peu ambiguë. Il est en effet difficile de trouver dans cette décision une proclamation officielle et solennelle de la valeur juridique de la convention codifiée en 1931 par l'article 4 du Statut de Westminster<sup>288</sup> ». Il ajoute « la convention produit indéniablement des effets de droits, que l'on s'accorde ou non à la reconnaître comme une règle de droit pleine et entière<sup>289</sup> ».

L'objet du Statut de Westminster était de poser une règle d'interprétation, davantage que l'apparition d'une nouvelle règle juridique. Le juge est en réalité libre de donner à la convention ainsi reconnue une portée particulière. « On ne peut que

---

<sup>287</sup> T. GUILLUY, *Du « self- government des dominions à la dévolution. Recherche sur l'apparition et l'évolution de la constitution Britannique*, op. cit. p. 245.

<sup>288</sup> T. GUILLUY, *ibid*, p. 175.

<sup>289</sup> *Loc.cit.*

*constater à quel point l'affirmation selon laquelle le territoire des conventions s'arrêterait aux cours du justices peut être mise à mal*<sup>290</sup> ». Ce rappel explique sans doute pourquoi l'Australie et la Nouvelle-Zélande n'ont pas rapatrié la loi qu'en respectivement 1942 et 1947<sup>291</sup> respectivement.

Rappelons que la loi de 1931, à l'image du *Colonial Law Validity Act* de 1865 vise à étendre la compétence, notamment législative des colonies devenues dominions, le Parlement de Westminster n'intervenant qu'à titre secondaire ou résiduel. Par ailleurs, cette loi, comme celle de 1865, s'adresse directement au juge<sup>292</sup>. Il s'agit de neutraliser la règle de la répugnance qui avait toujours cours quoique déjà amoindrie.

Ne retenant que l'intérêt essentiel du statut de 1931 pour notre étude, il incarne une idée centrale de notre analyse : le fait que la formalisation constitutionnelle n'intervient souvent que dans le but de reconnaître une situation préexistante ou de mettre fin à une situation existante. Cette analyse justifie parfaitement l'argument de Wheare qui explique sobrement que les conventions de la constitution prospèrent dans le domaine des relations au sein de l'Empire. En l'espèce, la convention du consentement proclamée était en réalité existante. « *L'association entre conventions et droit écrit est une construction familière, connue dans l'histoire du Commonwealth britannique. Cela a été une caractéristique première du développement politique des gouvernements nationaux et dans les relations entre elles. Elle a permis le développement des compétences législatives et exécutives*<sup>293</sup> ». Le phénomène qui s'est produit lors de la Conférence impériale et l'adoption de la loi de 1931 incarne tout le phénomène de lien entre les conventions et le droit codifié. Ivor Jennings lui-même relève ce point en soulignant que la conférence impériale de 1926 consacre un développement essentiel en relevant que les conventions de la constitution sont

---

<sup>290</sup> T. GUILLUY, *ibid*, op. cit. p. 177.

<sup>291</sup> Cette tardivité s'explique par la particularité de la loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande qui octroyait aux Iles kiwis une grande autonomie en matière de révision constitutionnelle, à l'exception de quelques dispositions (notamment sur la nature bicamérale du parlement). J. C. BEAGLEHOLE, *New Zealand and the Statute of Westminster*, Whitcombe & Tombs, 1944, 195 pp.

<sup>292</sup> K. C. WHEARE, *constitutional structure of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1960, p. 60 et suivantes.

<sup>293</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, op. cit., p. 3 Kenneth Wheare prolonge cette idée en précisant: « Ici comme ailleurs dans le développement constitutionnel britannique, ce n'est pas l'isolement du droit de la convention, mais l'association du droit avec la convention au sein de la structure constitutionnelle qui est la caractéristique essentielle » (p. 4).

l'élément essentiel qui fonde les relations au sein du *Commonwealth*<sup>294</sup>. C'est d'ailleurs par cet argument que le vice- chancelier de Cambridge entame le chapitre 3 de son ouvrage consacré aux conventions.

A l'appui de cette idée, insistons également sur le fait que les conférences impériales sont, à l'image de tant d'autres institutions britanniques, purement issues de la pratique et de la nécessité pour la métropole d'entretenir des rapports avec ses territoires les plus éloignés. Le statut de Westminster apparaît ainsi comme un trait d'union entre la règle informelle assimilée et comprise par tous les acteurs et la loi, dernier maillon d'une reconnaissance. Les conventions trouvent ainsi à s'appliquer pleinement dans le domaine des rapports verticaux, à l'image de ce qui était évoqué pour le fédéralisme canadien ou australien. Toutefois, dans le cas australien, les lois de 1986 illustrent un usage intéressant de formalisation d'une règle, qui dans ce cas, a été un sujet de discorde.

### B – Les Australia acts 1986<sup>295</sup>

Le statut de Westminster de 1931 est un texte particulièrement connu, tant d'un point de vue historique, que juridique. Les éléments qui ont conduit à son adoption dans le prolongement de la déclaration Balfour et de la conférence impériale de 1930 ont été évoqués. La question nationale étant hors de portée, notamment depuis l'adoption de lois nationales abrogeant le statut de Westminster, la question de ce rapport de dépendance que les Etats australiens entretenaient avec la métropole demeura un enjeu jusqu'en 1986.

---

<sup>294</sup> L'argument sera utilisée comme une critique à l'encontre de Dicey qui « ne l'avait pas prévu », I. W. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 81 (note 4).

Voir également G. MARSHALL, *Constitutional Conventions, The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 169 à 179 (chapitre X).

<sup>295</sup> Pour une analyse détaillée de cette question l'œuvre du Professeur Anne Twomey, déjà maintes fois citée et essentielle : A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986 – Australia's Statutes of Independence*, Sydney, Federation Press, 2010, 490 pp.

Pour une analyse plus résumée :

A. D. WATTS, « The Australia Act 1986 », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n°1, 1987 pp. 132-139.

Un premier point significatif est à chercher dans le refus des Etats australiens de se livrer au même exercice de négociations que les provinces canadiennes. En effet, alors que les provinces canadiennes sont parvenues à obtenir la reconnaissance des effets de la loi de 1931, la même remarque n'est pas valable pour l'Australie.

La nature particulière du fédéralisme canadien et le fait que les constitutions des provinces soient consolidées dans la Constitution de 1867 ont sans doute facilité la reconnaissance des effets de l'indépendance législative reconnue en 1931<sup>296</sup>. Par ailleurs, la domination législative de la métropole se faisait peu sentir au niveau fédéré, au moins depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale et, le lien privilégié que les Etats australiens entretenaient jusqu'ici avec la Couronne était un prix trop lourd à payer, une attache beaucoup trop importante pour y renoncer légalement<sup>297</sup>.

L'intérêt de l'examen des événements qui menèrent jusqu'à l'adoption des lois australiennes de 1986 réside, pour ce qui nous concerne, dans le fait qu'une règle, certes informelle, est suffisamment existante sur la question centrale de l'autorité compétente susceptible de conseiller la Couronne, s'agissant de la conduite des affaires des états australiens. La question de fond qui sous-tend l'adoption de ces deux lois (1931 et 1986) est relative à la « *convention de l'avis donné à la Couronne* ». En effet, la loi de 1931 est venue apporter une réponse en faveur des membres égaux du Commonwealth. Toutefois, s'agissant des Etats australiens, la question demeure et, par ailleurs, crée une concurrence entre les états, la fédération australienne et de manière plus lointaine, les ministres britanniques.

---

<sup>296</sup> Cet octroi a été notamment facilité par le fait que les Lieutenant-gouverneurs sont nommés par le Gouverneur-général du Canada et non par la Reine comme en Australie.

La situation de Nouvelle-Galles du Sud est éclairante à ce titre en ce que le maintien du *Colonial Law Validity Act* de 1865 a permis de préserver la Constitution de l'état et éviter toutes révisions qui n'aurait pas été voulue, Trethowan case sur la question de l'abrogation du Conseil législatif.

<sup>297</sup> A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986 – Australia's Statutes of Independence*, op. cit., p. 271. Par ailleurs formalisée à l'article 9 du Statut de Westminster :

« *Restriction : États de l'Australie*

(1) *La présente loi n'autorise pas le Parlement du Commonwealth d'Australie à faire des lois dont l'objet relève de la compétence des États de ce pays mais non de celle de son parlement ou de son gouvernement.*

(2) *La présente loi ne déroge pas aux usages constitutionnels existant avant son entrée en vigueur pour ce qui est de la possibilité de ne pas faire agréer par le Parlement ou le gouvernement du Commonwealth d'Australie les lois du Parlement du Royaume-Uni dont l'objet relève de la compétence des États de ce pays mais non de celle de son parlement ou de son gouvernement.*

(3) *Pour l'application de la présente loi au Commonwealth d'Australie, la demande et le consentement dont il est fait état à l'article 4 sont ceux du parlement et du gouvernement de ce pays. ».*

Il s'agira donc, de nouveau, d'examiner comment le droit formel se greffe sur une pratique déjà existante et qui, jusqu'ici, n'avait pas réellement été remise en cause. En effet les *Australia Acts* de 1986 ont apporté une réponse tranchée à une question qui jusque-là était réglée par une bonne pratique.

Aligner le statut des Etats sur celui de la Fédération, dans la veine de l'adoption du Statut de Westminster est une question qui est apparue dès l'adoption de la loi. Cependant, faute d'un consensus suffisant, le projet ne quittera jamais le devant de la scène<sup>298</sup> et connaîtra un nouveau sursaut avec l'arrivée de Gough Whitlam – Premier ministre qui ne sera pas à l'origine de cette seule crise institutionnelle – aux affaires en 1972 lequel va accélérer la disparition des reliques coloniales<sup>299</sup>. Toutefois, derrière ce projet clair se cache, comme souvent, un agenda moins louable.

Ce dernier souhaitait en finir avec la compétence du Conseil Judiciaire privé mais l'enjeu qui se dessinait en creux concernait le statut des Etats. Il ne saurait être question de reconnaître à ces derniers une forme, si minimale soit-elle, de souveraineté. Ainsi, le maintien des reliques coloniales se révélaient pour l'instant utile. L'abrogation pure et simple des liens résiduels entre la métropole et les Etats australiens ne pouvait se faire qu'au prix d'un changement des « *canaux de communication* ». Il était question d'assoir la domination de la fédération dans ses rapports tant avec les entités fédérales qu'avec le Royaume-Uni<sup>300</sup>. La Reine, en tant que Souveraine de l'Australie, serait ainsi conseillée par les ministres du Gouvernement australien outre les ministres anglais agissant pour le compte des Etats australiens<sup>301</sup>.

Cette tension entre les différents niveaux de gouvernement allait jouer un rôle déterminant dans l'adoption des *Australia Acts*. Le rejet des demandes des Etats se

---

<sup>298</sup> On mentionnera simplement le rapport de la Commission permanente des Avocats généraux de 1971 qui accepta de s'interroger sur les modalités nécessaires pour mettre un terme aux limites qui enserrent la compétence législative des parlements des états, en raison de la survivance du lien colonial qui perdurent.

<sup>299</sup> Le gouvernement précédent dirigé par William McMahon avait déjà proposé une abrogation du *Mechant Shipping Act*, avant de perdre les élections.

<sup>300</sup> Le projet de Whitlam visait notamment à s'assurer que le gouverneur-général serve de pont avec Londres.

<sup>301</sup> Cette question fut adressée au Conseil privé qui refusa de statuer. Ce rejet fut orchestré par le gouvernement britannique pourtant partie au litige. Le Parlement du Queensland orchestra également un recours devant la Haute cour et le Conseil Judiciaire Privé.

retrouvait tant dans l'agenda du gouvernement britannique que dans celui des Etats ; dès lors, personne n'a considéré cela comme un problème. La règle qui reconnaissait que les ministres anglais conseillaient formellement la Reine sur toute matière en rapport avec la conduite des Etats était respectée.

La règle conventionnelle exempt de toute difficulté de lecture va apparaître comme plus complexe que l'évidence qu'elle laissait transparaître. La définition de la règle : les états australiens sont toujours des dépendances britanniques. A ce titre, ce sont les ministres britanniques qui ont la « responsabilité » de conseiller la Reine.

A cette apparente simplicité vont en réalité se superposer deux lectures discordantes ou dans certaines situations, conflictuelles. Pour les uns – les gouvernements des Etats australiens – les ministres britanniques n'agissent qu'en tant que courroie de transmission, limitant leur action à un simple relai d'information. Pour les autres – les gouvernements anglais – la « responsabilité » dans l'avis remis à la reine s'exerce pleinement et les ministres britanniques exercent bien une prise de décision consciente et raisonnée.

Les événements de 1974/1975 en ont donné en réalité un exemple. Seulement, les intérêts anglais et australiens étant alignés à l'époque, l'autonomie britannique dans le refus de saisir le Conseil Judiciaire privé, ne s'est pas fait sentir. Sur fond de la crise budgétaire de 1975, le Gouverneur du Queensland, Sir Colin Hannah critiqua publiquement le gouvernement et les décisions de Gough Whitlam. Le constat unanime ne se fit pas attendre, le gouverneur avait violé la règle qui imposait au chef de l'exécutif de conserver une part de neutralité, une forme de distance vis-à-vis de l'arène politique. Ainsi, le Premier ministre australien ulcéré demanda à la Reine d'Australie de retirer à ce dernier ses attributions de gouverneur-général par intérim en cas d'absence du chef de l'exécutif fédéral. Par ailleurs, le chef de l'opposition dans l'Etat du Queensland, Tom Burns adressa à la Reine une demande de destitution de ce dernier. Enfin, le Premier ministre de l'Etat, Joh Bjelke-Petersen, adressa une demande afin de

renouveler le mandat de Colin Hannah jusqu'en 1980<sup>302</sup>. Les événements de la crise de 1975 firent passer ce fait local au second plan mais une sanction devait être prise. Ainsi, la prolongation de mandat fut refusée. Anne Twoney évoque une analyse particulièrement éclairante citant un mémorandum de M. Courcy Ireland en date du 21 mai 1976. Cet épisode a rendu évidente la faculté d'action des ministres britanniques dans leur prise de décision relatives aux états australiens<sup>303</sup>.

Devant cette prise de conscience brutale, la grande majorité des Etats rejoindront les négociations fédérales afin de mettre fin à cette règle non codifiée soumise en réalité à une lecture divergente.

S'agissant de la question de l'avis, le gouvernement Hawke proposera deux options : l'option du consensus<sup>304</sup> et l'option de la boîte aux lettres<sup>305</sup>, qui seront toutes les deux rejetées par le gouvernement britannique, à l'instar d'ailleurs, de l'option très vite écartée de « *l'accès direct* » à la Couronne. Finalement sur un malentendu, la proposition d'un accès direct limité aux seules questions de désignation et de destitution des gouverneurs sembla convenir, moyennant une précision s'agissant du cas exceptionnel de la présence physique de la Reine. Ce sera l'objet de la version finale de l'article 7<sup>306</sup>. Cette question fera même l'objet de la reconnaissance d'une convention de la constitution sur l'application de cette règle.

Le 31 juillet 1985, le Premier ministre Hawke adressera à la Reine une recommandation visant à la promulgation de la version australienne du texte, qui fut adoptée et promulguée en termes identiques en Angleterre.

Ainsi, l'exemple des *Australia Acts* démontre bien la double difficulté qui réside dans l'appréhension du phénomène conventionnel.

---

<sup>302</sup> Demande qui fut d'ailleurs adressée le 11 novembre date du dénouement de la crise.

<sup>303</sup> Les états commencèrent par protéger leur gouverneur et la Nouvelle-Galles du Sud ira même plus loin en proposant l'adoption d'un texte précisant que seul le gouvernement de l'État avait compétence pour désigner un chef de l'exécutif. Au prix d'une lutte par échanges interposés entre Londres et la Nouvelle-Galles du Sud, le projet ne fut jamais soumis pour promulgation.

<sup>304</sup> A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986 – Australia's Statutes of Independence*, op. cit., p. 290.

<sup>305</sup> Post-Box Solution.

<sup>306</sup> Art. 7

En effet, au terme de cette analyse, il apparaît que la difficulté essentielle dans la définition de la règle se concentre autour d'une question de lecture. Les éléments constitutifs de la règle n'étaient pas compris, intégrés, pensés de la même façon à Londres et au sein des Etats australiens. Pour les uns, le statut de dépendance britannique n'existait plus *de facto*, même si les textes qui posaient son existence *de jure* étaient encore en vigueur. Pour les autres, la fonction de conseil de la Couronne, loin de n'être qu'une formule incantatoire, portait en elle une responsabilité et une dimension d'indépendance dans l'avis formulé à celle-ci. Au-delà de ces intéressantes questions de définition et qui revêtent une dimension de psychologie constitutionnelle, la question de la solution formelle s'est également posée. En effet, les différentes modalités proposées révèlent la difficile *normativisation, positivation*, d'une règle jusqu'ici mise en œuvre par de bonnes pratiques. Il est, à ce titre, significatif de rappeler que devant les difficultés qui ont conduit à l'adoption de la version définitive des textes, les points de détails pratiques seraient laissés à la création d'une convention postérieure. Cette simple idée met en lumière, à elle seule, l'impossible complétude du droit formel, si précis soit-il et la nécessaire complémentarité des ententes institutionnelles.

## **Conclusion : l'écrit au service de l'idée**

Les colonies ne deviendront des dominions qu'à l'issue de l'adoption du statut de Westminster de 1931, dernière étape de l'indépendance institutionnelle des colonies.

Toutefois, le présent développement a démontré que l'indépendance était déjà à l'œuvre de longue date.

La volonté d'autonomie politique existait dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle. Cette volonté s'est dévoilée progressivement au grè de la précision des discours et des analyses. La liberté politique en Angleterre a toujours servi de boussole aux colonies.

La conception des rapports institutionnels en Angleterre est celle d'un héritage pour les colonies. Ce discours sur le droit constitutionnel est ancré dans les esprits et dans la culture politique, qu'il n'est nullement besoin de la définir de façon contraignante. Le système de gouvernement s'est d'abord construit autour d'une idée simple, le contrôle de la représentation coloniale sur la politique locale. De cette revendication directement inspirée de la métropole, l'évolution est forcée. D'une administration peu raffinée, la métropole a dû modifier son rapport aux colonies dans les instructions qu'elle adressait à ses représentants de la métropole. L'affinement de ces discours et des instructions a abouti à la maturation de la construction d'un ordre constitutionnel. Cet ordre constitutionnel ne se révèle qu'après l'étude attentive de l'histoire de ces colonies qui deviendront des membres égaux d'une même communauté des nations.

Cette situation était, en réalité, déjà consacrée de longue date. La codification des rapports à compter de 1931 n'apporta rien de plus que la reconnaissance formelle d'une situation déjà assimilée par les dominions et la métropole. Tout l'intérêt de cette loi réside dans la légalisation d'une règle jusqu'ici consacrée politiquement. Il s'agit d'un exemple intéressant de codification *a posteriori* d'une règle déjà existante en droit constitutionnel positif.

L'écrit dans ce cas présent arrive à la dernière étape de cristallisation d'une règle. La codification n'apparaît que comme un outil au service d'une règle. Il conduit à figer la règle. C'est la raison pour laquelle les dominions ont tous abrogé le statut de Westminster après l'avoir rapatrié au niveau national.

Ce que les luttes institutionnelles des colonies ont révélé, c'est l'attrait limité pour l'exercice de codification, notamment constitutionnelle. Cela ne doit pas être confondu avec un rejet pour l'écrit. A l'issue de ce chapitre, il est évident que l'écrit joue un rôle central dans la construction du droit constitutionnel. En effet, que ce soit la codification constitutionnelle, les jurisprudences, les instructions de la métropole adressées aux représentants de la couronne ou encore les discours politiques, l'ensemble de ces outils montrent que le droit non écrit n'existe pas. Dans le même sens, l'expression « *règle informelle* » n'a pas davantage de sens. Tout au plus peut-on parler de droit constitutionnel non consolidé. La diversité de ces sources témoigne de la nature plurielle, polymorphe du droit constitutionnel britannique. C'est un droit qui prend ses racines fermement ancrées dans l'Histoire d'une nation qui s'est battue pour la liberté politique et qui y est tellement attachée qu'une définition précise et rigoureuse semble superflue, inutile. En effet, des références discrètes, implicites suffisent à définir les règles qui fondent un système politique qui se caractérise tant de l'extérieur que par sa cohérence interne.

La Constitution britannique est tout à la fois le cœur et le corps des constitutions des dominions. En effet, les constitutions formelles qui se sont succédé ont toute formalisé la structure institutionnelle de la Constitution britannique. La constitution matérielle fait l'objet d'une reconnaissance assumée tout en étant implicite et supposée dans sa forme. C'est cette dualité du fond et de la forme qui marque le génie et toute la beauté du rapport à l'écrit en droit constitutionnel britannique.

## **CONCLUSION DU TITRE 2 : CONSTITUTION FORMELLE ET SYSTEME DE GOUVERNEMENT**

Le titre qui s'achève s'est attardé sur le deuxième temps de la construction de l'ordre constitutionnel des dominions. En effet, à la suite des premiers changements de conception de la politique impériale, chemin était pavé pour le développement institutionnel que l'on connaît aujourd'hui. A ce titre, il est important de rappeler ici le rôle essentiel que joua le Canada dans cette éclosion. La construction du système de gouvernement, de l'ordre constitutionnel des dominions s'apparente à une éclosion car les idées essentielles, les points de tension, les principes fondateurs étaient en suspens. Ils représentaient une potentialité qui ne demandait qu'à être révélée.

Les colonies sont devenues des entités politiques autonomes, des membres égaux de la communauté du Commonwealth, des nations grâce à un effort concerté de la métropole et des gouvernements coloniaux pour préserver ce lien, ce ciment qui unit les sujets de la Couronne, au-delà des mers. Cette trajectoire historique aurait pu être bien différente. Si l'on se rappelle l'avènement des Etats-Unis, rien ne pouvait laisser supposer que l'Empire ne prendrait pas fin.

Ce n'est que grâce à la clairvoyance du personnel politique de l'époque que ce lien, aujourd'hui séculaire, a permis de préserver une relation entre des nations pourtant si différentes. Ce lien a survécu au-delà des différences historiques, politiques ou culturelles. C'est davantage une volonté de préserver un héritage qui fut à l'œuvre dans l'éclosion d'un empire qui a su se redéfinir, seule solution pour se maintenir. L'autonomie politique était indispensable. L'évolution vers une constitution matériellement semblable à celle de l'Angleterre était inéluctable, car l'enracinement d'une constitution formellement semblable existait déjà.

L'épanouissement de la constitution matérielle est invisible, imperceptible à l'œil nu. Cette évolution s'est déroulée en marge de la constitution formelle. Il n'est pas question d'admettre que l'évolution s'est déroulée au-delà de la constitution formelle.

Rien ne peut se développer au-delà du cadre posé par la constitution formelle. La richesse, la complexité de la constitution matérielle s'entend de la substance de la constitution formelle. Les éléments de contrôle parlementaire donnent naissance au gouvernement responsable incarné par la fonction élective du parlement. Cette évolution n'a pu prospérer que dans les espaces laissés par le régime représentatif. Le régime représentatif n'est pas une étape à la mise en œuvre du système parlementaire, comme en témoigne l'exemple de la colonie de l'Australie Occidentale, il en constitue toutefois le fondement formel.

En effet, la logique de représentation constitue le point de départ, le point d'ancrage du contrôle de l'exécutif, par ailleurs irresponsable politiquement, par la représentation locale. Le cadre formel du régime représentatif représente le ferment, le terreau sur la base duquel les mécanismes du système parlementaire se développent. Ce changement de paradigme s'est opéré au gré de luttes institutionnelles et politiques. Par ailleurs, rappelons-le, la codification constitutionnelle n'est qu'un outil incident de ce raffinement politique.

L'histoire des dominions révèle que le droit constitutionnel est bien un droit politique, un ensemble de règles irriguant un régime, révélant un système. La codification n'est pas essentielle mais la formalisation ou la reconnaissance de ces règles est, à l'inverse, fondamentale. On distinguera alors le discours du droit constitutionnel incarné par la constitution formelle du discours sur le droit constitutionnel incarné par la constitution matérielle. Ce discours, bien plus subtil et profond, ne se révèle qu'après un examen attentif et patient.

## Conclusion de la première partie : La Constitution britannique faisant modèle

---

*« Puisque nous avons une constitution modelée en petit sur celle de l'Angleterre, nous devons aussi avoir les accessoires en petit. Petit Parlement, petit ministère mais toujours ministère »<sup>1</sup>*

A l'issue de cette première partie et de cette nouvelle conclusion, une dernière analyse s'impose.

D'abord les constitutions des dominions sont toutes issues de la même démarche, celle d'une lutte politique en deux temps ou à deux niveaux. D'une part, la métropole réalisa avec la crise américaine la nécessité de revoir sa politique vis-à-vis des colonies et d'autre part, la volonté pour les colonies d'atteindre l'autonomie politique s'est affirmée. Le chemin parcouru par les colonies a permis en réalité au gré de conflits institutionnels ou des discours politiques de penser la Constitution britannique. En effet, le discours qui conduit à considérer la Constitution britannique de l'époque comme une norme achevée n'est en réalité pas valable. Le système britannique du XIX siècle n'était qu'à une période de maturation ou de consolidation de la logique parlementaire.

Dans le même ordre d'idée, les colonies, en souhaitant adopter une constitution semblable à celle de la mère patrie, désiraient d'abord et avant tout transposer formellement la Constitution britannique. La réception de la constitution matérielle est notamment apparue dans un second temps au moment de l'adoption des constitutions nationales.

---

<sup>1</sup> Le Canadien, 9 mars 1808 cité par G. GALLICHAN, « Pierre Bédard, Le Canadien et la notion de responsabilité ministérielle », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 6, n°3, 1998, p. 26 à 32.

A lire cette histoire différemment, on réalise que la métropole et les colonies se sont construites ensemble, suivant un chemin parallèle vers une destinée politique commune avec comme socle commun un héritage institutionnel issue d'un combat pour la liberté politique. Les conflits institutionnels ont forcé la métropole à faire un effort de définition de sa propre constitution. Le conflit devient une source de clarté institutionnelle, il devient créateur<sup>2</sup>. En réalité, il s'agit d'une introspection des acteurs qui doivent faire l'effort de se distancer de leur conception du pouvoir pour aborder différemment les rapports entre organes, afin d'arriver à une lecture partagée par tous les acteurs concernés. Il s'agit d'aboutir à une conception des règles du jeu comprises et intégrées par tous les joueurs.

Ainsi Russell utilisa l'exemple de la lutte institutionnelle en Angleterre pour définir la constitution : « *La constitution de l'Angleterre, après de nombreuses lutes et des victoires inégales a trouvé une forme de gouvernement équilibrée dans laquelle l'existence des prérogatives n'est pas discutée mais dans laquelle ces prérogatives ne sont jamais exercées sans consultation (advice). Ainsi seule la question du recours peut faire l'objet d'un débat, le recours à cette autorité peut être condamnée mais son fondement même reste indiscutable.*

*Cet équilibre est la solution à de grande difficulté, le résultat de luttés entre 1640 et 1690 qui ont ébranlé la monarchie et troublé le pays. Toutefois, si nous cherchons à appliquer la même idée aux colonies, nous serions en faute. L'autorité pour laquelle le ministre est responsable en Angleterre n'est pas la sienne, mais l'autorité de la Couronne, au nom de laquelle il agit.*

*Il semble évident que la position tenue par un conseiller au sein d'une colonie n'est pas la même. Le Gouverneur qu'il sert tient ses ordres de la Couronne d'Angleterre<sup>3</sup> ».*

L'analyse est saisissante car elle tend à démontrer une vraie différence de fond entre le système de gouvernement de la métropole et des anciennes colonies. Toutefois,

---

<sup>2</sup> J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, op. cit., p. 78.

<sup>3</sup> W. P. M. KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, op. cit., p. 421.

l'histoire donne tort à son auteur. En effet, la conférence impériale de 1926 a consacré l'identité constitutionnelle entre la métropole et les dominions. L'évolution constitutionnelle des dominions ne pouvait interrompre son éclosion, sa mue vers la complète indépendance de fait. Les dominions restent liés à la métropole par un héritage et une identité politique commune.

L'histoire des dominions et la construction de l'ordre constitutionnel des dominions ne sont pas sans rappeler la célèbre parabole du juriste anglais Herbert Hart utilisant la partie d'échec comme exemple de l'application de règles du jeu constitutionnel. Il s'agit de reconnaître un socle commun de règles connues et intégrées par tous les joueurs. C'est là que la théorie développée par le philosophe anglais de la « *règle de reconnaissance* » prend tout son sens et peut être utile pour saisir la distinction entre régime et système au-delà d'une question purement normative ou de droit constitutionnel formel. Cela conduit à nuancer la nature absolue de ces notions. Il explique en effet que les règles n'existent que jusqu'à tant qu'elles sont appliquées. Par ailleurs, la règle du jeu n'explique pas l'existence de la règle, elle fonde la règle<sup>4</sup>.

Cette étape dans l'histoire constitutionnelle de l'Empire britannique a permis d'identifier les auteurs et les règles du jeu, tant en les codifiant qu'en les reconnaissant et les identifiant simplement. Les constitutions des dominions symbolisent une tentative de codification de la constitution formelle de la métropole et une réception de sa constitution matérielle. Elle sera également l'occasion pour les institutions de Westminster elles-mêmes de réfléchir à leurs propres institutions. A ce titre, l'expression de constitution « *semblable à celle de l'Angleterre* » utilisée au début de cette première partie prend tout son sens à la fois formellement et matériellement. La Constitution britannique faisait bien office de modèle.

Ce modèle idéalisé d'une constitution libérale, une constitution reposant sur un principe d'équilibre, sera dépassé. Les dominions dans une nouvelle étape de leur développement conserveront cet héritage qu'ils réinterpréteront, notamment par une

---

<sup>4</sup> H.L. HART, *The concept of Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2012, P. 112.

démarche de codification plus large que celle de l'Angleterre. Ces codifications issues de la mise en œuvre de ces constitutions offrent un degré supplémentaire dans l'analyse des tentatives de définition de la Constitution anglaise.

## Partie 2 – La plume moderne – Codification et formalisation dans les épigones de Westminster.

---

*« Bien que la constitution soit formellement une codification de caractère juridique, sa signification politique reste déterminante. Cela veut dire qu'elle ne vaut pas par elle-même, par sa perfection ou par sa logique juridique intrinsèque, mais par ses relations avec la constitution au premier sens. Si une collectivité et sa sphère publique ne sont pas solidement constituées, la constitution positive si remarquable soit-elle, est impuissante à dénouer les discordes et les dissensions<sup>1</sup> »*

---

<sup>1</sup> J. FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 353-353, cité dans J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels – Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2010, p. 23.

L'ordre constitutionnel des dominions s'est construit en s'inspirant du système de gouvernement britannique. L'expérience des dominions a, dans une certaine mesure, contribué à nourrir les réflexions anglaises sur une définition de son propre système de gouvernement. Chacun des systèmes a évolué à sa propre manière, tout en gardant un lien institutionnel étroit, tout en conservant une idée semblable du système de gouvernement. En définitive, l'expérience des anciens dominions a montré combien le système britannique représente un héritage, davantage qu'un modèle figé. Il constitue un schéma, une fondation, un régime solide sur lequel construire un système pérenne et durable.

Le Canada et le *Commonwealth* australien ont gardé, dans une large mesure, les constitutions formelles adoptées, alors que ces territoires étaient toujours des colonies. La Nouvelle-Zélande a renoué avec la souveraineté du parlement, propre à la Constitution britannique en adoptant la loi constitutionnelle de 1986<sup>2</sup>. Cette loi du Parlement néozélandais adopte néanmoins une logique de formalisation comme en Australie et au Canada. On ne trouvera dans cette loi qu'une référence très indirecte au mécanisme du gouvernement responsable. L'article 6 (1) de la loi dispose que les membres ministres (sans mention du cabinet) doivent être membres du Parlement. Cette formulation relativement succincte rappelle les constitutions australiennes du XVIII<sup>ème</sup> siècle. L'apport essentiel de la loi de 1986 repose sur l'existence d'une structure constitutionnelle formelle tout en consacrant le principe cardinal de la souveraineté du parlement. On trouve ce système également dans la plupart des Etats australiens.

Cette approche constitutionnelle qui concilie constitution formelle, parfois rigide et souveraineté parlementaire, existe dans la plus grande partie des Etats australiens. C'est là tout l'intérêt de cette seconde partie. En effet, après avoir appréhendé la transposition, la réception du droit système constitutionnel britannique, la présente analyse entend s'attarder sur la mise en œuvre plus récente de ce système de gouvernement. Les constitutions des origines prouvent que le système de Westminster

---

<sup>2</sup> *New Zealand Constitution Act 1986*, n°114. Pour une analyse du contexte voir P. JOSPEH, *Administrative and Constitutional Law*, 5<sup>ème</sup> éd., Wellington, Thomson Reuters, 2021, p. 171 et suivante.

était un point de référence qui, aujourd'hui, n'est mobilisé qu'à des fins historiques. Les Etats australiens ont tous adopté des constitutions formelles qui frappent par leur précision et l'importance des détails dans la codification d'éléments jusqu'ici confinés au royaume des conventions. Elles ont donc gagné en exhaustivité. Ces constitutions serviront de corpus principal à l'analyse et démontreront les limites des dispositifs de formalisation. Au Canada, également, certaines lois proposent des références explicites aux conventions censées guider l'exercice de certaines compétences et prérogatives. Ainsi, la présente partie s'attarde sur les mécanismes et les choix de formalisation tant dans les anciens dominions, qu'en Angleterre.

Les développements suivants entendent démontrer le caractère illusoire de toute entreprise de codification. La codification s'entend d'un processus de formalisation législatif ou constitutionnel qui a vocation à cristalliser et donc à figer une règle. Cette analyse sera conduite en s'attardant sur les crises institutionnelles ayant induit une réflexion sur les institutions (**Titre 3**). A l'impossible codification, la formalisation au travers d'outils renouvelés permet de préserver le caractère flexible des constitutions formelles. La réapparition moderne des coutumiers de l'Ancien Régime sous les traits des *Cabinets manuals* consacre le besoin de clarté par la formalisation avec la flexibilité institutionnelle (**Titre 4**).

### TITRE 3. L'IDEE CONTRE LA PLUME – LA CONCRETISATION PAR LE CONFLIT

*« Compte tenu de l'indétermination des conventions de la constitution et des usages qui entourent le fonctionnement des institutions, le recours à des définitions précises et faisant foi est souhaitable, notamment par l'adoption de loi formelle<sup>1</sup> ».*

Jean Rossetto souligne que le conflit institutionnel est une donnée essentielle en droit politique, car il révèle la constitution<sup>2</sup>. Afin de mener à bien cette démonstration, le recours à la notion de conflit est essentiel. En effet, c'est par le conflit, par les crises les plus graves ou les blocages institutionnels plus imperceptibles que la constitution se révèle. Cela renvoie à l'idée déjà évoquée que la constitution matérielle se définit de l'extérieur tout en produisant sa propre cohérence interne. Ce n'est que lorsque cette cohérence est remise en cause que la redéfinition devient indispensable. Lors d'un conflit institutionnel, la question de l'intensivité n'a que peu d'incidence ; c'est l'ensemble de l'ordre constitutionnel qui est en déséquilibre.

Le professeur Baranger propose une définition du conflit en insistant sur les critères de ce dernier. *« Il n'y a de conflit institutionnel que lorsque la crise politique 1/ prend une formulation constitutionnelle (porte sur une question d'interprétation de la constitution) et 2/ conduit à la mise en péril de la constitution elle-même<sup>3</sup> ».* De cette définition, on peut en déduire une échelle des conflits d'un désaccord qui ne présente que peu d'intérêt ; ces blocages peuvent aboutir à une crise plus intéressante pour le chercheur en droit institutionnel. Le qualificatif de désaccord ou de crise dépend des conséquences des événements sur le devenir de l'ordre constitutionnel. Il ne porte pas sur les événements en tant que tels.

---

<sup>1</sup> H. V. EVATT, *The King and His Dominions Governors*, Londres, Oxford University Press, 1936, p. 7.

<sup>2</sup> Il insiste notamment sur les conflits d'interprétation. J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, p. 173.

<sup>3</sup> D. BARANGER, « Chapt. 9 – Quand et pourquoi peut-on raisonner en termes de conflit constitutionnel ? », (dans J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels*, op. cit, p. 167 à 175, (p. 169).

Il apparaît que cette distinction place au second plan les épisodes institutionnels qui peuvent sembler de moindre importance. Toutefois, il arrive souvent, nous le démontrerons, que les événements, si infimes, ou inaperçus soient-ils, apportent tous un élément de réflexion supplémentaire à l'étude des systèmes de gouvernement. Les crises ou crispations institutionnelles connaissent toutes les mêmes origines. Il s'agit d'une rupture dans l'équilibre institutionnel, provoquée par le changement de comportement d'un organe. Les cas étudiés révèlent deux situations : d'une part la volonté pour un organe de recourir à une compétence qui n'est pas expressément prévue par la constitution formelle ou d'autre part, une volonté pour un organe d'instrumentaliser une compétence à sa disposition.

La première situation est celle de la crise ou du « *désaccord* » australien de 1975. A l'origine de ce blocage se trouve l'interprétation d'une convention de la Constitution britannique. Se posent ici deux questions : la faculté de la part d'une chambre fédérale élue de refuser le vote d'une loi de finances et la transposition d'une règle conventionnelle d'un système de gouvernement à l'autre.

La deuxième situation s'est produite dans de nombreux cas s'agissant du recours à la prérogative royale. Se posent ici également deux questions : la faculté d'un chef de l'exécutif ou d'Etat de refuser un avis qui lui semblerait déraisonnable et le contrôle, notamment juridictionnel, opéré sur lesdits avis.

Le point commun à l'ensemble de ces situations conflictuelles réside dans la place de la codification. En effet, la question centrale aux deux prochains chapitres est celle de l'incidence de la codification sur le fonctionnement du système de gouvernement.

A l'issue de ces blocages il y a plusieurs possibilités. La lecture qui a toujours prévalu peut-être confirmée, l'état du droit ne changera pas, ou le conflit peut donner naissance à une nouvelle lecture institutionnelle. Dans ces deux cas de figure, la codification peut jouer un rôle. En effet, le législateur, ou le constituant, sera

éventuellement tenté de consolider dans le droit positif les contours de la règle afin d'éviter un conflit à venir, ou il pourra consacrer les modalités d'usage d'une compétence en donnant une définition de l'usage existant en conservant une marge d'appréciation. Il peut ou non y avoir une mention expresse de l'existence d'une convention dans ladite définition.

Un dernier élément d'introduction est nécessaire. Le découpage du présent titre peut surprendre car il consacre un premier chapitre au cas australien seulement (**chapitre 5**), avant de s'attarder sur la question plus transversale de la prérogative royale (**chapitre 6**). Le choix de consacrer un développement à la crise australienne s'explique aisément lorsque sont présentes à l'esprit les incidences qu'elle a eues tant sur l'Australie que sur Buckingham. Par ailleurs, le chapitre démontrera que la crise australienne ne concerne pas une seule règle de nature constitutionnelle mais qu'en réalité, elle a revêtu plusieurs facettes. Il s'agit ici de prouver l'existence d'une crise complexe. Par ailleurs, ce chapitre (5) sera également l'occasion de revenir sur la problématique plus restreinte de la transposition des règles encadrant les rapports entre les chambres, notamment en matière financière, dans les épigones de Westminster. Le chapitre (6) suivant est consacré à une question unique traitée d'un point de vue transversal. Ce choix méthodologique démontre la richesse des analyses qui peuvent être conduites sur une même problématique.

## Chapitre 5 – Le désaccord australien de 1975 – Un exemple à plusieurs facettes

« *La démocratie australienne a survécu à ces événements de taille. Il n'y eut ni sang dans les rues ni grève nationale. La réaction face au renvoi du gouvernement atteste du profond attachement de l'Australie à la démocratie*<sup>1</sup> ».

L'Australie est souvent caractérisée par la stabilité de ses institutions<sup>2</sup>, pourtant, le Commonwealth a connu une crise institutionnelle sans précédent.

Bien loin d'un trouble économique ou social, les événements de la crise du budget de 1975 ont conduit les observateurs et les acteurs institutionnels que les citoyens à s'interroger sur la nature même du régime. La conduite du gouverneur général, divisant l'opinion<sup>3</sup>, a redynamisé la question « *latente* » du besoin d'un changement de régime – du passage d'une monarchie constitutionnelle à une république<sup>4</sup>.

Les événements de 1975 ont contribué à nourrir la réflexion sur les liens, les rapports entre constitution formelle et règles non codifiées qui instillent de la vie au texte. Le blocage institutionnel de novembre 1975 donne corps à deux interprétations apparemment contradictoires du système de gouvernement australien, à savoir la protection de la nature fédérale de l'Australie d'une part, et la garantie des « *règles mécaniques du parlementarisme majoritaire* », d'autre part.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Looking Back on the Dismissal, *Weekend Australian*, 11-12 novembre 1995.

<sup>2</sup> T. LAJOINIE, « Identité constitutionnelle et démocratie en Australie », *Pouvoirs*, n°141, 2012, p. 17 à 28.

<sup>3</sup> Pour une critique du positionnement de Sir John Kerr, G. MADDOX, T. MOORE, « In Defence of Parliamentary Sovereignty », dans M. COOPER, G. WILLIAMS (dir.), *Power, Parliament and the People*, Leichhardt, The Federation Press, 1997, p. 67 à 83 (p. 74 et suivante). Pour une défense de Sir John Kerr voir notamment G. BARWICK, *Sir John Did His Duty*, Wahroonga, Serendip Publications, 1983 ou F. WEST, « Constitutional Crisis 1975 – An Historian's View », *Australian Quarterly*, vol. 48, n°2, 1976, p. 48 à 58.

<sup>4</sup> J. JUPP (dir.), *The Australian People, An Encyclopedia of the Nation, Its People and Their Origins*, Cambridge, Cambridge University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 843 et suiv.

<sup>5</sup> Ph. LAUVAUX, « Chapt. 6 - Le conflit constitutionnel australien de 1975 », dans J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2010, pp. 121-134. Sur la même question voir également Ph. LAUVAUX, *La Crise constitutionnelle australienne*, *Res Publica*, 1978, n°3, p. 473 à 489.

D'une manière prophétique, Mark Cooray, dans son ouvrage paru en 1979, se dit persuadé que les événements de 1975 « *trouveront avec le temps leur place dans les pages des manuels de droit constitutionnel* <sup>6</sup> ».

La chaîne des événements qui a conduit au dénouement du 11 novembre 1975 mérite une attention toute particulière car symptomatique des tensions qui peuvent parfois apparaître dans un système de gouvernement opérant dans la dynamique semblable à celle de Westminster. Au-delà des conditions très particulières qui entourent le contexte et le déroulement même de l'automne 1975, et par-delà même de l'analyse des rapports de force qui existent entre lettre de la constitution et les conventions de la constitution, les événements de la crise de 1975 sont surtout l'occasion de s'attarder sur le comportement de chacun des acteurs institutionnels, notamment la chambre haute du Parlement australien. « *Novembre 1975* » aura été le théâtre d'un affrontement entre le gouverneur-général et le Premier ministre. Par ailleurs, bon nombre d'acteurs incidents ou « *secondaires* » - le Président de la Haute cour Garfield Barwick, le Président de la Chambre des représentants Gordon Scholes ou encore la Reine d'Australie Elizabeth II - ont contribué à donner à la crise du « *budget de 1975* » toute son importance.

La doctrine est loin d'être unanime quant à la conduite adoptée par le gouverneur-général John Kerr, à l'automne 1975. Alors que certains considèrent qu'au vu des événements John Kerr a agi de la meilleure façon qui lui était offerte<sup>7</sup>, d'autres, comme Collin Howard, défendent l'analyse plus tranchée d'une violation de la Constitution<sup>8</sup>.

La crise institutionnelle de novembre 1975 fut à l'origine d'une véritable réflexion sur la reconnaissance des règles constitutionnelles non codifiées (notamment les prérogatives attachées à l'office du gouverneur-général). Cette introspection

---

<sup>6</sup> L. J. M. COORAY, *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, Sydney, Legal Books PTY LTD, 1979, p. 107.

<sup>7</sup> D. P. O'Connell, « The Dissolution of the Australian Parliament: 11 november 1975 », *The Parliamentarian*, vol. 56, n°1, 1976, p. 1 à 14.

<sup>8</sup> C. HOWARD, « The Constitutional Crisis of 1975 », *Australian Quarterly*, vol. 48, n°1, 1976, p. 5 à 25.

constitutionnelle guidera, une décennie plus tard, une tentative de codification<sup>9</sup> des conventions de la constitution qui ne sera finalement jamais menée à son terme.

Elle a provoqué un « *traumatisme* » dont les séquelles subsistent encore aujourd'hui<sup>10</sup>. Le blocage institutionnel qui a conduit, entre autres, au renvoi du Premier ministre Gough Whitlam, ne trouve pas sa source dans le refus du vote du budget par le Sénat comme bon nombre d'analyses se plaisent à le résumer. Le report de l'adoption de la loi de finances par la chambre haute n'a été, en réalité, que le point d'achoppement, l'élément déclencheur d'une situation déjà latente depuis 1974.

Dès lors, il s'agira de porter une attention particulière à la chaîne des événements qui conduira finalement à la journée du 11 novembre 1975 (**section 1**), avant de se pencher sur l'analyse des rapports qu'entretiennent les deux chambres d'un parlement issues d'une transposition du modèle de Westminster (**section 2**), notamment sur le point de s'interroger sur l'existence de la règle constitutionnelle non codifiée qui interdirait à une chambre haute de s'opposer à l'adoption d'un projet de loi de nature financière.

### **Section 1 : retour sur les faits de la crise de novembre 1975 : crise institutionnelle sur fond de scandale politique**

Les événements institutionnels et constitutionnels ne peuvent être distingués les uns des autres. La crise australienne est le reflet de ce lien organique entre le droit constitutionnel et la politique. Cette proximité particulière reflète la nature éminemment politique du droit constitutionnel. Ainsi, afin de poser le cadre il semble essentiel de revenir sur les antécédents de la crise (**sous-section 1**) avant de s'attarder sur le blocage de novembre 1975 (**sous-section 2**) et les conséquences de cette crise (**sous-section 3**).

---

<sup>9</sup> Commissions constitutionnelles d'Adélaïde de 1983 et Brisbane de 1985.

<sup>10</sup> P. BAUME, « November 11th 1975 : a recollection », *Australian Quarterly*, vol. 67, n°4, 1995, p. 78 à 84.

## **Sous-section 1 : les antécédents institutionnels et politiques**

La crise des mois d'octobre et novembre 1975 ne représente, en réalité, que le dénouement d'une situation de tension grandissante au sein de l'organe législatif mais également entre le gouvernement et le Sénat. Les balbutiements du blocage de 1975 commencent à se faire sentir dès l'année précédente, avant même que les révélations du scandale politique de l'automne 1975 n'en précipitent l'épilogue.

### A - La position inconfortable du gouvernement Whitlam

Le gouvernement Whitlam est élu le 2 décembre 1972 et dispose d'une courte majorité de neuf sièges à la Chambre des représentants (sur un total de 125). Le *Labor Party* est mis en minorité au Sénat de huit sièges. Cette situation inconfortable renforce l'opposition au Sénat qui va jusqu'à signifier, dès le début du mandat de Gough Whitlam, qu'elle n'hésitera pas à contrarier l'action du gouvernement.

La frustration de l'opposition en majorité au Sénat était donc palpable et ne fit que se renforcer en 1974, cristallisée sur la question du remplacement de sénateurs.

Conscient de son infériorité au Sénat, le gouvernement chercha à renforcer son poids au sein de cette chambre en profitant du renouvellement partiel du 18 mai 1974. Chaque Etat devait alors désigner cinq sénateurs. Gough Whitlam espérait obtenir deux sièges sur les cinq en jeu pour l'Etat du Queensland. A la faveur du changement de carrière du Sénateur Gair, un sixième siège vint à se libérer. Cette heureuse circonstance permit de résoudre deux problèmes à la fois. L'intérêt du Sénateur Gair pour la carrière diplomatique assurait au gouvernement d'une part, un siège supplémentaire au Sénat<sup>11</sup> et d'autre part, la fin de la carrière politique d'un opposant

---

<sup>11</sup> En application de l'article 15 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (antérieure à la révision de 1977) un siège vacant au Sénat est attribué par un vote du Parlement de l'Etat ou, si ledit Parlement ne siège pas, par désignation du Gouverneur de cet Etat (ce qui est toujours le cas). Le sénateur nommé occupera ses fonctions jusqu'à la veille d'une élection au Parlement fédéral (cette disposition fut modifiée par la révision de 1977 qui prévoit dorénavant que le sénateur désigné à la suite d'une vacance temporaire occupera ses nouvelles fonctions jusqu'à l'échéance normale du mandat).

au *Labor Party*. Le secret dans lequel s'est déroulé le départ du Sénateur Gair ne mérite pas un examen approfondi<sup>12</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que ce plan fut mis en échec par le Gouverneur du Queensland qui, en application de l'article 12 de la Constitution fédérale<sup>13</sup>, n'édicta que cinq brefs d'élections pour le renouvellement partiel à venir.

L'opposition somma le gouvernement de s'expliquer sur les raisons qui l'avaient conduit à désigner Vincent Gair comme ambassadeur de l'Australie en Irlande. L'affaire « *Gair* » permit à l'opposition de renforcer davantage sa place. Le 10 avril 1974, l'opposition attaqua l'incompétence du Gouvernement, soulignant que ce dernier ne cherchait qu'à détourner les procédures de la Constitution à des fins partisans. L'opposition signifia également sa volonté de bloquer le vote du budget en signe de protestation<sup>14</sup>. Devant l'urgence de la situation, Gough Whitlam, dans l'impossibilité d'attendre jusqu'au renouvellement prévu le 18 mai, réussit à obtenir du gouverneur général Paul Hasluck une double dissolution.

## B - La double dissolution d'avril 1974

Devant la tension grandissante entre les chambres et l'urgence d'affaiblir l'opposition au Sénat, Gough Whitlam réussit à obtenir du gouverneur général une double dissolution sur le fondement de l'article 57 de la Constitution. Cet article dispose que : « *Si la Chambre des représentants vote une loi et que le Sénat la rejette ou refuse de la voter ou la vote en lui apportant des amendements que la Chambre des représentants n'accepte pas et si après un intervalle de trois mois, la Chambre des*

---

<sup>12</sup> Pour une analyse détaillée P. H. LANE, « Double Dissolution of Federal Parliaments – The Third Double Dissolution », *Australian Law Journal*, vol. 48, n°11, 1974, p. 515 à 526.

<sup>13</sup> Article 12 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* : « *Le gouverneur d'un État sera chargé d'envoyer les lettres de convocation pour l'élection des sénateurs de cet État. En cas de dissolution du Sénat, les lettres de convocation seront envoyées dans les dix jours qui suivront la proclamation de la dissolution.* »

<sup>14</sup> Le leader de l'opposition au Sénat Reginald Withers propose l'adoption d'une motion soulignant que jusqu'à ce que le gouvernement se soumette au jugement populaire, le Sénat défend l'idée qu'il convient de lui refuser l'octroi un budget pour mauvaise administration. L'opposition souligne également que le gouvernement devrait démissionner en réponse à sa gestion de l'affaire Gair, au cours de laquelle il tenta de manipuler les élections au Sénat à des fins partisans, Hansard, Senate, n°15, 10 avril 1974, p. 885 et suivante.

*représentants, dans la même session, vote de nouveau la loi avec ou sans les amendements votés ou suggérés par le Sénat et que de nouveau le Sénat la rejette ou refuse de la voter, ou la vote avec des amendements que la Chambre des représentants n'approuve pas, le Gouverneur général pourra dissoudre les deux Chambres simultanément. Cette dissolution toutefois ne devra pas avoir lieu dans les six mois qui précèdent l'expiration du mandat de la Chambre des représentants »*

La double dissolution fut annoncée au Parlement le 11 avril 1974<sup>15</sup>. Les projets de loi à l'origine de la double dissolution doivent être identifiés *in extenso* dans la déclaration de dissolution du Parlement prononcée par le gouverneur-général, de façon à établir que les conditions de l'article 57 sont bien réunies.

Le Parlement nouvellement formé<sup>16</sup> ne parvint pas à faire adopter les projets de lois qui avaient donné lieu au déclenchement de la procédure de l'article 57<sup>17</sup>. Devant ce blocage persistant, le gouverneur-général fit usage des dispositions du second alinéa de l'article 57 prévoyant la réunion d'une session conjointe des chambres du Parlement, afin de procéder à la discussion et au vote des lois à l'origine du déclenchement de la double dissolution<sup>18</sup>. Cette procédure de négociation, de conciliation institutionnelle permit de débloquent la situation et de faire adopter les six projets de lois litigieux<sup>19</sup>.

Les six projets de loi à l'origine de la double dissolution n'étaient en réalité que la partie visible de cette opposition grandissante entre le Sénat et le Gouvernement australien. En effet, pour la première fois de son histoire, le Sénat australien va faire

---

<sup>15</sup> On ne note jusqu'ici que deux recours à la double dissolution prévue à l'article 57 de la Constitution : le 30 juillet 1914 (Premier ministre Joseph Cook) et le 19 mars 1951 (Premier ministre Robert Menzies). Par la suite la double dissolution sera utilisée en 1983 et en 1987.

<sup>16</sup> Le gouvernement Whitlam ne bénéficie que d'une courte majorité à la Chambre des représentants (66 sièges sur 127). Le gouvernement est mis en minorité au Sénat avec 29 sièges sur les 60 sièges au total.

<sup>17</sup> Article 57 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*: « [...] Si, après cette dissolution, la Chambre des représentants vote de nouveau la loi avec ou sans les amendements faits, suggérés ou approuvés par le Sénat, et que le Sénat la rejette ou refuse de la voter, ou la vote avec des amendements que la Chambre des représentants n'approuve pas, le Gouverneur général pourra convoquer les deux chambres en assemblée unique [...] ».

<sup>18</sup> Textes également appelés *tigger bills*.

<sup>19</sup> Le *Petroleum and Minerals Authority Act 1973* a été censuré par la Haute cour à l'occasion des décisions: *Cormack v Cope* (1974) 3 ALR 419; *Victoria v. Commonwealth* (1975) 134 CLR 81 ; *New South Wales v. The Commonwealth* (1975) 135 CLR 337; *Queensland v. The Commonwealth* (1975) 134 CLR 201; *Western Australia v. The Commonwealth* (1975) 134 CLR 201. Dans ces décisions la Cour souligne, en substance, que le texte n'était pas listé par le Gouverneur général comme faisant partie des projets de lois devant être débattus lors de la session conjointe des chambres du Parlement.

usage d'une motion de procédure dilatoire visant à reporter l'adoption de la loi de finances. La réunion de la session conjointe du Parlement à la suite des élections de mai 1974 encouragera un dialogue entre les organes. Le budget nécessaire au fonctionnement du gouvernement fut finalement adopté suivant une procédure ordinaire. La procédure du report du vote du budget fédéral utilisée ici comme « moyen de pression » par le Sénat sera, une nouvelle fois, exploitée en 1975. Secondaire en 1974, la question du blocage d'une loi de finances par le Sénat deviendra centrale en 1975.

### C - *The Loans Affair*<sup>20</sup> – Versant politique d'une crise constitutionnelle latente

Le gouvernement Whitlam nourrissait le projet de mener une grande politique énergétique afin de rendre l'Australie auto-suffisante ou tout du moins indépendante. Mandat fut officiellement donné à Reginald Francis Xavier « Rex » Connord, ministre de l'Energie de conduire cette recherche. Avec l'aide de Clyde Cameron, ministre au Travail et à l'Immigration, il entra en contact avec un homme d'affaires pakistanais, Tirath Khemlani, qui devait servir d'intermédiaire, de facilitateur, dans toute cette entreprise. Les circonstances entourant la négociation du prêt, à l'international tant qu'en interne, sont plus qu'obscures. En effet, les notes personnelles conservées dans les archives nationales <sup>21</sup>, mettent en évidence la dimension de secret<sup>22</sup> qui entoure toute cette affaire. D'autres documents mettent également en lumière le fait que de nombreux administrateurs ou institutions, comme la Banque d'Angleterre, ont fait valoir leur doute sur l'ensemble de l'opération.

A la suite d'une réunion du Cabinet le 14 décembre 1974, le gouverneur-général valida la démarche. Au vu des doutes grandissants, Rex Connord mit fin à l'entreprise en cours avec Khemlani, le 21 décembre 1974. Les contacts entre les deux hommes ne

---

<sup>20</sup> Traduit par « *l'affaire des emprunts arabes* »

<sup>21</sup> Documents conservés par les Archives nationales se composant de notes des membres du Cabinet et des comptes rendus de réunions.

<sup>22</sup> D'une part M. Khemlani refusait de donner l'identité des créanciers et d'autre part, bon nombre de réunions du Cabinet se sont tenues sans la présence de Frank Crean, ministre du budget, qui fut d'ailleurs remplacé par John Cairns le 11 décembre.

prirent cependant fin que le 20 mai 1975, date à laquelle le mandat de Rex Connord s'acheva. Finalement le Premier ministre Whitlam parvint à obtenir un prêt par le biais d'un établissement d'investissement américain<sup>23</sup>.

L'ensemble de cette histoire commençait à apparaître dans la presse. Le 9 juillet 1975, sous la pression grandissante de l'opposition, une séance spéciale de la Chambre des représentants eut lieu. L'objet de cette séance spéciale devait permettre au Premier ministre de défendre son projet, de rassurer les parlementaires et de garantir que tous liens avec des Etats ou des personnes douteuses avaient cessé.

Dans son discours du 9 juillet 1975, Gough Whitlam souligna que l'objectif de cet emprunt était : « *de s'attaquer aux enjeux mondiaux et à la crise énergétique internationale, de renforcer la position financière de l'Australie à l'extérieur, et assurer à l'Australie un accès immédiat en matière de ressources minérales et énergétiques*<sup>24</sup> ». Il rappela qu'il n'était nullement question de négocier avec la personne de M. Khemlani<sup>25</sup>. Le gouvernement s'en trouva affaibli. L'affaire fit de nouveau grand bruit lorsque le 8 octobre 1975, le *Melbourne Herald* publia un ensemble de documents et preuves soulignant que Rex Connord<sup>26</sup> avait continué à négocier avec M. Khemlani, alors même que les rapports entre ce dernier et le gouvernement australien étaient supposés avoir cessé depuis le mois de mai.

Toute la controverse autour de ce projet, au-delà du caractère politiquement discutable de la manœuvre, visant à obtenir des fonds d'une origine douteuse, venait également du fait que le gouverneur-général avait autorisé le 13 décembre 1974 cette levée de fond, en contradiction apparente avec les dispositions d'une part, de l'article 105A de la Constitution et d'autre part, de la loi.

---

<sup>23</sup> Etablissement dont le nom ne fut pas divulgué. Pour autant, la fin de toute négociation parallèle était une condition nécessaire à ce nouveau prêt

<sup>24</sup> Intervention du Premier Ministre Gough Whitlam devant la Chambre des représentants le 9 juillet 1975, Hansard, House of Representatives, n°28, 9 juillet 1975, p. 1.

<sup>25</sup> Hansard, House of Representatives, n°28, 9 juillet 1975, p. 4.

<sup>26</sup> Ce dernier démissionnera le 13 octobre 1975.

En effet, la démarche ordinaire d'un emprunt prévoit que le Conseil aux emprunts<sup>27</sup> devait valider toute initiative d'emprunt. Le gouvernement, jouant sur les termes de la loi de 1928, insista sur le caractère temporaire de l'emprunt, dérogeant aux dispositions du texte<sup>28</sup>. Il défendit également l'idée discutable que l'article 105A de la Constitution ne s'appliquait que dans le cas de dettes ou d'emprunts contractés entre les Etats et la Fédération.

Au-delà de ces éléments juridiques, l'affaire des « *emprunts arabes* » a suscité une vive indignation. Ce sentiment était renforcé par le fait que le Premier ministre avait assuré la Chambre des représentants de l'absence de négociation avec les pays pétroliers du Moyen-Orient. Ce contexte politique tendu mènera à la crise de 1975 symbolisée par la suspension du vote du budget par le Sénat.

## **Sous-section 2 : le blocage institutionnel de 1975**

La chaîne des événements rapportée plus haut justifierait à elle seule que lui soit consacré un film<sup>29</sup>. L'épilogue débute en octobre 1975 avec le report du vote du budget par la chambre haute australienne, privant le gouvernement de subsides. Ce report étant assimilé à une perte de confiance du gouvernement, le gouverneur-général nommera un nouveau Premier ministre afin de procéder à une nouvelle double dissolution.

### A - L'attribution des sièges au Sénat – La question secondaire de la violation d'une convention de la Constitution australienne

La question de l'équilibre des forces au Parlement était si importante que l'opposition n'a pas hésité à violer un premier arrangement constitutionnel. En effet, à la faveur de la nomination de Lionel Murphy à la Haute Cour australienne le 10 février

---

<sup>27</sup> Le *Loan Council* institué par le *Financial Agreement* de 1927 sera codifié dans le *Financial Agreement Act* 1928. Le gouvernement souligne également que les dispositions de cette loi ne s'appliquent qu'aux dettes publiques des Etats et non aux dettes de la Fédération.

<sup>28</sup> Article 6 du *Financial Agreement Act* 1928 (n°5, 1928).

<sup>29</sup> La chaîne de télévision *Network Ten* diffusera le 6 mars 1983 une série télévisée intitulée *The Dismissal* s'inspirant des événements de l'automne 1975.

1975, le Parlement de Nouvelle-Galles du Sud dut, sur le fondement de l'article 15 de la Constitution fédérale, attribuer le siège devenu vacant. En application d'une règle en vigueur depuis 1951, il est d'usage que l'attribution d'un siège vacant au Sénat revienne à un membre de la même formation politique. Cette pratique, apparue alors que Robert Menzies<sup>30</sup> était Premier ministre, a vocation à maintenir la représentation inchangée au sein de la Chambre haute, désignée sur la base d'un scrutin proportionnel. En application de cet usage, la nomination au siège laissé vacant par le Sénateur Murphy devait revenir à un membre du *Labor Party*.

Pour autant, le Parlement de Nouvelle Galles du Sud, en application de la lettre de l'article 15 de la Constitution, choisit de désigner Cleaver Burton, qui n'était officiellement affilié à aucun parti politique<sup>31</sup>. Tom Lewis, Premier ministre de l'Etat, justifia cette désignation comme une réponse à la désinvolture du gouvernement Whitlam en proposant la nomination de Lionel Murphy à la Haute cour<sup>32</sup>. La liberté prise par la Nouvelle-Galles du Sud fut contestée par le Sénat qui ne manqua pas de rappeler la valeur de cette règle<sup>33</sup>. Les controverses et les ambiguïtés entourant cette récente pratique sont révélatrices de nombreuses questions sur la nature réelle de cet arrangement<sup>34</sup>. Depuis sa mise en place, cet arrangement a connu une application variable<sup>35</sup>. L'applicabilité de cette règle varie de l'accord plein et entier à un accord plus réservé. Cette pratique guidée par une volonté de préserver l'équilibre politique au sein du Sénat était recommandée dans les rapports de 1958 et 1959 du *Joint Committee on Constitutional Review*<sup>36</sup>. De nombreux auteurs reconnaissent à ce

---

<sup>30</sup> Cette modalité de renouvellement découle d'un accord informel entre le Premier ministre Robert Menzies et Sir Ross McLarty Premier ministre de l'Australie Occidentale.

A la faveur d'un échange entre les deux « Premiers », McLarty souligne : « en gardant à l'esprit que le scrutin proportionnel est devenu la modalité d'élection des membres du Sénat (modification introduite en 1949), un membre de la même formation politique, désigné par la direction du parti, devrait être nommé lorsque la vacance d'un siège intervient à la suite d'un décès ou pour toutes autres raisons », G. SAWER, *Federation Under Strain : Australia 1972-1975*, Melbourne, Melbourne University Press, 1977, p. 200.

<sup>31</sup> Cette nomination représente une entorse certaine à la règle.

<sup>32</sup> G. SAWER, *Federation Under Strain: Australia 1972-1975*, op. cit., p. 137.

<sup>33</sup> Hansard, Senate, n°7, 13 février 1975, p. 146 et suiv.

<sup>34</sup> E. THOMPSON, « A Note on Conventions, Customs and Traditions in Australian Parliaments », *Australian Quarterly*, vol. 47, n°3, 1975, p. 94 à 101.

<sup>35</sup> R. D. NICHOLSON, « Anatomy of a Senate Vacancy », *Australian Quarterly*, vol. 38, n°1, 1966, p. 91 à 101.

<sup>36</sup> *Reports from the Joint Committee on Constitutional Review*, 1<sup>er</sup> octobre 1958 et 26 novembre 1959, Commonwealth Government Press, point 58 à 62, p. 10 du rapport de 1958 et point 58 à 62, p. 195 et suivantes du rapport de 1959.

principe la valeur d'une convention de la constitution, cela malgré les ambiguïtés et imprécisions qui entourent l'application de cet arrangement institutionnel<sup>37</sup>.

Loin de renverser l'équilibre au Sénat, notamment sur la question du vote des crédits, cette entorse à la règle ouvrit une brèche qui fut exploitée – à un degré moindre – par l'Etat du Queensland. Le décès du sénateur Bert Milliner ouvrit une nouvelle vacance. L'exécutif du Queensland choisit de nommer Albert Field, certes un sénateur du *Labor Party*, mais farouche opposant à la politique du gouvernement Whitlam. Dès lors, cette nouvelle configuration<sup>38</sup> permet à l'opposition de profiter d'une courte majorité lui donnant la possibilité de proposer le vote d'une motion visant à retarder le vote du budget.

Geoffrey Sawer n'hésite pas à souligner que ce renversement de situation est la véritable cause de la démission du Gouvernement Whitlam<sup>39</sup>. Cette analyse semble quelque peu dramatique. En effet, la règle des votes au Sénat précise, qu'en cas de partage des voix, le texte est considéré comme rejeté<sup>40</sup>. Dès lors et à supposer même que l'arrangement institutionnel relatif à l'attribution des sièges vacants au Sénat ait été respecté (c'est-à-dire désigner un sénateur favorable au gouvernement), le budget n'aurait, de toute évidence, pas été adopté.

Il apparaît que la caractéristique « *d'arrangement institutionnel* » semble mieux convenir à cette règle, empreinte d'un certain manque de clarté. Il est par ailleurs utile d'insister sur le fait que le critère fondamental semble ici faire défaut. La règle réorganisant, à partir de 1951 et pour certains auteurs avant même cette date<sup>41</sup>, les remplacements de sièges vacants au Sénat semble être privée de caractère obligatoire<sup>42</sup>. D'une part, les réserves des Premiers ministres des Etats et d'autre part, les

---

<sup>37</sup>J. CRAWFORD, Senate Casual Vacancies : Interpreting the 1977 amendment, *The Adelaide Law Review*, vol. 7, 1980, p. 225 à 252, voir également J. R. ODGERS, *Odgers' Australian Senate Practice*, 3<sup>ème</sup> éd., Cambera, Government Printer, 1967, p. 57 semble reconnaître l'existence d'une convention. Dans la 5<sup>ème</sup> édition l'expression de « *pratique* » est utilisée, p. 106. Dans la même veine R. D. LUMB, K. W. RYAN, *The Constitution of the Commonwealth of Australia Annotated*, Sydney, Butterworths, 1974, p. 44 soulignent le renforcement d'une convention issue du respect de récents précédents et dans l'édition de 1977 (la 2<sup>ème</sup> éd.) cette convention devient « *une pratique généralement suivie* », p. 47 et suiv.

<sup>38</sup> 29 sièges pour le gouvernement face à 30 sièges pour la Coalition, le siège nouvellement attribué à Albert Field est resté formellement vacant, son attribution étant contestée.

<sup>39</sup> G. SAWER, *Federation Under Strain*, op. cit., p. 136.

<sup>40</sup> Article 23 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1901*.

<sup>41</sup> J. RYDON, « Casual Vacancies in the Australian Senate », *Politics*, vol. 11, n°2, p. 195 à 204, 1976.

<sup>42</sup> I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, University of Londres Press, 1961, p. 137.

manquements successifs à cette règle permettent de rejeter ou, en tout cas, de remettre en question le qualificatif de convention. Le qualificatif d'usage, visant à définir l'existence d'un arrangement constitutionnel à un moment donné semble plus approprié, plus à même de qualifier la règle visant à organiser l'attribution d'un siège vacant au Sénat. Les acteurs politiques restent libres de respecter cette pratique si le contexte politique est propice à un tel usage. Les deux exemples contraires relevés mettent en lumière une différence de degré dans la violation de l'arrangement. En effet, alors que le Premier ministre de la Nouvelle-Galles du Sud n'a pas hésité à rejeter dans son intégralité la règle, en choisissant un candidat sans étiquette politique, le Premier ministre du Queensland a préféré nommer, en remplacement du sénateur absent, un candidat du même parti politique que son prédécesseur, même si ce dernier était farouchement opposé au gouvernement en place.

Enfin, le constituant australien n'a pas hésité à codifier « *l'esprit de cet arrangement* » lors de la révision de 1977, en précisant la lettre de l'article 15<sup>43</sup>, ceci tout en laissant subsister une part d'incertitude dans les applications futures de celui-ci.

### B - La question du vote du budget par le Sénat, pierre angulaire de la crise – 15 octobre 1975

Alors que la coalition s'est trouvée renforcée par les récentes désignations au Sénat, le gouvernement a été relativement affaibli par les révélations et les démissions de certains de ses membres. La tromperie révélée par la presse quelques jours auparavant, permit à l'opposition de mettre en marche un processus qui devait conduire à la démission de Gough Whitlam. Malcolm Fraser<sup>44</sup>, nommé depuis peu chef de l'opposition en remplacement de Billy Snedden, déclarait le 15 octobre 1975 : « [...]

---

<sup>43</sup> L'article 15 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* issu de la révision de 1977 dispose, en son second alinéa que : « *Si une vacance se produit, à tout moment, concernant le siège d'un sénateur élu par le peuple de l'État qui, au moment où il a été élu, a été publiquement reconnu par un parti politique particulier comme étant un candidat appuyé par ce parti et publiquement présenté lui-même comme un tel candidat, une personne élue ou nommée conformément au présent article, à la suite de cette vacance ou à la suite de cette vacance et d'une ou de plusieurs vacances postérieures, doit, à moins qu'il n'y ait aucun membre de ce parti capable d'être élu ou nommé, être membre de ce parti.* ».

<sup>44</sup> Au jour de sa prise de fonction Malcolm Fraser déclarait « *qu'un gouvernement qui est porté au pouvoir par la Chambre basse et qui est appuyé par une majorité est en droit de gouverner pour la durée du mandat de trois ans à moins que ne surviennent des circonstances exceptionnelles.* », reproduit dans P. J. AYRES, *Malcolm Fraser : A Biography*, Richmond, William Heinemann Australia, 1987, p. 251.

*J'ai demandé ce matin au Premier ministre pour la seconde fois s'il comptait remettre la démission de son gouvernement. Pour la seconde fois il me répondit qu'il n'en ferait rien. L'Opposition n'a guère le choix. Nous ferons usage des pouvoirs qui nous sont reconnus par la Constitution et ralentirons au Sénat l'adoption du projet de loi de finances du Gouvernement, jusqu'à ce que le Parlement se présente devant le peuple. Ceci en accord avec une tradition constitutionnelle établie de longue date, que le Premier ministre a lui-même reconnu, suivant laquelle le gouvernement doit démissionner<sup>45</sup> ».*

Dans une allocution sur *ABC Television* le même jour le Premier ministre rappelait fermement : *« Le principe fondamental auquel j'adhère pleinement veut que le Gouvernement qui dispose d'une majorité à la Chambre des représentants est en droit de disposer des moyens de gouverner. [...] Seule la Chambre des représentants – chambre populaire – peut choisir qui gouverne l'Australie. [...] Je rappelle avec force ce principe fondamental de notre système parlementaire : les Gouvernements sont faits et défaits par la Chambre des représentants – au sein de la Chambre populaire. Le Sénat ne peut, ne doit et ne sera jamais en mesure de choisir le Gouvernement. Ce principe a été observé depuis l'institution de la Fédération et n'a jamais été violé ou remis en question, exception faite depuis la mise en place de ce gouvernement. Il a été scrupuleusement observé au moins durant les vingt dernières occasions depuis l'institution de la Fédération alors que l'Opposition disposait des voix pour rejeter le budget. [...] Il s'agit de ce Sénat, qui n'est pas représentatif, qui est terni, compromis, que M. Fraser entend utiliser comme arme afin de mettre à bas le gouvernement australien démocratiquement élu. [M. Fraser] entend le rendre incapable de mener à bien le programme politique pour lequel il a été élu. [...] Je puis vous affirmer que le gouvernement ne pliera pas sous la pression. Nous ne céderons pas au chantage [...]»<sup>46</sup> ».*

---

<sup>45</sup> Extrait reproduit dans *The Australian*, 16 octobre 1975.

<sup>46</sup> Allocution du Premier ministre Gough Whitlam du 15 octobre 1975 sur la chaîne *ABC*, Archives nationales australiennes.

Conscient que la situation risquait de se tendre davantage et soucieux de rappeler au Sénat ses obligations, Gough Whitlam obtint le vote d'une motion de confiance à la Chambre des représentants. La formulation de cette motion surprend par la similitude des termes utilisés la veille par le Premier ministre<sup>47</sup>.

La question du report du vote du budget par le Sénat fédéral en 1975 est d'autant plus importante qu'il s'agit de la première fois dans l'histoire du Commonwealth que le Sénat a refusé de donner à un gouvernement les subsides nécessaires. L'histoire fait bien les choses. En effet, cette menace politique fut agitée par Gough Whitlam, lui-même en 1970, alors qu'il était chef de l'opposition au sein de la Chambre des représentants : « *Permettez-moi d'emblée de vous signifier que notre opposition à ce budget n'est pas une simple formalité. Nous avons l'intention de faire entendre la voix de l'Opposition par tous les moyens nécessaires lors de la discussion de toutes mesures liées au budget [...] Notre objectif est de mettre à bas ce budget et le gouvernement qui le porte* »<sup>48</sup>. Cette menace ne vit pas le jour, faute de voix suffisantes<sup>49</sup>. Au surplus, le Sénateur Murphy, alors chef du *Labor party* au Sénat, déclarait le 18 juin 1970 dans une formule relativement éclairante : « *Le Sénat est déterminé à exercer librement mais avec mesure son concours à l'adoption de projets de lois de nature financière, notamment des projets de lois instituant un impôt. Il n'existe aucune contrainte imposée au Sénat dans l'usage de ses prérogatives constitutionnelles, exception faite de la raison et de la mesure. L'Australian Labor Party a toujours agi en accord avec la tradition qu'il s'opposerait à tout projet de loi instituant un impôt, une dépense ou un projet de loi de nature financière, chaque fois que cela se révélera nécessaire à la poursuite de ses principes et de ses objectifs*<sup>50</sup> ».

Le refus du Sénat se fonde sur une interprétation originale de l'article 53 de la Constitution du *Commonwealth*. D'une part, selon le dernier aliéna de cet article dispose que « *sous réserve des dispositions du présent article, le Sénat dispose des*

---

<sup>47</sup> Hansard, House of Representatives, n°42, 16 octobre 1975, p. 2199 et suivante.

<sup>48</sup> Hansard, House of Representatives, n°35, 25 août 1970, p. 463, voir également, 12 juin 1970, n°24, p. 3482.

<sup>49</sup> L. J. M. COORAY, *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, op. cit., p. 114 et suivante.

<sup>50</sup> Hansard, Senate, n°25, 18 juin 1970, p. 2647 et suivante.

*mêmes pouvoirs que la Chambre des représentants en ce qui concerne les projets de lois* ». D'autre part, les dispositions auxquelles il est fait référence mettent en avant l'impossibilité pour certains projets de lois, au nombre desquels figurent les lois de finance, d'émaner en première lecture ou d'être amendés par le Sénat<sup>51</sup>. Dès lors, le Sénat a, selon la lettre de la Constitution, les mains liées en matière d'initiative ou d'amendement des projets de loi de finances ; pour autant rien ne l'empêche constitutionnellement de refuser le vote d'une telle loi<sup>52</sup>.

Cette lecture de l'article 53 est loin d'être unanime. En effet, Sir Richard Eggleston souligne que le Sénat ne dispose pas d'un pouvoir de refuser le vote d'une loi de finances<sup>53</sup>. Il met en avant cette analyse à la lumière des différents projets de constitution. La faculté pour le Sénat de « *rejeter ou d'accepter* » une loi de finances prévue dans un avant-projet n'a pas finalement été retenue<sup>54</sup>. Le quatrième alinéa donne au Sénat la possibilité d'adresser à la Chambre des représentants un message en vue de modifier ou de supprimer certaines dispositions d'un texte : ce mécanisme prévu dans le texte même de la Constitution souligne bien que le Sénat ne dispose pas en réalité d'une faculté de refuser l'adoption d'une loi de finances. Ainsi, le refus de procéder au vote de la loi de finances est une réponse du parti d'opposition, majoritaire au Sénat, contre le scandale qui a entaché la crédibilité du gouvernement<sup>55</sup> et qui conduira à une nouvelle double dissolution.

Lors de la seconde lecture de la loi de finances, le Sénat d'opposition a fait preuve d'un grand sens politique, d'une très fine stratégie en exploitant une zone floue de la procédure législative en déposant un amendement au projet de loi soulignant: « *Le présent projet de loi ne sera pas examiné plus avant, tant que le Gouvernement n'aura pas accepté de se soumettre au jugement du peuple, [les membres] du Sénat étant de*

---

<sup>51</sup> L'article 53 pose les exceptions relatives à certains projets de lois relatifs à l'emploi des deniers publics (en vue des services publics ordinaires et annuels du gouvernement)

<sup>52</sup> L'opinion du *Chief Justice* Barwick, dans la décision *Victoria v Commonwealth*, citée, p. 168 sur cette question.

<sup>53</sup> Cité dans J. E. RICHARDSON, *The Legislative Power of the Senate in Respect of Money Bills*, *Alberta Law Journal*, vol. 50, n°6, 1976, p. 273 à 290.

<sup>54</sup> Voir *infra*.

<sup>55</sup> Une telle démarche avait été annoncée dans la presse par Malcolm Fraser.

*l'opinion que le Premier ministre et son gouvernement ne disposent plus de la confiance du peuple australien* <sup>56</sup>».

Le dépôt de cet amendement, visant à reporter le vote de la loi de finances, considéré comme contraire à la lettre de l'article 53 de la Constitution par certains membres du Sénat, fut déclaré recevable et voté comme étant rattaché à une question de procédure législative, et non comme un véritable amendement directement déposé sur le texte de la loi de finance. Cette manœuvre procédurale a conduit à un report du vote du budget qui, suivant la lettre de l'article 57, ne vaut pas rejet du projet de loi soumis au Sénat. Dès lors une telle manœuvre aurait normalement dû neutraliser l'utilisation de la double dissolution. Pour autant le Gouverneur général Sir John Kerr préféra une lecture extensive de son rôle<sup>57</sup>. John Kerr prit le parti de prononcer à la hâte, comme certains le soulignent, la dissolution du Parlement sur le fondement de l'article 57. En effet, devant la crainte d'un blocage persistant et celle de voir l'administration de l'Etat incapable de fonctionner sans budget<sup>58</sup>, John Kerr dut se résoudre à explorer d'autres solutions à cette impasse. Par ailleurs, il est fort à parier que le gouverneur-général redoutait de se trouver confronté à la situation qu'avait connue le gouverneur de l'Etat de Victoria<sup>59</sup>. Le Professeur O'Connell souligne que John Kerr était pris entre le marteau et l'enclume devant l'imminence d'une absence de budget et le danger de reporter trop longtemps les élections législatives<sup>60</sup>. Le gouverneur-général devant cette situation n'a pas pris semble-t-il le soin de réunir les acteurs concernés pour trouver une éventuelle solution au blocage<sup>61</sup>, allant même jusqu'à ignorer la proposition de son Premier ministre d'organiser des élections sénatoriales partielles en application des dispositions des articles 12 et 13 de la Constitution. Cette stratégie avancée par le Premier ministre pouvait paraître

---

<sup>56</sup> *Journals of the Senate*, 16 octobre 1975, Canberra, The Parliament of the Commonwealth of Australia, n°110, 1974-75, p. 962 et suivantes, amendement adopté par 29 voix contre 28.

<sup>57</sup> C. HOWARD, C. SAUNDERS, « The Blocking of the budget and the Dismissal of the Government », dans G. EVANS (dir.), *Labour and the Constitution : 1972-75: the Whitlam Years*, Richmond, Heinemann Australia, 1977, p. 251 à 301. Ces deux auteurs dénoncent l'interprétation contestable, empreinte de « *mauvaise foi intellectuelle* », suivie par le Gouverneur général Sir John Kerr.

<sup>58</sup> Le gouvernement se trouvera dépourvu de financement à la fin du mois de novembre.

<sup>59</sup> En 1947 d'abord puis en 1952. Une situation nettement moins dramatique pour laquelle une issue rapide fut trouvée.

<sup>60</sup> D. P. O'CONNELL, « The Dissolution of the Australian Parliament: 11 november 1975 », art. cit.

<sup>61</sup> Soulignons qu'en 1952 le Gouverneur de Victoria Sir Dallas Brooks prit le soin de réunir les responsables des différentes formations politiques pour tenter de négocier une sortie de l'impasse.

surprenante de prime abord. Le Sénat se renouvelle normalement par moitié à échéance fixe<sup>62</sup>. En effet, des élections au Sénat devaient être organisées pour renouveler la moitié de la chambre d'ici au 30 juin 1976<sup>63</sup>. Par ailleurs l'adoption du *Senate (Representation of Territories) Act 1973*<sup>64</sup> eut pour conséquence la création de quatre sièges devant être occupés dès le lendemain de l'élection (et non au 1<sup>er</sup> juillet 1976 comme le reste des sénateurs élus). Cette aubaine – portant le nombre total de sénateurs à soixante-quatre – représentait pour Gough Whitlam un espoir de rééquilibrer les forces en présence au sein de la Chambre représentant les Etats.

### C - La divergence d'analyse sur l'équilibre institutionnel en 1975

Peu de temps après l'annonce de l'opposition d'empêcher l'adoption de la loi de finance, Robert Ellicott (membre du parti d'opposition) apporta de nouveaux arguments dans le débat avec un communiqué de presse en date du 16 octobre 1975. Ce communiqué de presse est décrit, par Gough Whitlam lui-même, comme un « *guide à l'attention du Gouverneur-général* ». Georges Winterton n'hésite pas à souligner, que l'analyse proposée par l'ancien Solliciteur général de la Fédération constitue le fondement du raisonnement adopté par John Kerr afin de justifier le renvoi du gouvernement Whitlam<sup>65</sup>. Robert Ellicott souligne en substance que : « *Le Gouverneur-général dispose d'au moins deux prérogatives constitutionnelles clairement définies, qu'il est en droit d'exercer. [Il s'agit du] droit de limoger les ministres afin de les remplacer et du droit de refuser de prononcer la dissolution du Parlement ou de l'une de ses Chambres. Ces prérogatives, eu égard à leur nature précisément, ne seront exercées qu'en de rares occasions. Elles ont été mobilisées par le passé et la bonne*

---

<sup>62</sup> Article 13 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1901* : « *Dès sa première réunion ou dès la première séance suivant une dissolution, aussitôt que faire se pourra, le Sénat divisera les sénateurs élus dans chaque État en deux catégories aussi numériquement égales que possible : les sièges des sénateurs de la première catégorie seront vacants au bout de trois ans et ceux des sénateurs de la deuxième catégorie à l'expiration de la sixième année ; dans la suite, les sièges des sénateurs seront toujours vacants au bout de la sixième année de leur mandat[...]* »

<sup>63</sup> *Senate (Representation of Territories) Act 1973*, n°39 de 1974.

L'article 13 de la Constitution dispose en son deuxième alinéa que « l'élection ayant pour objet de nommer des sénateurs aux sièges vacants aura lieu dans l'année précédant la vacance de ces sièges. Par suite, on considérera que le mandat d'un sénateur commence le premier jour de juillet suivant son élection, sauf le cas de la première élection et de l'élection suivant une dissolution du Sénat. Dans ces deux cas, on considérera que le mandat commencera le premier juillet précédant l'élection »

<sup>64</sup> Soulignons que cet *act* fut l'un des *triggered bills* à l'origine de la double dissolution du 11 avril 1974.

<sup>65</sup> G. WINTERTON, « Chapt. 10 - 1975: The Dismissal of the Whitlam Government », dans, H. P. LEE & G. WINTERTON (dir.), *Australian Constitutional Landmarks*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2010, p. 229 à 261.

*marche de la Constitution commande qu'elles le soient à nouveau. [...] Un gouvernement qui ne dispose pas de crédits ne peut gouverner. Le refus opposé par le Parlement d'accorder des crédits, par la voie de la Chambre [des représentants] ou du Sénat est un signal clair adressé au Gouverneur-général que les ministres qu'il a désignés ne peuvent continuer à diriger. Eu égard à ses fonctions il ne manquera pas de s'enquérir auprès de son Premier ministre de la manière dont il compte surmonter la situation. S'il advenait que le Premier ministre proposât des moyens considérés comme illégaux ou impropres à résoudre le conflit entre les Chambres, laissant le gouvernement sans crédit, il serait dans les prérogatives et du devoir du Gouverneur-général de limoger ses ministres pour les remplacer. [...] Le Gouverneur général est en droit d'être informé : (1) du moment auquel le gouvernement sera de façon certaine ou supposée privé de subsides en vertu des lois de finances en vigueur ; (2) des moyens mobilisés par le gouvernement afin de continuer à diriger une fois les crédits épuisés ; (3) des moyens mobilisés par le gouvernement pour mettre fin à la querelle entre les Chambres. [...] Considérant l'argument avancé par le gouvernement faisant état du blocage permanent opposé par le Sénat, le Gouverneur général devra s'interroger sur le point de savoir si ce désaccord peut être résolu par une élection partielle au Sénat ou si le gouvernement n'aurait d'autre choix que de requérir une double dissolution, afin de laisser le peuple arbitrer ce litige. [...] Il [le gouverneur-général] est en droit de demander à son Premier ministre s'il entend requérir une dissolution de la Chambre des représentants et du Sénat ou uniquement de la Chambre afin de mettre un terme au désaccord entre ces dernières. Si le Premier ministre refuse ce choix, le Gouverneur-général pourra limoger ses ministres et les remplacer par des ministres disposés à lui remettre la seule recommandation valable. Voilà la marche à suivre. Face aux présents événements, la seule recommandation valable se résume à prononcer la dissolution des deux Chambres du Parlement ou de la seule Chambre des représentants avec ou sans élections partielles au Sénat. »<sup>66</sup>*

---

<sup>66</sup> Propos de R. J. Ellicott reproduit dans R. HALL, J. IREMONGER, *The Makers and the Breakers*, Sydney, Wellington Lane Press, p. 187 et suivantes.

Le propos central de Robert Ellicott se résume à l'idée qu'un gouvernement qui serait privé de subsides par le Sénat - l'auteur prend bien le soin de ne pas pointer du doigt le Sénat – n'aura d'autre choix que de recommander une dissolution ou de démissionner (pour être remplacé par un gouvernement disposé à recommander la dissolution). Il est également très clair que tout autre réaction autorise le gouverneur-général à limoger ledit gouvernement.

La présente déclaration a pesé dans le choix de John Kerr, lui donnant l'ensemble des éléments juridiques dont il avait besoin pour renvoyer le gouvernement Whitlam et s'assurer que la Couronne disposait d'un budget. Les grandes lignes de la présente analyse seront d'ailleurs reprises dans l'avis du Président de la Haute Cour adressé au gouverneur-général en date du 10 novembre 1975.

Ces remarques seront à l'origine d'une analyse menée, à la demande du Premier ministre par Maurice Byers et Kep Enderby, respectivement solliciteur de la Couronne et ministre de la Justice. Le but de ce contre-examen est de connaître la validité de l'analyse de Robert Ellicott. Ils insistent bien sur le caractère uniquement politique de la querelle qui oppose la Chambre des représentants au Sénat, « *les raisons avancées par le Sénat sont d'ordre politique [...] Il ne s'agit pas de questions juridiques qui pourraient être tranchées par une cour mais de questions qui ne peuvent être résolues que sur le seul terrain politique* ». En s'appuyant sur des auteurs comme Ivor Jennings notamment, ils défendent clairement l'idée que la marge de manœuvre du gouverneur-général serait encore plus réduite. La solution au présent blocage par la double dissolution est avancée avec beaucoup de prudence. De la même manière, la démission d'un gouvernement qui dispose de la confiance de la chambre populaire paraît inconcevable. Tout l'intérêt de l'analyse, au-delà du rejet de la vindicte de Robert Ellicott, repose sur un examen du blocage des subsides à l'aune des seules dispositions de la Constitution. Les auteurs ne cherchent pas à démontrer l'obligation qui pèserait sur le Sénat de voter la loi de finance ou encore l'existence de prérogatives qui permettraient au gouverneur-général de limoger son gouvernement et de « *forcer une dissolution* ». Ils proposent une analyse de l'équilibre institutionnel qui gouverne

l’Australie. Ils appellent à la mesure et au consensus, soulignant bien les dangers qui planent sur la bonne marche du gouvernement, si certains acteurs font usage de pouvoirs qui ne leur sont pas « *constitutionnellement interdits* », sans penser aux conséquences générales que cela aurait sur le système de gouvernement<sup>67</sup>.

### **Sous-section 3 : vers la fin de la crise – Novembre 1975**

Les premiers jours du mois de novembre 1975 apportent à Sir John Kerr les derniers éléments pour légitimer ou du moins justifier son intervention et sortir de l’impasse, sans attendre l’échéance inévitable de l’épuisement des crédits. En effet, après avoir consulté Sir Garfield Barwick, Président de la Haute cour et sans avoir pris la peine d’informer ou d’avertir - en accord avec les trois « droits du monarque » identifiés par Walter Bagehot<sup>68</sup> - son Premier ministre, le Gouverneur général John Kerr décide, sur le fondement de l’article 64 de la Constitution fédérale, de remplacer ce dernier afin de sortir de cette impasse.

L’avis de Sir Garfield Barwick est davantage une confirmation, en réalité. En effet, le Président de la Haute Cour n’apporte pas la contradiction au gouverneur-général ; il s’évertue à rappeler à ce dernier « les devoirs constitutionnels » qui pèsent sur son office.

#### A - Le renvoi de Gough Whitlam

Le 11 novembre 1975, alors que le Premier ministre Whitlam se rendait à Yarralumla afin de recommander au vice-roi d’ordonner l’émission des brefs d’élections nécessaires à l’organisation des élections partielles au Sénat le 13 décembre

---

<sup>67</sup> L’analyse de Kep Enderby et Maurice Byers est intégralement reproduite dans R. HALL, J. IREMONGER, *The Makers and the Breakers*, op. cit., p. 190 et suivantes.

<sup>68</sup> « *To be consulted, to encourage and to warn* ». Ici le droit le plus important est celui de « *mettre en garde* », d’avertir, W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Republished Classics, 2013, p. 60.

suisant, le gouverneur général avait déjà pris sa décision quant à la manière de résoudre le blocage auquel les institutions australiennes étaient confrontées.

S'agissant de la question des élections partielles au Sénat, Mark Cooray<sup>69</sup> rapporte que le gouverneur-général n'était pas favorable au projet et cela pour deux raisons majeures. D'une part, la tenue d'une élection au mois de novembre pour un début de mandat en juillet suivant n'avait, pour les Premiers ministres des Etats que peu de sens ; d'autre part, devant cette analyse, les gouverneurs des Etats, responsables de l'émission des brefs d'élections<sup>70</sup>, auraient pu recevoir de la part des exécutifs locaux une recommandation de ne pas suivre cette directive<sup>71</sup>.

Les évènements prirent une tournure inattendue. En effet, au lieu de trouver audience auprès de Sir John Kerr, le Premier ministre Whitlam se vit remettre une lettre l'informant que le gouverneur-général avait mis fin à ses fonctions – en application des dispositions de l'article 64 de la Constitution – et que Malcolm Fraser avait été mandaté afin de former un gouvernement intérimaire dont la seule mission était de recommander au gouverneur-général de dissoudre les deux assemblées en application de l'article 57 de la Constitution<sup>72</sup>. Le choix de Malcolm Fraser paraissait pour John Kerr tout indiqué tant ce dernier était, semble-t-il, la seule personnalité à pouvoir assurer le vote de la loi de budget.

L'histoire raconte que John Kerr aurait programmé les deux entrevues à la suite l'une de l'autre : le renvoi de son Premier ministre Whitlam, en début d'après-midi et la nomination de son remplaçant, quelques instants plus tard. Laurie Oakes souligne que Malcolm Fraser est arrivé en avance au rendez-vous prévu. La rencontre entre

---

<sup>69</sup> L. J. M. COORAY, *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, op. cit. p. 125.

<sup>70</sup> Article 12 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* : « Le gouverneur d'un État sera chargé d'envoyer les lettres de convocation pour l'élection des sénateurs de cet État. »

<sup>71</sup> Il est admis que le Premier ministre recommande au Gouverneur général de demander au Gouverneur de chaque état d'émettre les brefs d'élections du Sénat. Etant entendu que cette prérogative reste soumise à l'approbation du Premier ministre de chaque Etat.

<sup>72</sup> La nomination de M. Fraser au poste de Premier ministre était subordonnée à ce qu'il recommande à Sir John Kerr le recours aux dispositions de l'article 57 de la Constitution.

Gough Whitlam et Malcolm Fraser aurait pu empêcher la réalisation du projet mis en place par le gouverneur-général<sup>73</sup>.

Vers 14 heures, la Chambre des représentants reprend ses débats sur l'opportunité de l'adoption d'une motion de censure déposée par l'opposition. En parallèle de ce débat sur la censure d'un gouvernement qui, en réalité n'existe pas, la loi de financement est immédiatement adoptée par le Sénat<sup>74</sup>, averti officieusement du changement de gouvernement. Ces quelques minutes sont sans doute les plus étranges de la crise. En effet, à cet instant Gough Whitlam n'a pas encore annoncé que son gouvernement a été limogé par le gouverneur-général et Malcolm Fraser n'a pas annoncé officiellement qu'il vient d'être mandaté pour former un gouvernement. Une fois la loi de financement définitivement adoptée à 14h24<sup>75</sup>, Malcolm Fraser annonce à 14h34 qu'il a été mandaté par le gouverneur-général pour former un nouveau gouvernement<sup>76</sup>. Il propose, après un rappel des événements, que soit adoptée une motion d'ajournement des travaux parlementaires, motion qui est rejetée à 64 voix contre 55. A 15h00, Gough Whitlam propose l'adoption d'une motion visant à réaffirmer la confiance de la Chambre à son gouvernement. La motion entend demander au président de la Chambre des représentants de recommander à Son Excellence John Kerr d'appeler l'honorable membre de Werriwa à former un gouvernement<sup>77</sup>. La motion adoptée, le Président de la Chambre des représentants se rendit auprès du gouverneur-général. Le temps que ce dernier se présente à la résidence de Sir John Kerr, il est informé que la double dissolution du Parlement a été prononcée<sup>78</sup>. Cette « manœuvre » fut une échappatoire pour le gouverneur-général. En effet, annoncer la

---

<sup>73</sup> L. OAKES, *Crash Through or Crash: The Unmaking of a Prime Minister*, Richmond, Drummond, 1976, p. 8 et suivantes. L'auteur souligne que les services du Gouverneur général ont demandé au chauffeur de Monsieur Fraser de déplacer son véhicule derrière le bâtiment afin que Gough Whitlam ne se doute de rien. En effet, la présence de Malcolm Fraser aurait très certainement éveillé les soupçons du Premier ministre.

<sup>74</sup> Les débats parlementaires forts intéressants mettent en lumière l'absence de référence aux événements du jour. Le vote de la loi de finances est précédé d'une référence au message adressé par la Chambre des représentants (Message n°406 du 5 novembre 1975) mettant en cause le report du vote du budget comme « *une violation tant de la Constitution que des conventions, une violation patente des rôles respectifs de chacune des chambres du Parlement s'agissant de la question de l'adoption du budget [...] (d) [La Chambre des représentants] entend réaffirmer le principe fondamental suivant lequel un gouvernement disposant de la confiance de la Chambre des représentants doit être mis en mesure de gouverner* », Hansard, Senate, n°46, 11 novembre 1975, p. 1885.

<sup>75</sup> Hansard, Senate, *loc. cit.*

<sup>76</sup> Hansard, House of Representatives, 11 novembre 1975, n°46, p. 2928.

<sup>77</sup> Hansard, House of Representatives, 11 novembre 1975, n°46, p. 2930 et suivante.

<sup>78</sup> J. KERR, *Matters for Judgement*, Melbourne, Macmillan, 1978, p. 374.

double dissolution avant d'avoir reçu le Président de la Chambre lui évite l'embarras d'avoir à connaître le vote de la motion de défiance à l'égard de M. Fraser. La connaissance de la défiance à l'égard de Malcolm Fraser ou plus précisément de la confiance portée au crédit de Gough Whitlam forcerait John Kerr à admettre son erreur et à mandater ce dernier, afin de former un gouvernement.

### B - L'arbitrage royal

Le peu d'égard dont a fait preuve le gouverneur-général vis-à-vis du président Gordon Scholes et les doutes quant à la constitutionnalité de la conduite de John Kerr ont poussé le président de la Chambre à s'adresser directement à la Reine pour arbitrer ce litige. Après avoir relaté les événements, il met en avant ses doutes sur le positionnement adopté par le gouverneur-général de « *maintenir en fonction par l'usage des prérogatives royales un Premier ministre qui n'est pas appuyé par la Chambre des représentants et qui a été incapable, sur le vote de résolutions majeures, de bénéficier de l'appui de la majorité à la Chambre des représentants*<sup>79</sup> ». La Reine prend acte du courrier de Gordon Scholes mais laisse à son secrétaire privé le soin d'y répondre, par un courrier en date du 17 novembre 1975. La réponse apportée par les services de la Couronne est transparente de clarté et entend bien préserver la neutralité de la Couronne britannique. Le secrétaire privé souligne que : « *La Constitution australienne place fermement les prérogatives royales entre les mains du Gouverneur général en tant que représentant de la Reine d'Australie. La seule personne **habilitée à mandater** un Premier ministre australien est le Gouverneur-général et la Reine n'a pas à participer aux décisions qui sont prises par le Gouverneur général en application de la Constitution. Sa Majesté, en tant que Reine de l'Australie suit, de très près et avec beaucoup d'attention les évènements qui se déroulent à Canberra mais il ne serait*

---

<sup>79</sup> Lettre du Speaker Gordon Scholes à la Reine en date du 12 novembre 1975, Archives nationales australiennes, A1209, 1975/2448.

*pas convenable qu'elle intervienne en personne dans de telles affaires **qui relèvent clairement**<sup>80</sup> de la compétence du Gouverneur-général<sup>81</sup>».*

Il est intéressant de souligner que la réponse de la Reine adressée à Gordon Scholes l'a été sans le concours du Premier ministre australien. La question semble anodine. Pourtant, la Reine a ici répondu au Président de la Chambre des représentants en tant que Reine de l'Australie. Dès lors la réponse de Sa Majesté, si elle avait nécessité un avis, devait recueillir l'avis, les recommandations du gouvernement australien, à savoir celui de Malcolm Fraser. Bien que celui-ci soit un gouvernement d'intérim, le Premier ministre aurait probablement souhaité une autre réponse de la Reine. Le Secrétaire privé de cette dernière s'est expliqué de cette absence de concertation avec le gouvernement australien en soulignant que la réponse adressée à Gordon Scholes n'appelait aucune action ou aucun agissement de la part de la Reine ; dès lors l'avis du gouvernement n'était pas nécessaire<sup>82</sup>. Le choix de la Reine semble, d'un point de vue objectif, tout à fait adapté et correct, eu égard à la situation. Dans ses mémoires, le gouverneur-général John Kerr révèle qu'il aurait refusé de consulter la Reine, ceci afin de protéger la Couronne de toute critique et éviter le développement d'un sujet supplémentaire de controverses<sup>83</sup>. Le choix arrêté par la Reine semble également conforme à l'analyse arrêtée par Maurice Byers et Kep Enderby quelques semaines auparavant.

### C - Les conséquences immédiates de la crise

Les élections du 13 décembre 1975 ont consacré la victoire du parti libéral et ont laissé au *Labor Party* un fort sentiment d'injustice<sup>84</sup>, l'impression que les élections leur ont été volées. Les résultats au lendemain des élections soulignent que le bilan économique du gouvernement de Gough Whitlam a pesé dans le choix des électeurs.

---

<sup>80</sup> Nous soulignons.

<sup>81</sup> Lettre en réponse adressée par le Secrétaire privé de la Reine au Speaker Gordon Scholes et en copie au Gouverneur général Sir John Kerr, le 17 novembre 1975, citée dans A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 738.

<sup>82</sup> R. PULLAN, « The Queen May Have Erred », *Bulletin*, 2 septembre 1980, p. 33

<sup>83</sup> J. KERR, *A Matter for Judgement*, op. cit., p. 330

<sup>84</sup> Le *Labor party* a perdu 27 sièges à la Chambre des représentants et 2 sièges au Sénat.

Les conséquences du blocage du budget ou le renvoi n'ont apparemment pas été au cœur du débat en décembre 1975.

Même si le *Labor Party* fut le perdant immédiat, cette défaite fut vite oubliée et le parti ne mit que peu de temps avant de gouverner à nouveau<sup>85</sup>. Les perdants réels étaient Malcolm Fraser dont le bilan politique était empreint d'une certaine réticence à agir et mener une politique et John Kerr qui ne fut jamais réellement pardonné. Billy Hayden dit de John Kerr qu'il serait « *conspué jusqu'à sa mort et au-delà* »<sup>86</sup>. Il quitta ses fonctions de gouverneur-général en 1977 avec l'espoir d'être nommé ambassadeur de l'Australie à l'UNESCO. Les représentants du *Labor Party* firent en sorte qu'une telle nomination n'ait jamais lieu.

Les événements de 1975 et le contexte institutionnel qui les entourait dépassaient de loin la simple sphère politique. Le 11 novembre 1975 reste encore aujourd'hui une date chargée de symbole. Considérée par certains comme « *un traumatisme national*<sup>87</sup> », la valeur dramatique de ces événements semble quelque peu surévaluée<sup>88</sup>, par d'autres.

Le blocage du budget de 1975 sera à l'origine d'une réflexion constitutionnelle de fond qui conduira à une tentative de codification<sup>89</sup> des règles non codifiées de la constitution relatives non seulement à l'office du gouverneur-général mais également à la confiance sur laquelle reposait le maintien en fonction du gouvernement.

L'ouverture récente des archives de cette période révèle un rôle actif de Buckingham dans cette crise. En effet, après une lutte judiciaire particulièrement longue la Haute cour de Cambera décida de rendre les documents accessibles<sup>90</sup>. En revanche, le Palais se montra particulièrement frileux à l'idée de rendre publics ces

---

<sup>85</sup> Le *Labor Party* est de nouveau appelé au pouvoir en 1983, emmené par Robert « Bob » Hawke.

<sup>86</sup> B. HAYDEN, *Hayden: An Autobiography*, Sydney, Angus & Robertson, 1996, p. 236

<sup>87</sup> P. KELLY, « The Dismissal and Australian Democracy », dans M. COOPER, G. WILLIAMS (dir.) *Power, Parliament and the People*, op. cit., p. 123 à 147.

<sup>88</sup> G. WINTERTON, « Chapt. 10 - 1975: The Dismissal of the Whitlam Government », op. cit., p. 252.

<sup>89</sup> En 1983 et 1985.

<sup>90</sup> <https://www.naa.gov.au/explore-collection/kerr-palace-letters>

documents, soulignant que les échanges entre la Couronne et ses représentants étaient de nature privée. Le secrétaire privé de la Reine, Edward Young avait d'abord proposé de respecter un délai de cinq ans à compter de la fin du règne avant de rendre public ces documents<sup>91</sup>. Le Juge de Cambera<sup>92</sup> souligna que les documents, notamment les correspondances entre le Palais et Yarralumla, faisaient parties de l'histoire de l'Australie et à ce titre devaient être accessibles suivant le régime de la loi sur les archives<sup>93</sup>. Les juges de la Haute Cour rejoignaient ainsi l'opinion dissidente du Juge Flick dans le premier jugement rendu par la Cour fédérale<sup>94</sup>, qui insistait sur le fait que reconnaître la nature privée de ces documents n'a pas de fondement. Au contraire, « *ces documents touchent au cœur même du système de gouvernement du Commonwealth et font donc partie des archives de celui-ci*<sup>95</sup> ».

Jenny Hocking qui avait déjà eu accès à une partie des documents révèle un échange entre le Prince Charles et le Gouverneur Kerr. Le Prince de Galles y rassurait le gouverneur en lui rappelant que dans le cas où Gough Whitlam demanderait à la Reine son renvoi, elle n'était pas tenue d'accepter étant donné qu'une demande de renvoi de ce dernier était pendante<sup>96</sup>. L'idée, derrière l'avis du futur Charles III, était de faire prévaloir l'avis du représentant de la Couronne sur celui de son Premier ministre. Cette analyse, forte heureusement, n'a pas eu à être prouvée, mais elle représente une forme de régression institutionnelle s'agissant de la neutralité des vice-rois. Cette recommandation maladroite du Prince de Galles fut invalidée par le secrétaire privé Martin Charteris en soulignant que, quand bien même la prérogative royale existait légalement, elle ne pouvait dans les faits être exercée sans l'avis du Premier ministre<sup>97</sup>. L'ouverture des archives, 30 ans après les événements, et la mise en lumière du rôle de Buckingham montrent la dimension vivante du droit constitutionnel.

---

<sup>91</sup> A. TWOMEY, « Hocking v Director-General of the National Archives of Australia: Can Kerr's Correspondence with the Queen Be Kept Secret Forever? », *Sydney Law Review*, vol. 42, n°1, 2020, p. 97 à 108.

<sup>92</sup> *Hocking v Director-General of the National Archives of Australia* [2020] HCA 19, 29 mai 2020.

<sup>93</sup> *Australian Archives Act* 1983, n°79, 1983.

<sup>94</sup> *Hocking v Director-General of the National Archives of Australia* [2019] FCAFC 12, 8 février 2019.

<sup>95</sup> Opinion du Juge Flick, *Hocking v Director-General of the National Archives of Australia* [2019], point 118.

<sup>96</sup> J. HOCKING, *The Palace Letters: the Queen, the governor-general, and the plot to dismiss Gough Whitlam*, Brunswick, Scribe, 2020, p. 213.

<sup>97</sup> Lettre du 27 octobre 1975 du Secrétaire Charteris à John Kerr, NAA : AA1984/609, part. 2.

La description de la chaîne des événements qui eut lieu en 1975, entre scandale politique et blocage institutionnel, permet de révéler la fragilité des arrangements constitutionnels qui avaient vocation à organiser les rapports entre les organes du système de gouvernement australien.

Le report du vote du budget par le Sénat permet de s'attarder sur la question plus précise de la place de la seconde chambre d'un système issu d'une transposition du modèle de Westminster. Par ailleurs ces événements ont assurément renouvelé le débat autour de l'existence de la règle non codifiée qui entendrait priver une chambre haute - du type Sénat - de sa faculté de rejeter un projet de loi de nature financière.

## **Section 2 : les rapports entre les chambres du parlement, transposition discutable des règles britanniques dans le cadre de la fédération australienne**

La question de l'anatomie de la crise institutionnelle de 1975, au-delà des conséquences nationales, permet de mener une réflexion plus large sur la valeur de certaines conventions de la constitution. Il est notamment question de s'interroger sur l'existence de la « prétendue » règle non codifiée qui priverait une chambre haute de la faculté de se prononcer sur l'adoption d'une loi de nature financière voulue par le gouvernement (**sous-section 2**). La résistance du Sénat australien ouvre ainsi la question de savoir ce qu'il advient lorsque « *la deuxième chambre s'oppose* »<sup>98</sup>. En se fondant sur une analyse dérivée du modèle britannique, bon nombre de commentateurs ont tendance à calquer, parfois de façon outrancière, le fonctionnement – attendu – du Sénat australien sur celui de la Chambre des Lords. Pour autant une telle comparaison paraît à la fois fautive et anachronique (**sous-section 1**). Certes, une telle analogie est

---

<sup>98</sup> Ph. LAUVAUX, « Quand la deuxième chambre s'oppose », *Pouvoirs*, n°108, 2004 p. 81 à 108.

fondée dans le cas, par exemple du Canada. Pour autant, la Nouvelle-Zélande, pour des raisons évidentes et l’Australie ne peuvent soutenir cette comparaison (sous-section 3).

En définitive, la crise institutionnelle qui secoua l’Australie entre 1974 et 1975 offre une analyse renouvelée sur la nature du fonctionnement de certains systèmes de gouvernement issus d’une « *transplantation* » du modèle de Westminster, notamment sur la question des rapports qu’entretiennent les chambres « hautes » (nommées ou élues) avec les chambres populaires.

### **Sous-section 1 : l’interdiction de priver un gouvernement de subsides – une règle non codifiée remise en question**

La substance de l’article 53 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* s’attarde sur les compétences du Sénat et de la Chambre des représentants en tant qu’organes distincts, sur la question du vote des lois de nature financière. Quick et Garran soulignent que les débats relatifs à la rédaction de ce qui allait devenir l’article 53 « *ont été certainement les débats les plus importants de l’histoire de la convention*<sup>99</sup> ». La lettre du 4<sup>ème</sup> alinéa pose clairement des limites à la compétence du Sénat en matière de loi financière. Le Sénat dispose de la possibilité de requérir de la Chambre des représentants qu’elle examine des propositions de modifications du texte. Le Sénat ne dispose pas de la faculté d’amendement ou d’initiative.

Par ailleurs, les dispositions de l’article 53 ne traitent pas de la question du rejet d’un texte, que ce soit un texte déposé en première lecture devant la Chambre des représentants ou déposé en première lecture devant le Sénat. L’article 1<sup>er</sup> de la Constitution australienne institue un Parlement bicaméral<sup>100</sup>. La seule lecture de l’article 1<sup>er</sup> suffit à établir l’existence d’un bicamérisme égalitaire. Dès lors, prise

---

<sup>99</sup> J. QUICK et R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Londres, The Australian Book Company, 1901, p. 169. Voir également, B. GALLIGAN, « Interpreting the Constitution After 1975 », *Australian Quarterly*, vol. 56, n°2, 1984, p. 142 à 152.

<sup>100</sup> Article 1<sup>er</sup> du *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900 : « *la compétence législative est confiée à un parlement fédéral composé de la Reine, d’un Sénat et d’une Chambre des représentants ; le parlement fédéral portera le titre de « Parlement » ou de « Parlement du Commonwealth »* ».

isolément, la présente disposition n'entend pas priver le Sénat de la faculté de rejeter un projet de loi ordinaire ou de nature financière. Pour s'en convaincre, il convient de se reporter à la lettre de l'article 58 du *Constitution Act* qui dispose que « *quand un bill voté par les deux Chambres*<sup>101</sup> est présenté au Gouverneur-général pour qu'il donne son assentiment au nom de la Reine, le Gouverneur-général peut, à sa guise, mais conformément à cette Constitution, donner son assentiment au nom de la Reine, le refuser ou réserver le projet pour le présenter à Sa Majesté ».

Les seules limites aux compétences du Sénat sont posées à l'article 53 qui dispose que les lois en matière financière ne peuvent émaner ou être amendées par le Sénat. Il n'est, dans la lettre de l'article, posé aucune limite quant à une interdiction faite au Sénat de rejeter une loi financière. La faculté de proposer une modification du projet de loi financière ne saurait être apparentée à une interdiction de rejeter éventuellement ledit projet de loi.

Cette interprétation, notamment défendue par Richard Eggleston<sup>102</sup>, s'inscrit dans une interprétation de la lettre de l'article 53 qui pose des interdictions précises et claires dans les alinéas précédents<sup>103</sup>. Par ailleurs, il n'existe, dans la Constitution, aucun article, à l'exception des dispositions de l'article 128, qui déroge au principe du bicamérisme posé à l'article 1<sup>er</sup> de la Loi constitutionnelle australienne. L'article 128 pose clairement une telle exception en matière de loi de révision de la Constitution. Le gouverneur-général dispose dans le cadre de cet article de la faculté de soumettre au vote populaire un texte adopté par une seule des deux chambres<sup>104</sup>, texte qui sera éventuellement promulgué.

---

<sup>101</sup> Nous soulignons.

<sup>102</sup> Deux lettres publiées dans *the age* en date des 27 octobre et 5 décembre 1975.

<sup>103</sup> Les second et troisième alinéa débutent tous deux par : « Le Sénat ne devra pas amender ». Le troisième alinéa débute par : « Le Sénat ne peut renvoyer à la Chambre des représentants »

<sup>104</sup> Article 128 al.2 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*: « *Mais si une des chambres a voté à la majorité absolue un projet de loi, et si l'autre Chambre le rejette ou ne l'adopte qu'avec des modifications auxquelles ne consent pas la première Chambre, et si après un intervalle de trois mois, la première Chambre, dans la même session ou dans la session suivante, de nouveau vote le même projet de loi à la majorité absolue de ses membres avec ou sans les amendements qu'a apportés l'autre Chambre, et si cette autre Chambre rejette le projet ou ne l'adopte qu'avec des amendements que n'admet pas la première chambre, le Gouverneur général pourra alors soumettre dans chaque État et territoire aux électeurs qui participent à la nomination des membres de la Chambre des représentants, le projet tel qu'il a été proposé en dernier lieu par la première Chambre, avec ou sans aucun des amendements sur l'adoption desquels les deux Chambres étaient tombées d'accord* ».

Quick et Garran, dans leur commentaire de la Constitution australienne, soulignent très justement que la question de prévoir des verrous à la compétence législative du Sénat a été âprement débattue. Ils ne manquent pas également d'insister sur l'idée que, moyennant les exceptions de l'article 53, le Sénat dispose d'une compétence concurrente à celle de la Chambre des représentants en matière législative. Le veto absolu du Sénat ne pourra être reconsidéré qu'en application des dispositions de l'article 57<sup>105</sup>.

Ce débat opposait, d'une part, les tenants d'une logique de pur régime parlementaire pour lesquels il convenait de poser des limites à la compétence du Sénat et, d'autre part, les défenseurs d'une vision purement fédéraliste de l'équilibre institutionnel.

La première rédaction de l'article 53 prévoit *in extenso* que « *le Sénat dispose de compétences semblables à celles de la Chambre des représentants s'agissant de tout projet de loi, exception faite des lois établissant un impôt ou des lois déterminant l'emploi des deniers publics pour les services annuels et ordinaires du gouvernement, que le Sénat aura tout loisir d'adopter ou de rejeter mais qu'il ne pourra amender*<sup>106</sup> ».

La formulation de cet article a été conservée lors des débats qui ont eu lieu durant la Convention d'Adélaïde de 1897. Pourtant, lors de la troisième session des débats, lors de la Convention de Melbourne en 1898, cette rédaction fut abandonnée au profit de la faculté offerte au Sénat de renvoyer devant la Chambre des représentants un projet de loi financière en suggérant des amendements et suppressions. Dès lors, le veto du Sénat pourrait sembler incompatible avec les dispositions adoptées en 1898. Dans le cadre des débats de la Convention de Melbourne, de nombreux membres ont très tôt senti les difficultés qui pourraient émerger de l'affaiblissement du Sénat. Ainsi, le représentant de Victoria, Henry Bournes posa naïvement la question de savoir si, en toute hypothèse, lors du rejet des suggestions soumises par la chambre haute, le Sénat n'était réduit qu'à

---

<sup>105</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 673.

<sup>106</sup> *Official Report of the National Australasian Convention Debates, Sydney 1891*, Sydney, University of Sydney Library 1999, p. 1065 et p. 1428.

un choix binaire d'accepter ou de rejeter, dans son intégralité le texte<sup>107</sup>. Prolongeant l'analyse, Sir John Forrest, le représentant de l'Australie Occidentale, s'est évertué à démontrer le caractère discutable de la formulation des compétences du Sénat en matière financière. Pour ce dernier, la faculté de proposer un amendement laissait peser sur le Sénat le choix du rejet ou de l'adoption du texte. En effet, la proposition était soumise à la chambre basse qui pouvait la rejeter, laissant à la chambre haute la faculté de rejeter finalement le texte. Par contraste, la faculté d'amendement rétablissait un équilibre entre les chambres et semblait, selon ce dernier, respecter l'esprit originel de l'article. En effet, en rejetant un projet de texte amendé par le Sénat, la chambre basse prenait la responsabilité de créer un blocage institutionnel.

Dès lors, la volonté d'instituer un équilibre entre les chambres, même en posant une apparente limite à la compétence (seule faculté de proposer un amendement) du Sénat, ne semblait pas contradictoire avec la possibilité, pour ce dernier, de rejeter un projet de loi de nature financière si les « *suggestions* » souhaitées par la chambre haute venaient à être écartées par la Chambre des représentants<sup>108</sup>.

Au-delà de la question des compétences, le problème sous-jacent est en réalité celui de l'existence même de l'équilibre de la Fédération. Les plus petits Etats étaient davantage attirés par une logique « *de fédération volontariste* » fondée notamment sur l'idée que chacune des entités fédérées devait être également représentée. Cette conception est proche de la logique américaine au détriment du modèle canadien<sup>109</sup>. Les plus déterminés défendaient une conception égalitaire des compétences des deux chambres s'agissant de l'intégralité de la matière législative<sup>110</sup>.

De cette lecture discordante de la place du Sénat « *le compromis de 1891* » autorise ce dernier à proposer des amendements à des projets de lois financières qu'il

---

<sup>107</sup> *Official Report of the National Australasian Convention Debates, Melbourne 1898*, Sydney, University of Sydney Library 1999, p. 3212

<sup>108</sup> *Ib id*, p. 3216 et suivant.

<sup>109</sup> Sur l'étude de cette question : N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth – The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 3<sup>ème</sup>, 2010, p. 150 et suivantes.

<sup>110</sup> J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, *op. cit.*, p. 13 ou J. E. RICHARDSON, The Legislative Power of the Senate in Respect to Money Bills, *Australian Law Journal*, vol. 50, n°6, 1976, p. 273 à 290.

ne peut directement modifier. Comme démontré précédemment, cette rédaction a finalement été adoptée de justesse en 1897 après avoir été supprimée des débats<sup>111</sup>. Le « *compromis de 1891* » est par ailleurs le reflet d'une opposition qui existait à l'époque de la Convention entre les « *grands et les petits Etats* »<sup>112</sup>. Les travaux de la Convention de Melbourne se sont achevés sur la reconnaissance explicite que le Sénat était en mesure de rejeter les lois de nature financière, sans pour autant le formuler *in extenso*.

La Haute Cour a eu l'occasion de se prononcer sur cette question précise. Les juges Stephen et Mason ont eu, à des degrés divers, l'opportunité d'affirmer que le Sénat, disposait, au regard de la Constitution, de la compétence de rejeter tout projet de loi, notamment des projets de lois de nature financière<sup>113</sup>.

Le seul véritable mécanisme de nature à faire échec au veto du Sénat réside dans la double dissolution de l'article 57. A la lecture des débats de la Convention de Melbourne de 1898, il ne fait absolument aucun doute que seule la double dissolution peut être utilisée pour mettre fin à un blocage entre les chambres, s'agissant de l'adoption d'un projet de loi de nature financière<sup>114</sup>. Comme le souligne très justement le Professeur Richardson, l'article 57 n'est présent dans la Constitution australienne qu'aux seules fins de limiter les divergences et de dissuader le Sénat de faire usage du veto lors de l'adoption de projets de lois ordinaires ou des projets de lois de nature financière<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> *Convention Debates Adelaide 1897*, disponible sur le site du Parlement australien [http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/constitution/conventions/1897-1056/upload\\_binary/1897\\_1056.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22first%20session%20%201890s%201897%22](http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/constitution/conventions/1897-1056/upload_binary/1897_1056.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22first%20session%20%201890s%201897%22)

<sup>112</sup> J. WILLIAMS, « The Emergence of the Commonwealth Constitution », dans H. P. LEE et G. WINTERTON (dir. *Australian Constitutional Landmark*, op. cit., p. 16.

<sup>113</sup> *Victoria v. Commonwealth* (1976), 5 A. L. R. J.7, p. 21 et p. 30.

B. M. O'BRIEN, « The Power of the Representatives over supply », *Monash University Law Review*, vol. 3, 1976, p. 9 à 24.

<sup>114</sup> *Official Report of the National Australasian Convention Debates, Melbourne 1898*, Sydney, University of Sydney Library, 1999, p. 3570: « M. Higgins : ... Le Sénat dispose de la pleine compétence de rejeter une loi ordinaire sur l'emploi des deniers publics, si ses suggestions ne sont pas adoptées. Supposons que ce texte soit adopté de manière successive et que le Sénat persiste à dire – « Nous ne l'adopterons pas » - L'étape suivante réside dans la double dissolution, puis un appel au peuple et aux Etats. Si les deux chambres restent irréconciliables après les nouvelles élections, elles devront se réunir pour ne former plus qu'un seul organe afin de trancher le litige à la majorité des trois cinquième... »

<sup>115</sup> J. E. RICHARDSON, « Federal Deadlock: Origin and Operation of Section 57 », *Tasmanian Law Review*, vol. 1 n°6, 1962, p. 706 à 736. Par ailleurs, la lettre de l'article 57 précise bien « tous projets de lois », comme une confirmation de l'existence du « veto élargi » entre les mains de la chambre haute.

Dès lors, il ressort tant de la lettre de la Constitution, que de « l'intention du constituant » que le Sénat australien est tout à fait en mesure de faire pleinement usage de sa faculté de mettre un veto à l'adoption d'une loi de nature financière. Cette hypothèse est présente, dès les premiers jours de la convention, comme un élément logique de la structure fédérale de l'Australie.

Pour autant, Gough Withlam, devant la résistance du Sénat, n'a pas hésité à souligner la violation patente de la Constitution<sup>116</sup>. L'analyse sur laquelle se fondait le Premier ministre – pour l'avoir lui-même contestée quelques années plus tôt – se rattache à une lecture uniquement parlementaire du système institutionnel australien.

## **Sous-section 2 : l'existence discutable d'une convention de la constitution**

Sans revenir sur les éléments constitutifs d'une convention de la constitution tels que dégagés par AV Dicey<sup>117</sup>, il semble beaucoup plus pertinent de s'attarder sur la définition dégagée par le *Halsbury's Laws of England*<sup>118</sup> ou Ivor Jennings<sup>119</sup>. L'existence de certaines conventions est établie et peut être définie avec précision. C'est le fait, par exemple, que le Souverain ne refuse pas la sanction royale à un projet de loi qui aurait été adopté par les deux chambres du Parlement. La nature ou l'existence même d'autres conventions est plus discutable. Il est souligné que « *pour être établie comme une véritable convention, une règle ou un principe doit être considéré comme obligatoire* ». Pour autant ce critère est difficile à établir en ce qu'il est parfois laborieux de distinguer une convention d'une pratique adoptée par simplicité ou par habitude. Il est également compliqué d'établir le moment à compter duquel une règle ou un principe est considéré comme obligatoire. Dès lors, une étude de cette pratique, tant au niveau des Etats australiens, qu'au niveau d'autres parlements comme

---

<sup>116</sup> Hansard, Senate, n°46, 11 novembre 1975, p. 1890.

<sup>117</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>ème</sup> éd, Indianapolis, Liberty Fund, 1992, voir notamment le chapitre XIV, p. 277 et suivantes.

<sup>118</sup> H.S GIFFARD, *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>ème</sup> éd, Londres, Butterworths, 1975, vol. 8, p. 540 et suiv (notamment p. 541).

<sup>119</sup> I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, *op cit*, p. 80 et suivantes.

ceux des autres dominions ou de l'Angleterre, tendrait à remettre en cause l'existence de cette convention apparemment fermement établie.

Les règles budgétaires ou plus largement financières sont en réalité le reflet de la construction de la Constitution britannique. Elles font l'objet de règles tant conventionnelles que formelles. Les premières modalités de formalisation remontent au paragraphe 12 de la *Magna Carta* prévoit que « nul écuage<sup>120</sup> ni aide ne seront imposés dans royaume sinon par le commun Conseil du royaume, sauf s'il s'agit de racheter notre personne, d'armer chevalier notre fils aîné, et ceci une seule fois. Pour tous ces objets, il ne sera imposé qu'une aide raisonnable ».

Cette disposition de la Grande Charte formalise en partie la « règle des quatre cas ». En effet, elle passe sous silence la question des croisades. Cette omission tient au fait que les croisades supposent une aide militaire, matérielle et non pas seulement financière<sup>121</sup>. De manière plus systématique, il faudra attendre les travaux de Lord Campion, qui utilisera son expérience de greffe de la Chambre des communes entre 1937 et 1948 pour dégager les grands principes de la procédure budgétaire. Il dégage trois grands principes : l'initiative financière de la Couronne (*the financial initiative of the Crown*) / L'examen préalable des résolutions financières en commission de la Chambre entière (*preliminary consideration of resolutions*) / et l'autorisation et l'approbation législatives des charges (*legislative authorization and appropriation of charges*)<sup>122</sup>.

Sur la base de ces trois principes, Alexandre Guigue dégage six règles :

« - 1. L'autorisation et l'appropriation législatives des charges (1689<sup>123</sup> et 1711<sup>124</sup>)

---

<sup>120</sup> L'écuage est une taxe mise en place par Henri II en 1157 qui vise à remplacer le service militaire par une contribution financière.

<sup>121</sup> A. GUIGUE, *Les finances publiques du Royaume-Uni*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 43-44.

<sup>122</sup> G. CAMPION, *An Introduction to the Procedure of the House of Commons*, 3<sup>ème</sup> éd., Londres, Macmillan & Co., 1958, p. 263.

<sup>123</sup> Formalisé dans le *Bill of Rights*.

<sup>124</sup> Le 15 mai 1711, les Communes consacrent la pratique de l'approbation. Une résolution est adoptée aux termes de laquelle toute utilisation d'une somme à des fins qui n'ont pas été votées par le Parlement doit être considérée comme un usage irrégulier de l'argent public.

P. EINZIG, *The Control of the Purse : Progress and Decline of Parliament's Financial Control*, Londres, Secker & Warburg, 1959, p. 164, cité dans A. GUIGUE, *Les Finances publiques du Royaume-Uni*, op.cit., p. 105.

- 2. *L'initiative exclusive de la Couronne et la limitation corrélative des prérogatives des parlementaires en matière financière (1689)*
- 3. *L'adoption préalable d'une résolution du Parlement et les autorisations budgétaires provisoires (à partir de 1689)*
- 4. *Le traitement législatif séparé des recettes et des dépenses (1689)*
- 5. *La limitation des prérogatives de la seconde chambre en matière de lois financières (1911-1949)<sup>125</sup><sup>126</sup>*
- 6. *Un système de contrôle strict de l'exécution des dépenses et d'audit des comptes publics (1866)<sup>127</sup> ».*

Il est intéressant de remarquer que d'après Lord Campion, le *Bill of Rights* 1689 forme, au même titre que la Grande Charte de 1215, le fondement des règles financières en Angleterre<sup>128</sup>.

L'essentiel de ces règles d'origines conventionnelles seront par la suite formalisées. Par exemple, l'initiative du chef de l'exécutif en matière budgétaire formalisée dans toutes les constitutions des dominions<sup>129</sup> est l'objet d'un *standing order* dans la métropole. Le *standing* 48<sup>130</sup> qui formalise cette pratique est issu d'une résolution de 1706 avant d'être consolidé dans le règlement de la Chambre des communes en 1713<sup>131</sup>.

Il ne sera pas question de l'ensemble des mécanismes budgétaires dans les dominions. L'objet du présent développement s'intéresse aux rapports entre les chambres, notamment en matière financière. Les règles de nature financière, notamment, l'initiative et la limitation de la faculté d'entrave de la deuxième chambre

---

<sup>125</sup> *Parliament Acts.*

<sup>126</sup> A. GUIGUE, « Le modèle budgétaire anglo-saxon », dans J.-L. ALBERT, S. DE CACQUERAY, T. LAMBERT, C. VIESSANT, *De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux. Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Orsoni*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, p. 209 à 227.

<sup>127</sup> A. GUIGUE, *Les finances publiques du Royaume-Uni*, op. cit., p. 24.

<sup>128</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>ème</sup> éd, Wellington, Thomson Reuters, 2021, p. 160.

<sup>129</sup> Voir développements notamment du chapitre 4.

Les *standings orders* du Canada, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande reprennent tous la règle en renvoyant explicitement à la Constitution formelle en vigueur.

<sup>130</sup> *Standing Orders, Public Business*, Chambre des communes, HC 804, 2021, p. 48.

<sup>131</sup> A. GUIGUE, *Les finances publiques du Royaume-Uni*, op. cit., p. 110.

à l'origine de nature conventionnelle ont fait l'objet d'une reconnaissance formelle avant d'être progressivement consolidées dans des lois, comme en Angleterre ou dans les constitutions formelles des dominions.

Le développement précédent, peut, de prime abord sembler loin du propos initial, pour autant, il permet de poser les bases d'une réflexion bien plus large sur les fondements du système de gouvernement des dominions.

#### A- Une application variable de la convention dans les colonies australiennes et les états australiens

Les cas particuliers du Queensland, de Victoria, de la Tasmanie et de l'Australie du Sud sont révélateurs des difficultés que pose la reconnaissance de la convention présentement débattue.

Entre 1885 et 1886, une question fut soulevée dans la colonie du Queensland sur le point de savoir si le Conseil législatif, chambre haute, nommée par le gouverneur<sup>132</sup> de la colonie était tenu d'appliquer la règle suivie par la Chambre des Lords, interdisant à cette dernière d'amender une loi de nature financière<sup>133</sup>. Les deux chambres du Parlement du Queensland se sont réunies en session conjointe afin de tenter de trouver une issue au blocage. Devant la particularité de la question, la saisine du Conseil judiciaire privé de la Reine s'est imposée, comme allant de soi<sup>134</sup>. Le Conseil judiciaire rappelle, dans une décision du 27 mars 1886, l'interdiction faite à cette chambre d'amender une loi de finance<sup>135</sup>. Cette analyse du Conseil privé repose sur l'idée et le

---

<sup>132</sup> Article 20 du *Queensland Constitution Act 1867* (avant la révision abrogeant la chambre haute en 1922).

<sup>133</sup> J. HARDING, « A Tale of Two Chambers: Bicameralism in Queensland 1860-85 », *Journal of the Royal Historical Society of Queensland*, vol. 17, n°6, 2000, p. 247 à 260.

<sup>134</sup> Hansard, *Debates of the Legislative Council of Queensland*, 17 novembre 1885, p. 267 (copie du message adressé à la Couronne), ou p. 269 et suivante.

<sup>135</sup> *Attorney General of Queensland v. Gibson*, 3 avril 1886. Pour une analyse, D. BEANLAND, *The Queensland Caesar: Sir Thomas McIlwarth*, Denver, Boolarong Press, 2013, p.186 et suivantes. Pouvoir qu'elle continua néanmoins à exercer avec plus ou moins de force jusqu'à son abrogation en 1922.

Le Conseil privé tranche le litige dans une décision d'une rare brièveté : « ... (il est question de savoir) 1- Si le *Constitution Act 1867* reconnaît au Conseil législatif des pouvoirs semblables à ceux de l'Assemblée législative, en tant que co-législateur, de nature à lui reconnaître une faculté d'amender tous projets de loi et notamment de loi de finances.

2- Il est question de savoir si les demandes de l'Assemblée législative en date du 12 novembre 1885 sont fondées.

Les Lords présentent humblement à Votre Majesté leur opinion : la réponse à la première question apparaît négative et positive quant à la seconde », reproduit dans A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, Oxford, Clarendon Press, 1912, vol. 1, p. 565.

Conseil législatif est une transposition australienne de la Chambre des Lords fondée sur le fait que la Constitution du Queensland s'inspire directement des arrangements constitutionnels britanniques<sup>136</sup>. La principale différence entre la Constitution du Queensland de 1867 (ou la Chambre des Lords) et la Constitution du Commonwealth est bien entendu que le Sénat australien est une chambre élue<sup>137</sup>. Cet élément suffit à poser une distinction considérable vis à vis des deux autres chambres hautes.

La question du veto s'est également posée dans la colonie de Victoria, lors des débats sur l'adoption d'une loi de dépense en 1877<sup>138</sup>. Ce projet fut écarté par le Conseil législatif car y était dissimulée une disposition relative au traitement des membres du Parlement, alors même que l'objet principal dudit projet visait à légiférer sur les dépenses ordinaires et les frais de paiements divers. L'article 56 du *Victoria Constitution Act 1855* reconnaît au Conseil législatif la faculté de rejeter<sup>139</sup> un projet de loi de finance, tout en le privant de la faculté d'amender un tel texte<sup>140</sup>. L'Assemblée législative décida finalement de déposer et d'examiner deux textes différents en 1878. La question de l'existence de ladite règle non codifiée ou l'existence même du seul principe ne fut pas véritablement débattue entre 1877 et 1878. Pour autant, la lettre de la Constitution, comme le choix opéré par la Chambre populaire renforce, l'idée que le Conseil législatif est titulaire d'un droit de veto réel et effectif en matière financière.

Dans la lignée directe du blocage institutionnel qui survint dans le Queensland, le Conseil législatif de Tasmanie a revendiqué la possibilité d'amender les lois de nature financière. Une première fois en 1899<sup>141</sup> et une nouvelle fois en 1925, un blocage institutionnel survint autour de l'usage de cette compétence par la chambre nommée.

---

<sup>136</sup> Intervention de Sir Samuel Griffith, *Official Report of the National Australasian Convention Debates, Sydney 1891*, op cit, p. 576-577.

<sup>137</sup> Article 7 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* : « le Sénat sera composé de sénateurs représentant chacun des états, directement élus par le peuple de chacun des états... »

<sup>138</sup> Un blocage similaire a eu lieu en 1865 et fut tranché dans la décision *Stevenson v. The Queen (1865)* 2WW & AB143, voir également A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, op. cit., p. 605 et suiv.

<sup>139</sup> La Constitution de Victoria est la seule à prévoir la possibilité que le Conseil législatif rejette un projet de loi de nature financière.

<sup>140</sup> Article LVI *Victoria Constitution Act 1855-56*, 18 & 19 Vic., n° 184 : « tout projet de loi visant à attribuer une part des revenus de (la colonie) de Victoria et visant à établir une obligation, un taux, une taxe, un droit de location, de retour ou un impôt devra d'abord être déposé devant l'Assemblée (législative) et pourra être rejeté par le Conseil (législatif) sans toutefois avoir la possibilité de l'amender ».

<sup>141</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, op. cit., p. 630 et suiv.

Avant que cette question ne soit tranchée par le Conseil privé de la Reine<sup>142</sup>, un compromis fut trouvé entre les chambres en 1925<sup>143</sup>.

### B- Le « compromis de 1857 » et les tentatives de codifications de ces règles

On ne peut faire l'impasse sur le blocage institutionnel de 1857 qui eut lieu en Australie du Sud. Le *South Australia Constitution Act 1855-1856* institue l'existence d'un Parlement bicaméral<sup>144</sup> dont les deux chambres sont élues par le peuple, la seule distinction étant que les membres du Conseil législatif sont désignés sur la base d'un suffrage censitaire<sup>145</sup>.

La Constitution prévoit toutefois une limite aux compétences du Conseil législatif en imposant que certains projets de lois de nature financière émanent uniquement de la Chambre basse<sup>146</sup>. Le texte reste silencieux s'agissant de la faculté d'amender ou de rejeter un texte de nature financière. Le litige trouva son origine lors du dépôt d'un amendement par le Conseil législatif au *Tonnage Duties Repeal Bill*. Les débats parlementaires, au lendemain de l'adoption de la Constitution, se sont concentrés sur la question de la nature des rapports que devaient entretenir les deux chambres du Parlement. Alors que les membres de la Chambre basse se fondaient sur une lecture britannique du rapport entre les deux organes, le Conseil législatif pour sa part se considérait comme un organe indépendant, susceptible de participer pleinement à la fonction législative, à l'image de la chambre populaire.

Devant ce blocage régulier, les parlementaires ont finalement adopté une pratique qui porte le nom de « *compromis de 1857* <sup>147</sup> ». L'intérêt de cet équilibre institutionnel

---

<sup>142</sup> D'une manière générale le gouvernement britannique et la Couronne ont toujours eu beaucoup de réticences à l'idée d'arbitrer directement un conflit institutionnel dans les dominions.

<sup>143</sup> « Powers of the Legislative Council in regard to Money Bills », *Journals and Printed Papers of the Parliament of Tasmania*, Tasmania, Parliament, vol. 93, 1925.

<sup>144</sup> L'article 1 du *South Australia Constitution Act 1855-56*, n°2 pose un principe d'égalité entre les chambres.

<sup>145</sup> L'article 6 du *South Australia Constitution Act 1855-56* impose à tout électeur du Conseil législatif une obligation de propriété.

<sup>146</sup> Article 1 du *South Australia Constitution Act 1855-56*.

<sup>147</sup> La pratique adoptée à partir de 1857 servira de fondement à l'article 53 de la Constitution fédérale.

s'inscrit dans la logique d'une conciliation entre les principes d'un gouvernement responsable et d'une chambre haute dotée de prérogatives effectives<sup>148</sup> En substance, il s'agissait d'établir trois points précis. D'abord, le but était de définir, comme « *projet de loi de finance* », les projets de lois visant à lever des sommes d'argent, par l'intermédiaire des prêts ou de tout autre moyen, ou de prévoir et garantir les dépenses. Le Conseil législatif s'est déclaré compétent pour suggérer<sup>149</sup> toutes modifications de tels projets de lois (exception faite des projets de lois visant à définir la répartition des dépenses annuelles du gouvernement). Il était également admis que dans le cas où les suggestions proposées par le Conseil législatif n'étaient pas adoptées par l'Assemblée législative, le projet de loi en discussion serait de nouveau examiné par la chambre haute qui pourrait adopter le projet de loi ou le rejeter (dans sa forme adoptée par l'autre chambre).

La dernière proposition adoptée en 1857 apparaît, semble-t-il, également intéressante. En effet, le Conseil législatif considère qu'il détient l'entière compétence sur des projets de lois de nature financière. Toutefois la présente chambre ne considère pas qu'il soit opportun qu'elle exerce son entière faculté (c'est à dire rejeter ou amender un texte) lorsqu'il s'agit de se pencher sur la question des dépenses annuelles ordinaires du gouvernement. En cas de dispositions contestables, le Conseil législatif se réserve la faculté de demander des éclaircissements à la chambre populaire<sup>150</sup>.

Le compromis de 1857, notamment dans la seconde proposition, reconnaît à la chambre haute la seule faculté de suggérer, de proposer des modifications, et devant un rejet de ces changements, le choix se résume à une adoption ou un rejet pur et simple. L'exemple de l'Australie du Sud est unique. En effet, il s'agit du premier mécanisme constitutionnel, en Australie ou en Angleterre, permettant à une chambre haute de suggérer des modifications du texte débattu, tout en lui interdisant la faculté de l'amender.

---

<sup>148</sup> B. SELWAY, *The Constitution of South Australia*, Sydney, Federation Press, 1997, p. 6 et suiv.

<sup>149</sup> Nous soulignons.

<sup>150</sup> J. QUICK et R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, op. cit., p. 672 et suivantes, également P. G. SHARP, « The First Paragraph of Section 55 », *Federal Law Review*, vol. 33, n°3, 2005, p. 569 à 484 ou B. T. FINNISS, *The Constitutional History of South Australia*, Londres, Simpkin Marshall & Co, 1886, p. 493.

Dès lors, l'objet du « *compromis* » se rapproche de la définition que l'on peut se faire d'une règle non codifiée, à savoir une règle de comportement à laquelle les acteurs institutionnels sont tenus d'obéir et par laquelle ils se sentent liés<sup>151</sup>. Il s'agit ainsi de définir une gradation dans l'usage de ses prérogatives par la chambre haute. En effet, alors que la seconde proposition prévoit que le Conseil législatif exerce pleinement son veto, s'agissant des lois de nature financière ordinaire, il considère inopportun d'exercer une mesure si extrême lors de l'attribution d'un budget du gouvernement de la colonie et préfère se réunir avec la chambre populaire afin de requérir des éclaircissements<sup>152</sup>.

Les Constitutions de la Tasmanie et de l'Australie-Orientale contiennent désormais des dispositions autorisant les chambres hautes à demander des modifications des textes de nature financière tout en les privant de la faculté de les amender directement<sup>153</sup>.

L'ensemble de ces éléments démontre clairement l'absurdité de la règle qui imposerait au Sénat fédéral australien une limitation quant à l'usage de son veto s'agissant de l'adoption d'une loi qu'il n'aurait pas la possibilité d'amender. Tout est affaire de mesure et de prudence.

Lors des débats précédents l'adoption définitive de la lettre de l'article 53, George Reid qui s'était d'abord opposé à la création d'un Sénat aux pouvoirs équivalents à

---

<sup>151</sup> Le compromis de 1857 sera constitutionnalisé en 1903 dans la Constitution de Victoria et en 1899 dans la Constitution de l'Australie Occidentale.

<sup>152</sup> Il ressort très clairement des débats parlementaires de 1891 et 1897 que le constituant a entendu s'inspirer du Compromis de 1857 dans la rédaction de l'article 53 (anciennement clause 55). Pour autant il semble intéressant de souligner que l'article 53 ne reprend pas l'intégralité du mécanisme de 1857. En effet, il n'est fait aucune différence entre les projets de loi de finances ordinaires et les projets de loi de financement relatifs au budget du gouvernement. Pour aller même au-delà, il apparaît que le mécanisme, posé dans la seconde proposition visant à suggérer des modifications et assortir un éventuel rejet d'un possible veto, est à terme devenu la procédure applicable à tout projet de loi de nature financière. Les projets de loi de budget du gouvernement y sont inclus, alors même que ces derniers étaient explicitement exclus de l'arrangement conclu en 1857 en Australie du Sud.

<sup>153</sup> Articles 42 et 43 du *Tasmania Constitution Act* 1934, (n°94) et Article 46 du *Western Australia Constitution Acts Amendment Act* 1899, 63, Vict. N°19. Par ailleurs, le gouvernement de l'Australie du Sud fit appel au Parlement britannique pour requérir une abolition de toute faculté d'obstruction de la chambre haute (celle-ci ayant refusé une telle limite à ses compétences, le gouvernement souhaitait s'inspirer du mécanisme du *Parliament Act 1911*, 1 & 2 Geo. V c. 13). Dans le même esprit, en 1924, le Gouvernement de Tasmanie tenta de proposer à l'assentiment royal un texte n'ayant été voté que par la seule chambre basse (une telle démarche fut validée par la Couronne car appuyée par le gouverneur).

ceux de la chambre basse, finit par admettre : « *j'affirme que dans le cadre d'un système ayant adopté un gouvernement responsable, il ne peut exister qu'une seule chambre financière. Toute autre système serait sujet au désastre. Pour autant, je suis disposé à admettre que le Sénat devrait disposer d'une faculté de veto - une faculté bien vivante et non un reliquat antique qui ne devrait jamais être utilisé. Nous savons bien que, sur le vieux continent, un tel pouvoir est tombé en désuétude. Ainsi, je reconnais que dans ce contrat (cette Constitution) le Sénat doit être doté d'une compétence bien réelle et loin d'être abstraite. Il doit se sentir pleinement légitime à en faire usage. Le Sénat doit être en mesure de rejeter un projet de loi, lorsque celui-ci est clairement mauvais ou injuste<sup>154</sup>. Telle est la seule ingérence en matière financière qui soit permise au Sénat, à savoir un projet de loi manifestement mauvais ou injuste. Toute autre forme de participation reconnue au Sénat dans les matières financières serait, je le pense, une terrible erreur<sup>155</sup>».*

Il ressort de l'exemple des colonies australiennes que l'existence de la convention qui imposerait à une chambre haute de valider automatiquement une loi de nature financière est discutable et loin d'être évidente. Sans tomber dans le travers de nier toute validité à cette règle, la présente analyse a ainsi vocation à en redéfinir tant les fondements que les contours.

L'intention du constituant australien ne semble faire aucun doute sur l'éventuel veto (au moins suspensif) dont dispose le Sénat lors de l'adoption d'une loi de nature financière. L'usage de cette faculté offerte au Sénat a notamment été illustré par la crise de 1975. Pour autant un examen plus général de l'usage de l'article 53 depuis l'adoption de la Constitution fédérale apparaît éclairant.

---

<sup>154</sup> Critères qui n'ont d'ailleurs jamais été clairement définis.

<sup>155</sup> *Convention Debates Adelaide 1897*, op. cit, p. 485.

## C - L'usage de l'article 53 depuis 1901

L'usage du veto par les chambres hautes avant la naissance de la fédération souligne aisément l'absence d'une règle non codifiée qui poserait une obligation de valider une loi de nature financière. Le cas du « *compromis de 1857* » met en avant l'éventail de possibilités qui existent entre une obligation de voter un texte et l'usage plein et entier d'un veto.

L'histoire fédérale de l'Australie propose de nombreux exemples où le Sénat a suspendu ou retardé l'adoption d'une loi financière. Ces exemples ont tendance à renforcer l'idée qu'une règle non codifiée imposant une limite aux compétences du Sénat existe, règle uniquement centrée sur la faculté de retarder l'adoption d'un projet de loi de nature financière. Cette faculté, lorsqu'elle n'est pas détournée de son objectif premier, permet un examen approfondi des textes débattus et la mise en place d'une négociation institutionnelle.

Lors de leur recommandation adressée à Gough Whitlam, Maurice Byers et Kep Enderby<sup>156</sup> se sont appuyés sur les débats parlementaires pour identifier plusieurs cas de figure pouvant fonder l'existence d'une règle non codifiée imposant à la chambre haute d'adopter un texte de nature financière voulu par le gouvernement. En effet, entre 1913 et 1975, le gouvernement s'est retrouvé à intervalle régulier mis en minorité au Sénat. Pour autant, dans aucune de ces situations un projet de loi de nature financière n'a été rejeté par le Sénat. Au contraire, il a préféré faire usage de sa faculté de suggestion et de demande d'informations complémentaires avant de voter un projet de loi (ce fut notamment le cas en 1992). Au moment de remettre leur analyse, le *Crown-Solicitor* et l'*Attorney-General* ont tiré de cet état des lieux – conforté par les cas où le gouvernement était en minorité au Sénat – l'existence d'une règle conventionnelle qui interdirait au Sénat de rejeter une loi de finance, soulignant ainsi que dans le contexte de 1974/1975, ce dernier s'était positionné en claire violation de la Constitution. Pour autant, tous les exemples mobilisés sont discutables. Ils ne permettent en rien d'établir

---

<sup>156</sup> Voir *supra*.

clairement que le Sénat australien était dans l'obligation d'observer la règle instituée à la Chambre des Lords.

En 1951, le rejet du *Commonwealth Bank Bill* provoqua la seconde double dissolution de l'histoire australienne. Le gouvernement de Robert Menzies fut reconduit au pouvoir et réélu jusqu'en 1972. Durant cette période, plusieurs autres mesures de nature financière furent rejetées par le Sénat. Pour autant, elles ne constituaient pas des projets de lois de dépenses ou de budget.

Geoffrey Sawer reprend l'exemple du *Commonwealth Liberal Party* de 1913 qui, face à l'opposition du Sénat, dut faire face à de nombreux blocages institutionnels. Le gouvernement dut essuyer le rejet de 23 législations<sup>157</sup> (aucune de nature financière). Dans le même sens, Fred Alexander cite l'exemple du gouvernement emmené par James Scullin (*Labor Party*) en 1930. Mis en minorité au Sénat, il dut passer par un long processus de négociation avec l'opposition sénatoriale pour parvenir à faire valider certaines mesures financières. La menace d'un blocage par le Sénat a contraint le gouvernement à revoir ses objectifs à la baisse<sup>158</sup>, concédant une victoire apparente à l'opposition.

Arrivé à ce point de l'analyse, il est saisissant de noter la différence d'approche qui existe, entre le Parlement fédéral et les parlements des colonies. En effet, il apparaît que les conseils législatifs des colonies ont davantage tendance à faire preuve d'opposition que le Sénat fédéral. Cette idée s'explique notamment par le fait que, lorsqu'une constitution n'encadre pas *in extenso* le mécanisme de veto, des conflits et des blocages, voient nécessairement le jour entre les deux chambres<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> G. SAWER, *Australian Federal Politics and law: 1901-1929*, Melbourne, Melbourne University Press, 1956, p. 113 et suivantes.

<sup>158</sup> F. ALEXANDER, *Australia Since Federation – A Narrative and Critical Analysis*, 3<sup>ème</sup> éd., Melbourne, Thomas Nelson & Sons, 1976, p. 76 et suivantes.

<sup>159</sup> J. WAUGHT, « Deadlocks in State Parliaments » G. WINTERTON (dir.), *State Constitutional Landmarks*, Sydney, Federation Press, 2007, p. 189 et suivantes.

Au niveau fédéral, les exemples retenus tendent à remettre en question la valeur et l'existence de ladite convention. Le rapport du *Constitutional Review Committee* de 1959<sup>160</sup> vise à conforter cette dernière assertion. En 1956, les deux chambres se sont réunies afin de nommer une commission conjointe d'évaluation de la Constitution composée de parlementaires de chambres et de membres de partis divers. Le travail de la commission dura deux ans et donna naissance à un rapport en 1959. Entre autres choses, ce rapport recommandait une modification de l'article 57<sup>161</sup> de la Constitution fédérale. Les recommandations du comité s'articulent autour de trois points précis :

« 181. *Les subsides accordés par le Parlement sont essentiels au maintien du gouvernement responsable. Il est attendu du Commonwealth que celui-ci fournisse les moyens à de nombreux projets sous différentes formes. L'incapacité pour le gouvernement d'assurer le vote de ses mesures financières, exception faite de l'usage lourd de la procédure actuelle de l'article 57, pourrait engendrer des conséquences malencontreuses et dommageables, notamment lorsque ces questions financières se superposent entre les Etats et le Commonwealth. L'article 83 interdit une sortie de fonds de la trésorerie du Commonwealth, à moins que celle-ci ne soit prévue par une loi.*

182. *Le comité considère qu'il devrait être inutile pour la Chambre des représentants de devoir voter un texte de nature financière une seconde fois, à la suite d'un rejet opposé par le Sénat. Il considère également que le délai (de trois mois) prévu au présent article, nécessaire avant de qualifier une situation de blocage institutionnel, est excessif dans le cas de mesures de nature financière.*

183. *Le comité considère qu'une situation de blocage institutionnel devrait être qualifiée, dans le cas de projet de loi de nature financière, si le Sénat n'a pas voté le projet de loi, ou le projet de loi amendé par la Chambre de représentants, suivant les requêtes du Sénat, dans le délai de 30 jours à compter de sa transmission par la Chambre des représentants. A l'issue de ce délai de 30 jours, un mécanisme de résolution de ce blocage devrait pouvoir être mis en mouvement<sup>162</sup> ».*

---

<sup>160</sup>Government of Australia, *Constitutional Review Committee*, 1959, F8051/59.

<sup>161</sup> Il est d'ailleurs particulièrement révélateur que le comité préférât recommander une modification de l'article 57, sur le mécanisme de double dissolution et non de l'article 53 sur les limites apportées à la compétence du Sénat.

<sup>162</sup> Le rapport propose dans les points 201 et suivants trois modalités de règlement des blocages institutionnels entre les deux chambres du Parlement fédéral à savoir une double dissolution (point 202), la réunion d'une session des deux chambres du

L'analyse développée en 1959 démontre clairement que le comité tenait pour acquis le postulat que le Sénat avait tout le loisir de rejeter un projet de loi de nature financière. La compétence du Sénat en matière budgétaire, ou plus largement économique, n'était en aucune façon limitée, encadrée ou restreinte par une quelconque convention. Il est également significatif de remarquer, qu'à la lecture des travaux du comité, il n'est fait aucune référence à cette règle non codifiée. Aucun membre du comité ne défendit l'idée que les compétences du Sénat en matière financière seraient limitées par une convention ou une règle non codifiée.

L'exemple australien semble soutenir une lecture modérée de cette règle non codifiée, fondée sur l'idée que toute chambre haute est en droit de s'interroger sur la légalité et le bien fondé d'un projet de loi de nature financière. Si des doutes apparaissent, les chambres hautes sont en droit de suspendre un vote afin de favoriser une négociation institutionnelle permettant l'adoption d'un texte satisfaisant. La simple faculté de retarder le vote d'un texte imposera aux acteurs un degré certain de modération dans l'usage de leur compétence.

Avant de conclure sur l'existence ou non d'une règle non codifiée, mais également sur le bien-fondé de cette règle si toutefois son existence venait à être remise en cause, il apparaît pertinent de se pencher sur certains exemples tirés, entre autres, de l'Angleterre ou des autres dominions.

---

Parlement (point 203 à 210) et enfin l'attente d'une élection législative générale (*i.e* sans faire usage du mécanisme de la double dissolution, point 211 à 215).

### **Sous-section 3 : la pratique du rejet d'une loi de nature financière dans les autres parlements des dominions et en Angleterre**

#### **A- Un usage désuet en Angleterre**

Les opposants au Sénat en 1975 s'appuient, sans exception, sur l'existence d'une convention de la Constitution britannique qui imposerait une limite à la Chambre des Lords en matière financière. Pour autant, il est intéressant de souligner que cet argument trouve bien vite des limites et ne peut en aucun cas être applicable à l'Australie. Il ne peut d'ailleurs pas davantage servir de fondement au soutien de l'existence d'une convention. D'une part, la Chambre des Lords a perdu l'usage de cette prérogative par une absence d'usage et d'autre part, le « *bras de fer* » de 1909 a abouti à l'adoption du *Parliament Act 1911*. Ce texte a privé définitivement la Chambre des Lords de toute velléité d'opposer un veto à un texte adopté par la Chambre des communes – notamment un texte de nature financière.

Le Premier ministre libéral Herbert Asquith menaça la Chambre des Lords, en 1909, de requérir auprès de la Reine la création de 500 nouveaux Lords favorables à la réforme en discussion. En effet en 1909, la Chambre des Lords rejeta l'adoption du *Finance bill*. Ce projet de loi instituait, en plus d'un impôt, un certain nombre de mesures que la chambre haute avait rejetées à d'autres occasions. Lord Loreburn, le *Lord Chancellor* de l'époque, ne manqua pas de souligner que la résistance dont avait fait preuve la chambre des Lords était éminemment inconstitutionnelle ; il admit également que la méthode visant à utiliser une loi de finance, (dont le rejet semblait peu probable, pour adopter des mesures étrangères au financement du gouvernement ou à l'impôt), était tout autant inconstitutionnelle<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> « *Ceux qui désirent gouverner ce pays, comme il a toujours été gouverné, ne doivent pas s'arrêter à la seule lettre du droit. Ils doivent attacher autant d'importance aux coutumes, usages et conventions – appelez les comme vous le souhaitez – par lesquels la pratique ininterrompue a modifié le texte de la règle de droit au point que, dans ce pays, nous sommes davantage gouvernés par la coutume lorsqu'il s'agit de questions importantes, que nous ne le sommes par le droit formel* », cité dans G. H. L. LE MAY, *The Victorian Constitution*, Londres, Saint Martins Press, 1979, p. 194

L'article 1 du *Parliament Act 1911* pose les restrictions de la Chambres des Lords en ce qui concerne les projets de lois de finances<sup>164</sup>. Une restriction supplémentaire sera apportée avec l'adoption du *Parliament Act 1949*. Le professeur Marshall considère cette loi du Parlement britannique comme un parfait exemple de codification d'une convention de la constitution<sup>165</sup>. Il est d'ailleurs fort à parier que si la Constitution du *Commonwealth* avait été rédigée après 1911, le constituant n'aurait pas davantage prévu de limite à la compétence du Sénat en matière financière. En effet, la raison majeure qui a guidé cette réforme repose sur l'idée que la Chambre des Lords n'est pas une chambre élue mais une chambre nommée : elle n'est, dès lors, pas représentative d'une volonté populaire<sup>166</sup>.

### B- Un usage inexistant au Canada

Une analyse similaire à celle de l'Angleterre peut être menée pour le Canada<sup>167</sup>. En effet, les modalités de désignation du Sénat, de même que son utilité, sont très régulièrement critiquées<sup>168</sup>. La seule limite textuelle posée aux compétences du Sénat est codifiée à l'article 47 de la Constitution qui dispose que les lois de nature financière ne peuvent émaner en première lecture du Sénat.

Dans sa magistrale étude sur la transposition du gouvernement responsable dans les dominions, Arthur Berriedale Keith relate l'exemple de la chambre haute de la province du Québec qui rejeta un projet de loi de financement aux seules fins d'embarrasser le gouvernement minoritaire, nouvellement élu, du Premier ministre Henri-Gustave Joly de Lotbinière en 1878<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> Article 1 *Parliament Act 1911* (1 & 2, Geo. V, c. 13) (UK) : « si un projet financier, préalablement adopté par la Chambre des communes et transmis à la Chambre des Lords un mois au moins avant la fin de la session et n'est pas voté sans amendement par la Chambre des Lords dans le mois qui suit cette transmission, ce projet sera, à moins que la Chambre des communes n'en dispose autrement, présenté à Sa Majesté et deviendra un act du Parlement au moment de la signification de l'assentiment royal, **nonobstant l'absence de consentement de la Chambre des Lords.** », traduction, S. RIALS, *Textes constitutionnels étrangers*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p. 17.

<sup>165</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions, The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 13.

<sup>166</sup> I. JENNINGS, *Parliament*, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1969, p. 404 et 412.

<sup>167</sup> Cette question ne revêt aucun intérêt dans le cas des parlements des provinces en ce qu'ils sont monocaméraux.

<sup>168</sup> Ph. LAUVAUX, « Quand la deuxième chambre s'oppose », art. cit.

<sup>169</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, op. cit. p. 566.

Au niveau fédéral, l'année 1984 marqua également une période de controverse quant à la faculté du Sénat de s'opposer. Le gouvernement de Brian Mulroney fut mis en difficulté à de nombreuses reprises et notamment, lors du report du vote d'une loi de finance par le Sénat<sup>170</sup>. En réponse à cette provocation, le Premier ministre proposa un projet de modification de la Constitution visant, à l'image des *Parliament Acts*, à réduire la faculté du Sénat de s'opposer à l'adoption d'un projet de loi (ordinaire ou de nature financière). Le projet d'amendement prévoyait que le Sénat ne pourrait repousser l'adoption d'un projet de loi ordinaire au-delà de 45 jours, délai réduit à 15 jours dans le cas d'un projet de loi de nature financière<sup>171</sup>. Cette menace ne fut jamais mise à exécution : en effet, l'amendement ne fut jamais soumis au vote du Parlement<sup>172</sup>.

Alors qu'il serait aisé de penser qu'un tel événement aurait contribué à discipliner le Sénat canadien, Andrew Heard souligne qu'un examen attentif des textes discutés par celui-ci met en lumière une collaboration plus importante entre les chambres. Ceci permet au Sénat d'influencer indirectement un projet de loi, alors que celui-ci est toujours en débat à la Chambre des communes. Cette procédure informelle induit nécessairement une baisse du nombre de modifications apportées au texte, une fois que celui-ci est examiné par le Sénat<sup>173</sup>. Cependant les événements de 1984 suffisent à établir que la convention (qui interdirait à une chambre haute de rejeter une loi de nature financière) ne saurait être établie de façon certaine. En effet, une convention se fonde sur le consentement des acteurs, sur l'idée que les acteurs sont tenus de la respecter par un sentiment d'obligation. Le fait que le gouvernement agite la menace d'une révision de la constitution apparaît comme privant le Sénat du choix d'observer la règle informelle. Priver le Sénat de son « libre arbitre institutionnel » semble faire échec à la reconnaissance de la convention qui interdirait de rejeter une loi de nature financière. Tout au plus, la règle non codifiée pourrait être formulée comme imposant

---

<sup>170</sup> Au-delà de ce report le Sénat amenda 18 projets de loi, il modifia la résolution adoptée par les Communes visant à modifier la Constitution suivant la procédure adoptée lors de l'Accord du Lac Meech.

<sup>171</sup> Hansard, Chambre des Communes du Canada, Parlement du Canada, 33<sup>ème</sup> Parlement, 1<sup>ère</sup> session, vol. 4, 1984, p. 5539 et suivantes.

<sup>172</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, The Marriage of Law and Politics*, 1<sup>ère</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 1991, p. 87 et suivantes.

<sup>173</sup> Procédure appelée la *Hayden Formula* du nom du sénateur Salter Hayden.

à une chambre haute de ne pas rejeter une loi de finance, sauf dans des cas très particuliers<sup>174</sup>.

### C- La Nouvelle-Zélande : le lent affaiblissement de la seconde chambre

La Nouvelle Zélande présente le cas particulier d'être l'un des premiers parlements héritiers de Westminster à avoir abandonné le système bicaméral, au profit d'une chambre unique.

Le choix du monocamérisme n'est que la conséquence incidente<sup>175</sup> d'une volonté de réformer le Conseil législatif institué à la hâte en 1852. Créé à l'image de la Chambre des Lords britannique, le Conseil législatif avait vocation à être une véritable chambre de révision. Pour autant, loin d'être naïf, Lord Grey souligna très vite l'impossibilité d'exporter, sans la moindre adaptation, le modèle de Westminster<sup>176</sup>. En effet, il désirait instituer une chambre composée de membres représentants les Conseils des provinces et non une chambre nommée par la Couronne<sup>177</sup>. Durant son existence le Conseil législatif s'est révélé être une institution dénuée de toute utilité<sup>178</sup> car dépourvu de mandat<sup>179</sup> (élément indispensable à son fonctionnement effectif et à toute légitimité<sup>180</sup>). Par ailleurs, tentant d'user de ses prérogatives de révision, le Conseil fut progressivement affaibli car considéré comme trop conservateur. D'une part, la limite au nombre de conseillers fixée par instruction royale fut finalement abolie en 1862<sup>181</sup>,

---

<sup>174</sup> Même dans ces cas particuliers et rares, le rejet ne paraît pas envisageable. La suspension du vote du projet de loi de nature financière est préférable.

<sup>175</sup> H. J. BENDA, « The End of Bicameralism in New Zealand », *Parliamentary Affairs* vol. 4, 1950 p. 57 à 72 ou R. M. ALGIE, « The Second Chamber in New Zealand », *The Parliamentarian*, vol. 42, 1961, p. 203 à 217.

W. K. JACKSON, « The Failure and Abolition of the New Zealand Legislative Council », *The Parliamentarian*, vol. 54, 1973, p. 17 à 26.

<sup>176</sup> A. STOCKLEY, « Bicameralism in the New Zealand Context », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 16, n°4, 1986, p. 377 à 403.

<sup>177</sup> W. PEMBER REEVES, *The Long White Cloud*, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 4<sup>ème</sup> éd., 1950, p. 190 et suiv.

<sup>178</sup> W. K. JACKSON, *The New Zealand Legislative Council: a Study of the Establishment, Failure and Abolition of an Upper House*, Dunedin, University of Otago Press, 1972, p. 238. Dans la période 1936 à 1950 le Conseil ne déposa aucun projet de loi, dans le même temps 9% des textes débattus furent amendés par le Conseil (contre 50% entre 1854 et 1890).

<sup>179</sup> Un projet de loi visant à transformer le Conseil législatif en chambre élue fut déposé dès 1854 et ne vit jamais le jour.

<sup>180</sup> D. J. RIDDIFORD, « An Effective Second Chamber », *New Zealand Law Journal*, vol. 26, p. 329 à 342, 1950.

<sup>181</sup> G. SCHOLEFIELD, *New Zealand Parliamentary Record, 1840-1949*, Wellington, Wellington Government Printer, 3<sup>ème</sup> éd., 1950, p. 71, de 15 membres maximum, le Conseil comptait 53 membres (le plus grand nombre de membres) en 1885 et 1950 (peu de temps avant l'adoption du *Legislative Council Abolition Act 1950*).

d'autre part, le mandat des membres du Conseil législatif fut réduit à sept ans (contre un mandat à vie) par l'adoption du *Legislative Council Act 1891*.

En 1854, le Conseil Législatif argua du fait qu'il disposait d'une compétence législative semblable à celle de la Chambre des représentants. Dès lors, il considérait qu'il était libre d'amender ou de rejeter un projet de loi de nature financière. Devant le blocage persistant de la chambre nommée, il fut décidé de saisir Londres. Le 25 mars 1855, le secrétaire d'Etat aux Colonies, Lord John Russel, rejeta l'analyse défendue par le Conseil législatif et rappela que, sur le modèle de la Chambre des Lords britannique, le Conseil législatif n'était pas élu : dès lors, il serait opportun, pour le Conseil, de suivre les usages de la Chambre des Lords et de ne pas amender un projet de loi de nature financière ou budgétaire<sup>182</sup>. La question se posa de nouveau au moment de l'adoption du *Native Lands Act 1862* et une nouvelle fois en 1872, avec davantage de précision au moment de la modification du *Payments to Provinces Act 1870*. En effet, le Conseil législatif proposa de nombreux amendements aux textes originaux qui furent rejetés par la Chambre des représentants. Cette dernière décida de saisir les *law officers* de la Couronne. La Chambre fonda son raisonnement d'une part, sur la lettre de l'article 54 du *Constitution Act 1852* relatif à la répartition budgétaire et d'autre part, sur l'article 4 du *Parliamentary Privileges Act 1865* qui disposait notamment que le Conseil législatif et la Chambre des représentants de Nouvelle Zélande disposaient des mêmes compétences, immunités et privilèges que la Chambre des communes de Grande-Bretagne et d'Irlande. Dans une réponse en date du 18 juin 1872, les *law officers* abondent dans le sens de la chambre populaire, en soulignant : « [...] *que le texte débattu est un projet de loi de nature financière. Un projet de loi, débattu à la Chambre des communes de ce pays n'aurait pu être amendé par la Chambre des Lords. Les restrictions posées par le Conseil législatif sur des projets de lois d'assistance ou de subsides sont trop restrictives et n'auraient pas été validées par la Chambre des communes en Angleterre.*

---

<sup>182</sup> Cité dans A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, op. cit., p. 555.

2. *Nous sommes de l'avis que le Parliamentary Privileges Act 1865 ne vise aucunement à conférer au Conseil législatif des compétences dont il ne disposerait pas d'ordinaire.*

3. *Nous pensons que la demande déposée par la Chambre des représentants adressée au Conseil législatif (adressée de la façon suivante : qu'il va au-delà des compétences du Conseil législatif de modifier ou d'altérer la répartition et l'allocation de revenus définies par une loi votée lors d'une session précédente). Sous réserve de la limite suivant laquelle le Conseil législatif dispose de la pleine faculté de rejeter tout projet de loi relatif à l'allocation ou la répartition de revenus adopté par la Chambre des représentants<sup>183</sup> ».*

L'analyse retenue ici s'inscrit pleinement dans la continuité des éléments développés plus haut.

La question de la compétence d'une seconde chambre, en matière de projets de loi de nature financière, est renouvelée lorsque l'on s'intéresse aux projets visant à établir une seconde chambre pour le Parlement néozélandais après 1950. En substance, les projets défendus reprennent la trame générale d'un projet de révision adoptée en 1914 mais dont l'entrée en vigueur sera sans cesse reportée avant d'être définitivement abandonnée<sup>184</sup>. Le *Legislative Council Act 1914*, communément appelé le *Sir Francis Bell's Act*<sup>185</sup> du nom de son promoteur, visait à refondre l'organisation de la chambre haute et les rapports que cette dernière devait entretenir avec la Chambre des représentants. Au-delà d'une redéfinition des modalités de désignation des membres, la loi prévoyait, sur le modèle des *Parliament Acts*, que la chambre haute disposait d'une faculté de retarder l'adoption d'un projet de loi de nature financière pendant un mois<sup>186</sup>. A la suite de l'abrogation du Conseil législatif, des commissions chargées de

---

<sup>183</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, op. cit., p. 558 et suivantes.

<sup>184</sup> L'entrée en vigueur de la loi normalement prévue le 1er janvier 1916 fut repoussée par l'adoption du *Legislative Council Amendment Act 1918* (qui prévoyait une date d'entrée en vigueur ultérieure). Une proclamation fut publiée le 8 janvier 1920 puis rapidement retirée par l'adoption du *Legislative Council Amendment Act 1920* qui eut pour conséquence d'enterrer le projet jusqu'à l'abrogation de la chambre en 1950.

<sup>185</sup> CC AIKMAN, « Chapt. 2 – Parliament », dans J. L. ROBSON, C. C. AIKMAN (dir.) ; *The British Commonwealth, the Development of its Laws and Constitutions*, op. cit., p. 41 et suivante.

<sup>186</sup> D. J. RIDDIFORD, « A suitable Second Chamber for New Zealand », *New Zealand Law Journal*, vol. 27, p. 107 à 123.

réfléchir à l'institution d'une seconde chambre – proche d'un Sénat –, ont repris ces idées pour les modifier quelque peu<sup>187</sup>.

Entre 1950 et 1952, un comité consultatif fut établi pour réfléchir à l'institution d'une seconde chambre ou à des solutions alternatives de nature à rétablir un bicaméralisme de fait<sup>188</sup>. Ce comité reprit l'idée d'instituer une faculté de retarder l'adoption d'un projet de loi ordinaire et de nature financière<sup>189</sup>. Deux rapports suivirent en 1961<sup>190</sup> et 1964<sup>191</sup>. Les conclusions de ces deux rapports sont sensiblement les mêmes : l'institution d'une seconde chambre se révèle inutile en ce que les chambres hautes sont « *généralement faibles et bénéficient d'une piètre considération* ».

Ces projets de codifications ne virent jamais le jour et semblent avoir été abandonnés<sup>192</sup>. Pour autant, ils ont le mérite, non négligeable, de nourrir la réflexion sur l'existence d'une règle non codifiée qui gouverne, d'une part, les rapports entre les chambres d'un parlement bicaméral et d'autre part, les règles qui gouvernent les rapports entre une chambre haute, qu'elle soit nommée ou élue, sur le fondement d'une représentation territoriale et l'organe exécutif.

---

<sup>187</sup> Pour une analyse générale voir LORD COOKE OF THORNDON, *Unicameralism in New Zealand: Some Lessons*, *Canterbury Law Review*, vol. 7, 1999, p. 233 à 245.

<sup>188</sup> *Journal of the House of Representatives*, appendice, 1952, p. 1-18. Pour une analyse des conclusions du rapport voir M. JOEL, « Plan for a Senate », *New Zealand Law Journal*, vol. 28, p. 217 à 226, 1952.

<sup>189</sup> Suspension de deux mois pour les projets de loi ordinaires et un mois pour les projets de loi de nature financière.

<sup>190</sup> *Journal of the House of Representatives*, appendice, 1961, p. 1-2A, preuve du peu d'intérêt que revêt la question, le rapport compte à peine trois pages.

<sup>191</sup> *Journal of the House of Representatives*, appendices, 1964, p. 1-14.

<sup>192</sup> Le Professeur Quentin-Baxter souligne en 1985 : « *que le peuple néozélandais vit confronté à davantage de danger que le peuple britannique... Nous avons fait le choix de nous passer du garde-fou que représente une chambre haute, [institution] qui avait le mérite de s'assurer que le grand public disposait d'un peu de répit pour considérer les conséquences d'un texte adopté à la hâte* », in R. Q. QUENTIN-BAXTER, *Themes of Constitutional Development : The Need for a Favourable Climate of Discussion*, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 15, n°1, 1985, p.12 à 28.

## **Conclusion : une crise reflet des multiples facettes du droit constitutionnel**

La crise institutionnelle de novembre 1975 a servi de fondement à une analyse de la place de la seconde chambre dans un système de gouvernement, issu d'une transposition du modèle de Westminster. Les détracteurs du Sénat australien attendaient de ce dernier qu'il adopte la norme de comportement de la Chambre des Lords britannique. Il s'agissait ici de transposer la règle qui privait la seconde chambre d'un parlement bicaméral de son veto, lors du vote d'une loi de nature financière.

L'histoire des dominions et le développement du droit constitutionnel dans les épigones révèlent qu'une telle lecture est restrictive. En effet, assimiler les secondes chambres des dominions à la Chambre des Lords relève d'une analyse mal fondée et trop rapide. L'histoire du *Legislative Council* néozélandais en est l'exemple typique.

Le terreau sur lequel se sont développées les anciennes colonies se fonde évidemment sur la culture institutionnelle britannique. Pour autant, réduire cela à une copie conforme du système institutionnel de Westminster apparaît évidemment réducteur. Les exemples australiens et néozélandais en sont la parfaite illustration. La faculté pour une chambre haute de s'opposer à l'adoption d'une loi de finance n'existe plus en Angleterre ou en Nouvelle-Zélande. Par ailleurs, la tentative de révision constitutionnelle au Canada a également suffi à réorganiser les rapports entre les chambres. Ces exemples permettent, semble-t-il, de déduire que cette règle non codifiée ne serait plus.

Pour autant, l'histoire constitutionnelle, développée dans ce chapitre permet de déduire que la formulation de cette règle, importée de Westminster, ne saurait s'appliquer aux dominions. Il convient toutefois de relativiser cette dernière idée. En effet, chacun des cas relevés met en lumière l'idée que les chambres hautes des anciens dominions n'ont pas fait usage d'un veto absolu, lors de l'examen d'un projet de loi de nature financière.

Chaque fois qu'il était question de s'opposer à ce type de projet de loi, les secondes chambres des dominions ont préféré reporter le vote du texte, ou, plus précisément, instituer un mécanisme de veto suspensif. Aucun texte de constitution n'empêche l'usage d'un veto absolu.<sup>193</sup> Dès lors, le veto qui pouvait exister en Angleterre (ou dans l'esprit de certains constituants) s'est transformé, avec le temps et la pratique, en un mécanisme suspensif, temporaire révélant la formidable souplesse du modèle de Westminster. La réserve avec laquelle les acteurs institutionnels usent de ce veto suspensif souligne également leur esprit de conciliation, loin des polémiques stériles. L'institution du veto suspensif devient un mécanisme informel empreint de bon sens et de mesure, reflet d'une histoire institutionnelle subtile<sup>194</sup>.

Conscient que la mission première du gouvernement est de mener à bien le programme politique pour lequel il a été élu, il ne saurait être question pour une seconde chambre de contrarier la volonté populaire. Pour autant, l'impératif de gouvernement ne saurait faire obstacle à ce que la seconde chambre exerce pleinement sa fonction de chambre de révision. Dès lors, la pratique d'un veto suspensif dans le cadre de l'adoption d'un projet de loi de nature financière souligne d'une part la volonté de dialogue qui existe entre les chambres et d'autre part l'importance d'instituer un bicamérisme effectif<sup>195</sup>. Les événements australiens de 1975 témoignent bien du fait que la problématique de l'équilibre entre les chambres d'un parlement est une question constante, « un fil rouge constitutionnel ». L'analyse historique de l'usage de ce veto a permis de retracer l'évolution de la pratique et les raisons attachées à son usage.

La crise australienne est également une mise en garde. En effet, les règles constitutionnelles non codifiées, conçues comme règles de comportement au service de l'équilibre institutionnel, peuvent se révéler une fondation constitutionnelle très instable, si elles sont détournées à des fins partisans.

---

<sup>193</sup> Les seules limites posées en matière financière sont relatives à l'initiative du texte et à la faculté d'amendement.

<sup>194</sup> D. GRIFFITH, « The Will of the People – A Comment on 11th November 1975 », *The Australian Quarterly*, vol. 48, n°3, 1976, p. 103 à 108.

<sup>195</sup> H. B. LEE-SMITH, *Second Chambers in Theory and in Practice*, Londres, George Allen and Unwin, 1923, p. 33 et suivantes sur l'importance de retarder l'adoption d'un texte (notamment de nature financière).

## Chapitre 6 – Les conflits dans l’exercice de la prérogative royale – Les limites de la codification

*« Il n’est pas question de contester le fait que le gouvernement responsable impose que le Gouverneur-général agisse sur les recommandations des ministres. Dans la grande majorité des situations il le fera indubitablement. Le point en débat entre les tenants et les détracteurs de la doctrine du blanc-seing<sup>1</sup> est de savoir si le gouverneur-général est tenu d’agir en toutes circonstances sur l’avis des ministres.*

*La doctrine du blanc-seing nie l’existence des pouvoirs propres, toute marge de manœuvre du Vice-roi. Les opposants à cette doctrine considèrent que les pouvoirs propres existent réellement. Ils sont rarement utilisés et dans l’administration quotidienne des affaires de l’Etat, leur existence n’a que peu d’importance, toutefois, en période de grand péril, leur existence peut se révéler cruciale. La question des pouvoirs propres revêt une importance constitutionnelle fondamentale<sup>2</sup>. »*

Le lieu commun consisterait à souligner que, dans les pays ayant adopté le système de Westminster, le rôle et la place du chef de l’Etat sont très largement symboliques. Au-delà de l’apparat de la monarchie, ce symbolisme subsiste dans l’exercice, par la Couronne, de certaines compétences, prérogatives ou pouvoirs réservés. Ces derniers incarnent le pouvoir discrétionnaire de la Couronne qui en fait le gardien de l’ordre constitutionnel<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> L’expression dans le texte *rubber stamp*, difficilement transposable, renvoie à une idée de validation automatique.

<sup>2</sup> J. KERR, *A Matter for Judgement*, Londres, Macmillan Press Ltd, 1978, p. 8-9.

<sup>3</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, Sydney, Federation Press, 2018, p. 37.

Ces prérogatives ne font souvent l'objet que d'une codification minimale, tant leur exercice est guidé par des règles non codifiées admises de longue date. Ce n'est qu'à l'occasion de crises constitutionnelles que l'existence de ces compétences est remise en cause et que la question de leur codification est renouvelée. Alors que la Couronne aurait pour mission de maintenir l'équilibre constitutionnel, une exposition aux critiques publiques conduit parfois à contester l'existence même de la monarchie.

Héritée du Moyen Age, la prérogative représentait la toute-puissance du Monarque, exercée de façon discrétionnaire. A ce titre, Jennings n'hésitera pas à utiliser l'expression « *prérogatives personnelles*<sup>4</sup> », tandis que Rodney Brazier préfère celle de « *pouvoirs réservés* » mettant ainsi en lumière le caractère exceptionnel de leur usage<sup>5</sup>. L'enracinement des principes du gouvernement responsable et du gouvernement représentatif impose aujourd'hui que ces prérogatives soient exercées avec l'avis des ministres. Les prérogatives renvoient au fonctionnement tant du parlement que de l'exécutif. Ainsi, les prérogatives classiques regroupent la convocation du parlement, sa prorogation ou sa dissolution<sup>6</sup>. Dans la même veine on trouvera les prérogatives relatives à la sanction royale, à la nomination, notamment des membres du gouvernement et des hauts fonctionnaires. La différence centrale qui existe entre l'Angleterre et les dominions réside, sans doute, dans le fait que, dans une large mesure, les prérogatives en Angleterre restent très largement non codifiées. Par contraste, les prérogatives dans les dominions ont fait l'objet d'une mention formelle dans les constitutions, d'une part et dans les lettres patentes d'autre part qui ont vocation à en réglementer l'exercice. Les lettres patentes ont également la vocation à opérer une délégation de compétence. En effet, les constitutions formelles des dominions prévoient que la Couronne est titulaire de la prérogative. C'est la raison pour laquelle il est mentionné que « *dans le cas où la Couronne est présente elle exerce les fonctions mentionnées* ».

---

<sup>4</sup> I JENNINGS, *Cabinet Government*, 3<sup>ème</sup> éd, Cambridge University Press, 1961, p. 394.

<sup>5</sup> R BRAZIER, « Monarchy and the personal prerogatives: a personal response to Professor Blackburn », *Public Law*, n°1, 2005, p. 45-47.

<sup>6</sup> Notons que depuis l'adoption du *Fixed Term Parliaments act* 2011, la dissolution en Angleterre n'est plus une prérogative royale.

Le principe du gouvernement responsable, principe cardinal de l'architecture constitutionnelle des dominions, semble cantonner la Couronne à un simple rôle d'automate<sup>7</sup>, réduit à valider les décisions prises par le gouvernement. La logique de la responsabilité descendante<sup>8</sup> impose que le souverain ne prenne pas de décision qui ne soit pas validée par un gouvernement, au sens où ce gouvernement doit être en mesure d'endosser la responsabilité de l'acte. La doctrine de l'avis a conduit certains commentateurs à y voir une obligation pour le souverain<sup>9</sup>. Pour autant, une autre frange de la doctrine, plus mesurée, tout en reconnaissant la valeur de l'avis, admet l'existence d'une marge de manœuvre au monarque dans l'exercice de ses prérogatives<sup>10</sup>. Il est vrai que dans le cadre des prérogatives relatives à la promulgation de la loi, à la dissolution ou à la prorogation, le souverain est limité<sup>11</sup>. Il est normalement tenu d'agir conformément à l'avis de ses ministres, mais encore faut-il que cet avis soit en accord avec la nature constitutionnelle du système de gouvernement<sup>12</sup>. En effet, bien qu'irresponsable, le souverain est l'ultime garant de l'ordre constitutionnel et du principe du gouvernement responsable.

Conçu à l'origine comme un outil visant à limiter un pouvoir monarchique absolu, l'obligation de l'avis des ministres responsables<sup>13</sup> est progressivement devenue un outil de limitation de la majorité et du cabinet.

---

<sup>7</sup> Pour une analyse contraire voir M HARDIE BOYS, « Neil Williamson Memorial Lecture : 'Nodding automation ?' (some reflections on the office of Governor-General) », *Canterbury Law Review*, vol.8, 2000, p. 425 à 440.

<sup>8</sup> Ph. LAUVAUX, C. M. PIMENTEL, Régime non parlementaire, in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome II, Paris, Dalloz, 2012, p.196 et suivantes. D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit constitutionnel britannique*, Paris, PUF Léviathan, 2008, p. 206.

<sup>9</sup> W. HARRISON MOORE, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, 2<sup>ème</sup> éd, Melbourne, Charles Maxwell, 1910, p. 111, J. G. LATHAM, *Australia and the British Commonwealth*, Londres, MacMillan and Co, 1929, p. 65 (un tempérament), A. TODD, *Parliamentary Government in the British Colonies*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Longmans, Green & Co, p. 169, J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, 1901, Londres, The Australian Book Company, p. 690 et suivantes.

<sup>10</sup> A. TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », *Australasian Parliamentary Review*, vol. 30, n°2, 2015 p. 31 à 47.

<sup>11</sup> E. C. S. WADE, A. W. BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, 10<sup>ème</sup> éd., Londres, Longman, 1985, p. 245-247.

<sup>12</sup> G. SAWER, *Australian Federal Politics and Law 1901-1929*, Melbourne, Melbourne University Press, 1956, p. 44.

<sup>13</sup> Voir l'opinion du Juge Rennie dans *Galati v Governor-General of Canada*, [2015] Federal Court, Canada, 91. Voir également G. LINDELL, « Assent or refusal to assent to legislation – on whose advice ? », *Constitutional Law and Policy Review*, vol. 11, n°3, 2009 p. 126 à 138, (p. 132).

N. W. BARBER, « Can Royal Assent be Refused on the Advice of the Prime Minister? », *United Kingdom Constitutional Law Association Blog*, 25 septembre 2013, disponible à l'adresse:

<https://ukconstitutionallaw.org/2013/09/25/nick-barber-can-royal-assent-be-refused-on-the-advice-of-the-prime-minster/>.

La Monarchie britannique a connu un exercice relativement stable des prérogatives. Cette stabilité contraste avec l'histoire moins paisible des dominions, qui ont pourtant suivi la même trajectoire historique. En effet, il a pu arriver, en de rares occasions, que les gouverneurs, lieutenant-gouverneurs et gouverneurs-généraux s'opposent à l'avis de leurs ministres. Ces oppositions ont pu conduire certains gouverneurs à perdre leur fonctions<sup>14</sup>. Les conséquences attachées aux tensions qui peuvent émerger entre les gouverneurs et les ministres mettent en lumière la différence de statut qui existe entre Buckingham et ses épigones<sup>15</sup>. Nommés par la Couronne britannique sur recommandation des gouvernements des dominions<sup>16</sup>, les vice-rois sont, à la différence de la Reine, toujours susceptibles d'être démis de leurs fonctions<sup>17</sup> si une opposition trop frontale voit le jour avec les gouvernements locaux.

Tout l'intérêt est de réaliser à quel point l'avis a un caractère relatif et peut ne pas être suivi, notamment lorsque l'intérêt supérieur de la constitution est en jeu. Un tel rejet suit exceptionnellement dans le cadre de la sanction royale (**section 1**), alors qu'il a pu se produire plus régulièrement s'agissant de la dissolution ou de la prorogation (**section 2**)

---

<sup>14</sup> On pensera au renvoi de Lord Byng à la suite des événements canadiens de 1926 ou à la rancune à laquelle a été confronté John Kerr, à la suite des événements de 1975 en Australie.

<sup>15</sup> A. BRADY, *Democracy in the Dominions A Comparative Study in Institutions*, 2<sup>ème</sup> éd., 1952, Toronto, University of Toronto Press, p. 5 et suivantes.

<sup>16</sup> Comme nous l'évoquions dans l'introduction, la Conférence Impériale de 1926 qui a contribué à acter l'égalité de statut entre l'Angleterre et les dominions a permis la nationalisation de la Couronne dans les dominions. A partir de cette date, les gouverneurs-généraux sont souvent des personnalités locales, nommées sur avis des gouvernements des dominions. V. BOGDANOR, « The United Kingdom » dans D. BUTLER, D. A. LOW (dir), *Sovereigns and Surrogates Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1991, p. 10 à 40 (p. 11 et 12), voir également dans le même ouvrage J. R. MALLORY, « Canada », p.41 à 60 (p.42) ou B. GALLIGAN, « Australia », p. 61 à 99 (p. 63).

<sup>17</sup> Sur cette question on pourra penser au départ du gouverneur Strickland de l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud en 1916 ; voir A. TWOMEY, *The Chameleon Crown, the Queen and Her Australian Governor*, Sydney, Federation Press, 2006, p. 57 et suivantes ou H. V. EVATT, *The King and his Dominions Governors A Study of the Reserve Powers of the Crown in Great Britain and the Dominions*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Franck Cass Co Ltd, 1967, p.146 et suivantes. On peut citer aussi le départ du Gouverneur de Tasmanie en 2004 à la suite d'un désaccord avec le Premier ministre Paul Lennon en 2004, M. STOKES, « The Resignation of Richard Butler as Governor of Tasmania », *University of Tasmania Law Review*, vol. 23, n°2, 2004, p. 207-242.

## **Section 1 : la sanction royale<sup>18</sup>, le refus de promulgation et le contrôle des lois dans les dominions : illustration d'une compétence sous-jacente**

La question de la promulgation de la loi est l'une des compétences classiques de tout chef d'Etat. Toutefois, dans le cadre du système de Westminster, elle revêt un double intérêt. Soulignons que la sanction et la promulgation, bien qu'intimement liées puisqu'elles portent sur la loi se distinguent en ce que la sanction est un acte de nature législative et la promulgation un acte de nature formellement exécutive. La seconde découle en réalité de la première.

La sanction royale incarne l'idée bien connue « *du roi en son Parlement* ». Cette notion qui est apparue plus tôt renvoie à l'idée de balance des pouvoirs dans un gouvernement mixte. Cette compétence, plus complexe qu'il n'y paraît, concilie les deux principes cardinaux du système de Westminster, à savoir les principes du gouvernement responsable et du gouvernement représentatif (**sous-section 1**). Par ailleurs, dans le cadre de l'Empire britannique, les prérogatives de la réserve et du désaveu offrent une analyse intéressante de prérogatives qui ont pu être utilisées à des fins différentes de celles originellement prévues (**sous-section 2**).

### **Sous-section 1 – La sanction royale une prérogative progressivement tombée en désuétude**

L'assentiment royal est le reflet, aujourd'hui, de la fiction juridique<sup>19</sup> de la « *Couronne en son Parlement*<sup>20</sup> ». La cérémonie qui entoure la sanction royale révèle

---

<sup>18</sup> Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que ces développements ne seront consacrés qu'aux projets de lois votés par le Parlement, il ne sera pas question de la sanction donnée aux *orders in council*. Pour un examen de cette question et des difficultés qui peuvent en découler, voir article R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », *Law Quarterly Review*, vol. 129, 2013, p. 184 à 204 (p. 193 à 196) et A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions the Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd, Ontario, Oxford University Press, 2014, p. 37 et suivantes.

<sup>19</sup> R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », art. cit., (p. 192).

<sup>20</sup> Sur l'évolution de la formule « Roi en Parlement » à « Roi, Lord et Communes » Betty Kemp cité dans D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit constitutionnel britannique*, op. cit., p.78.

la complémentarité de la « Trinité » constitutionnelle britannique et le sens de d'une « *perfection de la loi*<sup>21</sup> ».

Soulignons que l'article 14 du projet de *Constitutional Code* ou de *Constitutional Consolidation Act* pour le Royaume-Uni prévoit que le Parlement se compose de la Reine, de la Chambre des lords et de la Chambre des communes. *A contrario*, le projet de Constitution pour le Royaume-Uni, de 2014, prévoit en son article 15(1) que le Parlement est composé de la Chambre des communes, de la seconde chambre et du chef de l'Etat. Peut-on y voir une volonté de laisser ouvert la possibilité de mettre en place la République<sup>22</sup> ?

D'un point de vue plus procédural, Blackburn souligne que la cérémonie de la sanction royale permet au souverain de s'assurer que le texte qui s'apprête à être promulgué a bien été adopté selon une procédure régulière<sup>23</sup>. Cette faculté, au-delà de la symbolique qu'elle incarne, est le reflet des trois droits de la Couronne identifiés par Walter Bagehot<sup>24</sup>. A l'origine, *royal assent* était donné en personne par le roi siégeant à la Chambre des Lords. A cette occasion, la loi était lue à voix haute devant le souverain avant d'être promulguée. Toutefois, à partir de 1541, le roi se dispensa d'assister, dans certains cas, à la cérémonie de la promulgation. Cette dispense trouve son origine dans l'adoption du texte visant à condamner à mort la maîtresse du Roi Henri VIII, Catherine Howard. L'absence du roi sera formalisée dans le *Royal Assent by Commission Act 1541*<sup>25</sup>. Toutefois, cette procédure ne prive pas le monarque de la faculté d'assister à la cérémonie. Néanmoins, à partir de 1854<sup>26</sup>, les monarques britanniques n'assisteront plus à la cérémonie de la sanction Royale. Cependant, la Reine Victoria prendra part personnellement à la cérémonie pour la dernière fois<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Lord Hale, cité dans R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », art cit.

<sup>22</sup> « Political and Constitutional Reform - Second Report A new Magna Carta? », House of commons, 3 juillet 2014.

<sup>23</sup> R. BLACKBURN, « Monarchy and the Personal Prerogatives », *Public Law*, vol. 2004, 2004, p. 546-563. Cette analyse n'est pas unanime en effet Anne Twomey (A ; TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », *Public Law Review*, automne, 2006, p. 580 à 602), Rodney Brazier (R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », art cit.) soulignent que le contrôle de la validité de la loi est aujourd'hui réalisé par le juge, préservant ainsi la Couronne de tout embarras.

<sup>24</sup> W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd (1872), réimpression, Londres, Penguin Books, Republished Classics, 2013, p. 58.

<sup>25</sup> 33 Hen 8 c. 21.

<sup>26</sup> E. MAY, *Parliamentary Practice*, 21<sup>ème</sup> éd., Londres, LexisNexis, 1989, p. 529.

<sup>27</sup> Une exception toutefois, le roi George VI en 1939 est venu en personne revêtir le texte du Parlement canadien de la sanction royale, J WHEELER-BENNETT, *King George VI : His Life and Reign*, New York, St Martin's Press, 1958, p. 379.

Plusieurs lois relatives à la sanction royale se sont succédé jusqu'à l'adoption d'un protocole plus allégé prévu dans le *Royal Assent Act* en 1967<sup>28</sup>.

Les dominions ont formalisé deux éléments essentiels dans leurs *constitution acts* : d'une part, le principe de la Trinité législative britannique, l'idée suivant laquelle la Couronne est une partie intégrante de la puissance législative<sup>29</sup> ; d'autre part, la faculté pour les représentants de la Couronne de réserver un texte à la sanction de la Couronne à Londres<sup>30</sup>, pour être éventuellement abrogé. Cette dernière faculté permettait à Londres de protéger les intérêts de l'Empire, notamment en matière économique<sup>31</sup>. La faculté d'abroger un texte existe également au niveau des entités fédérées puisque les Lieutenant-gouverneurs canadiens, sur recommandations des gouvernements des provinces disposent de la faculté de réserver certains textes « *à la sanction du gouverneur-général*<sup>32</sup> ». Cette compétence n'existe pas en Australie car les Etats disposaient jusqu'en 1986 d'un accès direct à la Couronne britannique<sup>33</sup>.

Cette prérogative est très vite tombée en désuétude, sans pour autant être formellement abrogée. Par ailleurs, il est important de souligner que l'absence d'usage ne vaut pas abrogation<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cette loi du Parlement de Westminster abroge la loi de 1541. Dans son article 1(1) la loi dispose que « *la sanction est prononcée en présence des deux chambres du Parlement, au sein de la Chambre des Lords suivant la forme et la procédure coutumière applicable par la loi de 1541* ». Cet article reconnaît ainsi formellement l'existence d'une coutume dans la conduite de la procédure de la sanction royale. Soulignons, à toute fins utiles, que la loi précise dans son article 1(2) que « *la nouvelle procédure ne prive en rien le monarque de sa faculté de présider la cérémonie* ». Pour une analyse détaillée voir F. A. R. BENNION, « *Modern Royal Assent Procedure at Westminster* », *Statute Law Review*, vol. 2, n°3, 1981, p. 133 à 147.

<sup>29</sup> La formulation dans les dominions est sensiblement la même « *le pouvoir législatif est confié à un Parlement composé de la Reine et de...* ».

<sup>30</sup> Il s'agit des prérogatives de la « réserve » et du « désaveu » que l'on trouve encore formellement dans les Constitutions canadienne et australienne, par exemple.

<sup>31</sup> R. Q. QUENTIN-BAXTER, « *The Governor-General's Constitutional Discretions : an Essay Towards a Re-definition* », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 10, n°4, 1980, p. 289 à 315, J. E. MARTIN, « *Refusal of Assent – A Hidden Element of Constitutional History in New Zealand* », *Victoria University of Wellington Law Review* vol. 41, n°1, 2010, p.51 à 84 ou N. COX, « *The Control of Advice to the Crown and the Development of Executive Independence in New Zealand* », *Bond Law Review*, vol. 13, n°1, 2001, p. 166 à 189.

<sup>32</sup> Article 90 du *Constitution Act* 1982 (Canada).

<sup>33</sup> Accès qui sera coupé avec l'adoption des deux *Australia Acts* en 1986.

<sup>34</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Oxford University Press, 1953, p. 17. Voir également JJ CHEVALLIER, « *Les origines et le sens du statut de Westminster* », *Revue de droit international*, vol. 17, n°2, 1936, p. 413 à 441.

L'absence d'usage du veto est apparue pour la Couronne comme un moyen d'assurer « *sa survie*<sup>35</sup> ». Burke souligne très justement que la mise au repos de cette prérogative préserve son existence<sup>36</sup>. Il est communément admis<sup>37</sup> que le dernier refus de la sanction royale en Angleterre remonte au règne de la Reine Anne qui, en 1707, a refusé de sanctionner le *Scottish Militia Bill*. Rodney Brazier souligne le peu d'intérêt des questions qui ont conduit au rejet de la sanction de ce texte. Au terme d'une analyse détaillée il met en évidence le risque que représentait le maintien d'une force armée écossaise. Il souligne également que le refus de promulguer le texte l'a été tant avec l'accord des ministres, qu'en l'absence d'objection du Parlement<sup>38</sup>.

Les événements de 1707 marquent, à n'en pas douter, un tournant dans l'usage de cette prérogative<sup>39</sup>. La mise « *en sommeil* » de la prérogative du veto royal est le fruit d'une lente évolution historique. Dans son exposé sur la sanction royale en Angleterre, Graham John Wheeler souligne, en effet, que la réserve dans l'usage de cette prérogative par la Couronne avait progressivement commencé avant le règne de la Reine Anne<sup>40</sup>. Toutefois, comme tout usage tombé en désuétude, celui-ci peut légalement être utilisé.

La doctrine oscille entre la simplicité apparente de la question<sup>41</sup> et l'absence de consensus réel sur l'étendue de la marge de manœuvre du Monarque et de ses représentants<sup>42</sup>. A titre d'exemple, Richard O'Connor durant les débats de la convention de 1897 souligne « *que si un acte est voté par les deux chambres dans tous Etats, la Reine ne refuserait jamais son assentiment. La Reine n'interviendrait jamais*

---

<sup>35</sup> W.BAGEHOT, *The English Constitution*, op. cit., p. 51.

<sup>36</sup> E. BURKE, *Speeches on American Taxation, on Conciliation with America & Letter to the Sheriffs of Bristol*, Londres, Macmillan & Co, 1917, p. 166.

<sup>37</sup> Ph. LAUVAUX, A. LE DIVELLE, *Les Grandes Démocraties Contemporaines*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2015, p. 478, voir également D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit constitutionnel britannique*, op. cit., p.94 et suivante (sur l'évolution de l'assentiment d'un acte positif à un veto).

<sup>38</sup> R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », art. cit., p.198 à 199.

<sup>39</sup> G. J. WHEELER, « Royal Assent in the British Constitution », vol.132, n°juillet, 2016, p.495-505, (p.497), également T. GUILLUY, *Du « Self-Government » des Dominions à la Dévolution : Recherche sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2018, p. 197.

<sup>40</sup> G.J WHEELER, « Royal Assent in the British Constitution », art cit.

<sup>41</sup> I JENNINGS, *Cabinet Government*, op. cit., p. 400; A. HEARD, *Canadian constitutional conventions, the marriage of law and politics*, op. cit., p. 70, K. C. WHEARE, *Modern Constitutions*, Londres, Oxford University Press, 1951, p. 182, R. M. PUNNETT, *British Government and Politics*, 4<sup>ème</sup> éd, Londres, Heinemann, 1980, p. 273.

<sup>42</sup> A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », art. cit., G. MARSHALL, *Constitutional Conventions – The Rules and Forms of Political Accountability*, 2<sup>ème</sup> éd. (1986), Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 22.

*directement dans le processus législatif*<sup>43</sup> ». On constate une indétermination qui remet en cause l'étendue et la définition exacte de la prérogative.

L'assentiment royal est complété, dans le cas des dominions, par deux autres outils : le « *désaveu*<sup>44</sup> » et le droit de « *réserve* »<sup>45</sup>. Codifiés dans chacun des *Constitution Acts*, l'exercice du « *droit de réserve* » suppose que certains textes soient promulgués par la Reine des dominions directement. Le « *désaveu* » est une compétence répressive, exercée sur la recommandation du ministre délégué aux colonies, qui autorise la Couronne à abroger toute loi adoptée et promulguée par les dominions dans un délai de deux ans.

Durant la période coloniale, les compétences liées à la promulgation d'une loi étaient notamment guidées par les lettres patentes <sup>46</sup>remises aux gouverneurs-généraux<sup>47</sup>.

Conclure à la désuétude (depuis 1707) pure et simple du droit de veto royal est une erreur historique<sup>48</sup>. En effet, dans l'intérêt de l'Empire il a pu arriver que les représentants de la Couronne elle-même ou la Couronne abrogent directement ou refusent de promulguer des lois<sup>49</sup>.

Londres a longtemps gardé un œil attentif sur le travail législatif des dominions, même si l'usage direct du veto royal par la Couronne britannique a cessé relativement

---

<sup>43</sup> *Official Record of Debates of the Australasian Federal Convention*, Adelaide 1897, Sydney, Legal Books, 1986 (réédition), p. 992.

<sup>44</sup> Le terme anglais *dissallowance* renvoie à l'abrogation exercée par la Couronne britannique directement sans que le texte en question ait été soumis au souverain par le biais de la procédure du renvoi.

<sup>45</sup> Soulignons que les Gouverneurs-généraux du Canada (art. 90 du *Constitution Act* 1982) et de la Nouvelle-Zélande (art. 27 du *Constitution Act* de 1852, à l'époque fédérale) disposaient de ces prérogatives sur les législations des provinces. Les Etats australiens étaient, jusqu'en 1986 et l'adoption des *Constitution Acts* (*Commonwealth* et Impérial) également soumis à ces prérogatives qui étaient exercées directement par la Couronne britannique.

<sup>46</sup> F. A. R. BENNION, « Modern Royal Assent Procedure at Westminster », art. cit.

<sup>47</sup> C. C. AIKMAN, « Chapt. 2 – Parliament », (p. 40 à 69), dans J. L. ROBSON, C. C. AIKMAN, *New Zealand, the Development of its law and Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1967, p. 62, l'auteur relève que la lettre patente prévoit des cas particuliers dans lesquels les textes soumis à la sanction royale devaient être adressés à Londres pour contrôle. Par ailleurs, il est relevé que l'adoption du Statut de Westminster en 1947 conduira à l'adoption d'une nouvelle lettre patente. Cette prérogative est également encadrée dans ces lois comme le *Merchant Shipping Act* 1894, le *Colonial Law Validity Act* 1865.

<sup>48</sup> Il est d'ailleurs reconnu que le Roi George V émit l'idée de reporter la promulgation du *Home Rule bill* avant de se raviser. V. BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p.128 et G. MARSHALL, G. C. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd, Londres, Hutchinson University Library, 1971, p. 25 et suivantes.

<sup>49</sup> A ce titre voir, J. E. MARTIN, « Refusal of Assent – A Hidden Element of Constitutional History in New Zealand », art. cit.

tôt<sup>50</sup>. En effet, les monarques britanniques ont souvent préféré la négociation à l'usage radical du veto<sup>51</sup>. L'usage du droit de veto par les représentants de la Couronne a cessé plus récemment. En effet, il apparaît que le dernier refus de promulgation remonte à 1910 pour la Nouvelle-Zélande<sup>52</sup>, 1912 pour l'Australie<sup>53</sup> et 1945 pour le Canada<sup>54</sup>. Chacun de ces refus a été exercé sur le fondement des prérogatives du désaveu ou de la réserve.

Deux questions se posent au terme de l'examen de cette prérogative. La première s'attache à la définition de l'avis. En effet, il apparaît que la doctrine a tendance à attacher trop rapidement cette prérogative à l'avis du cabinet. La promulgation de la loi par le représentant de la Couronne est formalisée dans les *Constitution Acts*<sup>55</sup>. Comme nous l'avons démontré, cette prérogative est « dormante » : cela sous-entend que le représentant du monarque dans les dominions et le cabinet ne s'opposeront pas à la promulgation d'une loi. Les prérogatives du chef de l'exécutif étant souvent exercées sur l'avis des ministres responsables, se pose la question de l'origine de cet avis. Émane-t-il du Cabinet, même de façon automatique ou du Parlement, en tant que composant de l'organe législatif ? Par ailleurs, les prérogatives du désaveu et de la réserve de la sanction, vestiges coloniaux du contrôle opéré par Londres sur son Empire, ont suscité, dans les dominions, de vifs débats avant de tomber définitivement en désuétude<sup>56</sup> ou d'être définitivement abrogées<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Élément mis en lumière par le *Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation 1929, 1930*.

<sup>51</sup> R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », art. cit.

<sup>52</sup> JL ROBSON, *New Zealand, the Development of its Law and Constitution*, 2nd ed, Londres, Stevens & Sons, 1967, p. 61. L'auteur relève que le dernier refus de promulgation concernait le *Coast Trade bill 1903* et le *Shipping and Seamen Amendment bill 1910*.

<sup>53</sup> A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », art. cit., p. 598, refus émis sur les consignes du gouvernement britannique).

<sup>54</sup> Dernier usage par le Lieutenant-gouverneur du Saskatchewan (au niveau fédéral, un gouverneur-général n'aura jamais fait usage de cette prérogative).

<sup>55</sup> Cette compétence est formalisée au dernier article du titre relatif à l'organe législatif. On constatera une véritable symétrie dans la rédaction constitutionnelle.

<sup>56</sup> Dans le cas du Canada ou de l'Australie.

<sup>57</sup> En 1947 avec l'adoption du *Statut of Westminster 1931* pour l'Australie, l'adoption des *Constitution Acts 1986* pour les Etats australiens ou le *Constitutions Act 1986* dans le cas de la Nouvelle-Zélande.

## A - La sanction royale : une prérogative exercée sur l'avis du Parlement ou du cabinet

La promulgation de la loi par la Couronne ne pose en général aucune difficulté tant le précédent britannique semble avoir retiré tout intérêt au sujet<sup>58</sup>. Dans le cadre de la procédure législative, un texte sera toujours soumis à la procédure de la sanction royale<sup>59</sup>. Cette idée souligne que tous les textes issus des parlements doivent être soumis à la Couronne pour promulgation. Cependant, cela n'induit pas nécessairement que la promulgation soit automatique. L'exercice des prérogatives par le monarque, en Angleterre ou dans les dominions obéit à l'obligation d'un avis remis normalement par le cabinet. Cet avis assure que le parlement pourra imputer la responsabilité d'un acte à un organe autre que l'irresponsable Couronne<sup>60</sup>. Dans une analyse radicale, Walter Bagehot souligne que la Reine serait tenue de donner son assentiment à une loi qui la condamnerait à mort. Il apparaît alors, pour ce dernier, que la Couronne ne semble disposer d'aucune marge de manœuvre dans l'exercice de cette prérogative<sup>61</sup>. En effet, au-delà de circonstances exceptionnelles<sup>62</sup>, il est évident que la Couronne ne saurait agir de sa propre initiative<sup>63</sup>. Sur ce fondement, admettre que, dans le cadre de la promulgation de la loi, la Couronne agisse sur les recommandations de son gouvernement semble contradictoire avec l'idée même que la fonction législative soit exercée par « *la Couronne en son Parlement* ». Quick et Garran soulignent que l'expression « *avec l'avis et le consentement des Chambres du Parlement* » ne représente rien de plus « *que la survivance de l'ancienne fiction suivant laquelle le trône serait un législateur. Cette fiction a été remplacée par la réalité et par la pratique du gouvernement constitutionnel qui imposent que le gouverneur-général soit guidé*

---

<sup>58</sup> R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », *Law Quarterly Review*, art. cit.

<sup>59</sup> M. JACK, *Erskine May: Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 24<sup>ème</sup> éd., Londres, LexisNexis, 2011, p. 642 et suivantes. Cette maxime impose seulement qu'un texte adopté par les deux chambres soit nécessairement présenté à la Reine, mais pas que l'assentiment soit automatique.

<sup>60</sup> V. BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, *op. cit.*, p. 66 et suivante.

<sup>61</sup> W. BAGEHOT, *The English Constitution*, *op. cit.* p. 43.

<sup>62</sup> S. DE SMITH, R. BRAZIER, *Constitutional and Administrative Law*, 8<sup>ème</sup> éd, Londres: Penguin Books, 1998, p. 127.

<sup>63</sup> G. WINTERTON, « The Constitutional Position of Australian State Governors », dans H. P. LEE et G. WINTERTON (dir), *Australian Constitutional Perspectives*, Nouvelle Galles du Sud, Law Book Co, 1992, p. 274 à 335.

par l'administration fédérale dans le cadre de la promulgation de la loi<sup>64</sup> ». Cette analyse est d'ailleurs suivie par une majorité de commentateurs<sup>65</sup>.

Pourtant, sous couvert de précédents stables, cette évidence est apparue plus discutable dans les dominions, nourrissant ainsi le débat sur les contours exacts de cette règle<sup>66</sup>.

Réduire la question de la promulgation de la loi à un simple enregistrement de la décision d'un gouvernement semble peu satisfaisant. Il semblerait plus pertinent de souligner que les gouverneurs ou la Couronne reçoivent l'avis de l'organe législatif. Cette lecture ne saurait heurter les approches les plus classiques de l'assentiment royal, tant l'influence du cabinet est déterminante dans l'exercice de la fonction législative. Le gouvernement perdrait en cohérence en proposant le veto contre un texte dont il aurait lui-même supervisé l'adoption<sup>67</sup>. L'avis du gouvernement serait alors « neutre ». Anne Twomey souligne que l'avis du gouvernement est considéré comme *implicite*. Cette neutralité du cabinet confirme l'idée que la Couronne ou ses représentants reçoivent l'avis du Parlement<sup>68</sup>. David McCaughey, ancien gouverneur de l'Etat de Victoria<sup>69</sup> précise : « lors de la signature d'un texte, le Gouverneur n'agit pas sur la recommandation de son Premier ministre mais sur celle du greffier du Parlement. Il

---

<sup>64</sup> J QUICK, RR GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, 1901, Londres, The Australian Book Company, p. 386 et suivantes.

<sup>65</sup> Voir notamment I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, Londres, Anthem Press, 2014, p. 190.

<sup>66</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions the Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 2014, p. 70 et suivantes.

<sup>67</sup> Cette analyse est vraie dans le cas des *public bills* (projet de loi), notamment. La menace de veto est généralement utilisée pour les *private bills* (proposition de loi). Voir R BRAZIER, *Constitutional Practice*, 3<sup>ème</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 193 ou A. W. BRADLEY, K. D. EWING et C. J. S. KNIGHT, *The Constitutional and Administrative Law*, 16<sup>ème</sup> éd., Harlow, Pearson, 2015, p. 207.

<sup>68</sup> A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », art. cit., ou A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Sydney, Federation Press, 2004, p. 223.

<sup>69</sup> Un tempérament toutefois : la clause 3 de la Lettre Patente adoptée le 30 avril 1986 dispose que, dans toute matière qui ne soit pas exercée en Conseil, le Premier ministre conseille le Gouverneur. Cette idée sera formalisée plus largement dans l'article 87E du *Victoria Constitution Act 1975* (ajouté en 1994) : « dans toutes matières pour lesquelles le Gouverneur est tenu par la loi ou par une convention constitutionnelle établie d'agir en accord avec les recommandations [qui lui sont adressées] (a) il est conseillé par le Conseil exécutif dans toutes les matières pour lesquelles il est tenu d'agir en Conseil ; (b) pour toutes autres matières, il revient au Premier [ministre] de lui donner un avis ».

John Waugh relève que depuis 1986, seul le Premier ministre conseille le Gouverneur s'agissant de la promulgation (J WAUGH, « Government Control of Royal Assent in Victoria », *Constitutional Law and Policy Review*, vol.8, n°4, 2006, p. 69 à 74). Cet avis est adressé au Vice-roi sur la base d'une analyse de la légalité par le Ministre de la justice (cette pratique est formalisée dans le *Victorian Executive Council Handbook*, Melbourne, Department of Premier and Cabinet, 1997, p. 29). Dans l'Etat de Victoria, il n'y a donc pas de place pour l'avis des chambres dans le cadre de la promulgation de la loi. Celui-ci reste toutefois implicite.

*s'agit de promulguer la loi du pays adoptée par le Parlement. [...] En apposant sa signature sur un texte présenté devant lui, le Gouverneur ne se limite pas à renforcer le pouvoir du gouvernement au pouvoir. Il reconnaît pleinement l'autorité du Parlement<sup>70</sup> ».*

Le point 28 des résolutions adoptées à Adélaïde en 1983 prévoit, sans grande rupture, « *que le Gouverneur-général exerce le pouvoir prévu à l'article 58 [sanction royale] lui permettant de réserver un texte au plaisir de la Reine ou de demander une seconde délibération à la chambre à l'origine du texte, avec les recommandations du ministre de la justice. Sous réserve de la présente procédure, le Gouverneur-général promulgue tous les textes de loi votés par les deux chambres du Parlement<sup>71</sup> ».* Cette formulation se rapproche de ce que l'on peut trouver dans certains Etats australiens où le président de la Chambre doit établir un certificat préalablement à la promulgation de la loi. En effet, dans le cadre de cette procédure, le ministre de la Justice n'exerce qu'un contrôle procédural et ce n'est pas le gouvernement dans sa totalité qui était censé conseiller le gouverneur-général.

Les *standing orders*, comme les Constitutions de l'Australie<sup>72</sup>, des Etats<sup>73</sup> de Nouvelle-Galles du Sud, du Queensland, de la Tasmanie et de l'Australie-Occidentale prévoient que les textes votés par les chambres sont directement adressés au

---

<sup>70</sup> J. D. MCCAUGHEY, *The Crown at State Level*, Hugo Wolfsohn Memorial Lecture, La Trobe University, Octobre 1993.

<sup>71</sup> Point 28 des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne de Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, reproduit dans I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, Londres, Anthem Press, 2014, p. 312.

<sup>72</sup> L'article 58 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900 dispose qu'un texte est soumis à la sanction après avoir été adopté par les deux chambres. Idée confirmée par le point 175, p. 73 des *standing Orders* de la Chambre des représentants, 2016.

<sup>73</sup> Une exception, l'article 25 du *Australian Capital Territory (Self-Government) Act* 1988 dispose que le Président de l'Assemblée adresse le texte au Ministre en chef. On trouve le même procédé en Papouasie Nouvelle-Guinée (article 110 de la Constitution de l'Etat Indépendant de Papouasie Nouvelle-Guinée 1975), le Nauru (article 47 de la Constitution de 1968) ou encore le Sri Lanka (article 80 de la Constitution de la République socialiste démocratique du Sri Lanka).

gouverneur<sup>74</sup>, via les agents du Parlement<sup>75</sup>. Le gouverneur demeure une composante du Parlement<sup>76</sup>. Sur le fondement de cette analyse, les présidents des Conseils Législatifs de l'Australie Occidentale en 1991 et de Nouvelle Galles du Sud en 1989 (lors de l'adoption du *Standard Time (Amendment) Bill* 1988) ont admis que, dans le cadre de la promulgation de la loi, la Couronne reçoit un avis de l'organe législatif<sup>77</sup>.

Lors de l'adoption du *Parliamentary Remuneration (Non-Monetary Benefits) Amendment Bill* de 2004 (Australie Méridionale), le président de l'Assemblée législative s'opposa au refus de promulgation proposé par le Premier ministre au gouverneur. Le président de la chambre insista sur le fait que le texte avait été adopté selon une procédure législative régulière par l'organe investi par le peuple<sup>78</sup>.

S'agissant du Canada, l'article 91 de la Constitution dispose qu'« *il sera loisible à la Reine, avec l'avis et le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada...<sup>79</sup>* ». La formulation adoptée ici confirme à la fois l'idée que la Couronne est une partie

---

<sup>74</sup> Pour la Nouvelle Galles du Sud, le *Standing Order 239* (disponible sur le site internet de l'Assemblée Législative de Nouvelle Galles du Sud, <http://www.legislation.nsw.gov.au/inforce/d644b8b3-b626-c02b-cfc0-db2b7cfc70f1/1902-32.pdf>) donne le cheminement de la procédure de la sanction.

Dans le même sens, l'article 8(A) du *New South Wales Constitution Act* 1902 dispose que « tout projet de loi doit être présenté pour promulgation après avoir été adopté par les deux chambres du Parlement ».

Par ailleurs, l'article 2(A)2 du *Queensland Constitution Act* 1867 dispose que tous les projets de lois, après avoir été adoptés par l'Assemblée Législative, doivent être adressés au Gouverneur. De même, le point 167 (Chapitre 28) des *standing orders and Orders of the Legislative Assembly*, Legislative Assembly of Queensland, Brisbane, 2014, p. 37.

Par contraste avec les exemples précédemment cités, l'article 17(1) du *Tasmania Constitution Act* 1934 prévoit explicitement que la procédure de la sanction royale doit être prévue par le règlement des assemblées.

Le point 287 des *standing orders* de l'Etat de Tasmanie prévoit que le Président du Conseil Législatif adresse le texte au Gouverneur, *Standing and Sessional Orders and Rules*, House of Assembly, Tasmanie, 2016.

<sup>75</sup> E. CAMPBELL, « Royal Assent to Bills », *Public Law Review*, vol. 14, 2003, p. 9 à 17 (p. 10) ou K. MURRAY, « Royal Assent in Victoria », *Australasian Parliamentary Review*, vol. 23, 2008, p. 41 à 65 (p. 42).

<sup>76</sup> On relèvera l'exception article 4 du *South Australia Constitution Act* 1934 : « *il sera établi un Conseil Législatif et une Chambre de l'Assemblée qui seront dénommés le Parlement de l'Australie Méridionale* ». La Couronne n'est pas mentionnée. Pour une analyse voir, G. LINDELL, « Royal Assent to South Australia Legislation », *Public Law Review*, vol.14, n°3, 2003, p.137 à 139.

Le Territoire de la Capitale Australienne a abrogé l'obligation de la sanction royale. En effet, l'article 28 du *Legislation Act* 2001 (*Australian Capital Territory*) dispose que la promulgation de la loi incombe au Président de l'Assemblée législative. En effet, l'article 28(1) du *Legislation Act* 2001 impose une obligation au Président de la chambre. Ce dernier est tenu d'informer les services du Parlement de la promulgation. Il s'agit, ici, d'une compétence liée.

<sup>77</sup> Cité dans A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », art. cit. Voir également A TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », *Australasian Parliamentary Review*, vol.30, n°2, 2015, p.31-47.

<sup>78</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 195.

<sup>79</sup> Cette formulation n'est pas unanime. Ainsi, le Québec a adopté la formulation « *le Parlement du Québec décrète ce qui suit* ». On trouve une formulation similaire en Australie à partir de 1990 (« *le Parlement de l'Australie décrète* »). Pour un exemple particulier voir G LINDELL, « Assent or refusal to assent to legislation – on whose advice ? », art. cit, p. 133.

intégrante de la fonction législative<sup>80</sup> et l'idée suivant laquelle l'avis émane de l'organe législatif par l'adoption du texte<sup>81</sup>. Par ailleurs, l'article 56 du bill C-60 de 1978 prévoit que « *le Parlement du Canada est composé du Gouverneur-général du Canada, de la Chambre de la Fédération et de la Chambre des communes*<sup>82</sup> ».

Dans le même sens, Alpheus Todd, relève un exemple néozélandais de 1877. Le Premier ministre Grey recommande au gouverneur-général, le Marquis de Normanby, de ne pas promulguer le *land act* adopté par les deux chambres du Parlement. Le gouverneur-général rejette la recommandation de son gouvernement considérant qu'il appartenait à ce dernier de faire valoir son opposition au texte durant la procédure législative<sup>83</sup>. Au contraire, Arthur Berriedale Keith souligne, sans grande conviction, que le gouverneur est conseillé par les ministres. Cette logique de conseil suppose qu'il peut rejeter l'avis et tenter de s'entourer de conseillers qui lui remettraient un avis davantage en accord avec ses vues<sup>84</sup>. Cette anecdote confirme cette idée. Toutefois, il convient de préciser que le gouverneur-général de Nouvelle-Zélande n'a jamais fait usage de son veto<sup>85</sup>. En effet, le Marquis de Normanby a fait marche arrière.

Cette absence d'usage du veto a conduit le légi-constituant néozélandais à réfléchir à l'abrogation du *royal assent* au moment des débats sur l'adoption du *Constitution Act 1986*. Toutefois, la prérogative a été sauvée des eaux<sup>86</sup>, car considérée comme une garantie contre les abus du gouvernement. Ces abus sont davantage possibles dans le contexte du monocamérisme néozélandais.

---

<sup>80</sup> *Re Initiative and Referendum Act* [1919] Appeal Court 935 (p. 943) ou *Gallant v The King* [1949], *Dominion Law Reports*, 1949, vol. 2, p. 430.

<sup>81</sup> R. DUSSAULT, « Legislative Limitations On The Courts' Power To Review Administrative Action In Quebec », *McGill Law Journal*, vol. 13, n°1, p. 23 à 80.

<sup>82</sup> Article 56 du bill C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines* du 20 juin 1978.

<sup>83</sup> A TODD, *Parliamentary Government in the British Colonies*, op. cit., p. 664-665 (il est intéressant de souligner que le Secrétaire aux colonies a considéré que le refus du Marquis de Normanby était tout à fait valable) ou J. E. MARTIN, « Refusal of Assent – A Hidden Element of Constitutional History in New Zealand », art. cit.

<sup>84</sup> A. B. KEITH, *Responsible Government in the Dominions*, Tome 2, Oxford, Clarendon Press, 1912, p. 1007 et suivante.

<sup>85</sup> M. CHEN, G. PALMER, *Public Law in New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 163.

<sup>86</sup> D. J. SLIGHT, « Refusal of Assent – A Suicidal Safeguard? », *New Zealand Law Journal*, vol. 1987, 1987, 146 à 147, F. M. BROOKFIELD, « The Reconstituted Office of Governor-General », *New Zealand Law Journal*, vol. 1985, 1985, p.256 à 260.

Par ailleurs, le *Constitution Act* de 1852 reconnaissait au gouverneur-général la faculté de saisir le Parlement pour la deuxième délibération d'un texte<sup>87</sup>. Cet outil original était notamment utilisé durant la période coloniale, pour éviter la censure de la part de Londres. L'article 56 du *Constitution Act* 1852 apparaît comme la formalisation, en réalité, de l'un des « *trois droits de la Couronne britannique* ». La Couronne a l'obligation d'être silencieuse en public, mais elle a le devoir de faire entendre sa voix auprès de ses ministres. L'assentiment royal est souvent l'occasion – informelle<sup>88</sup> – pour le palais de se prononcer tant sur l'opportunité que sur le fond du texte<sup>89</sup>. En effet, la Couronne ou ses représentants ne font jamais valoir leur point de vue en public.

Ce lien direct entre le Parlement et le Palais d'une part, et également le rôle actif de la Couronne ou de ses représentants d'autre part, sont toutefois contestés par Ian Killey qui considère que ce raisonnement est contraire « *à la position établie suivant laquelle lorsque le Gouverneur exerce ses prérogatives sur le fondement d'un avis, cet avis émane toujours des ministres*<sup>90</sup> ». A l'appui de sa démonstration, il évoque le raisonnement suivi dans la décision *Kirmani v. Captrain Cook Cruises*<sup>91</sup>. Dans cette décision, le juge Dawson se fonde sur l'usage de la sanction royale en Angleterre en soulignant que « *la Reine agit sur les recommandations du Gouvernement* » ; pour autant, il ajoute que « *cette prérogative est une composante de la fonction législative*<sup>92</sup> ». Ainsi, il apparaît que le juge Dawson ne tranche pas réellement la question comme semble le souhaite Ian Killey<sup>93</sup>.

Dans l'exercice de la sanction royale, le gouverneur-général suivra les recommandations des représentants du peuple. L'avis du cabinet est considéré comme

---

<sup>87</sup> Article 56 du *Constitution Act* 1852 (Nouvelle-Zélande).

<sup>88</sup> W. HEARN, *The Government of England*, 2<sup>ème</sup> éd, Londres, Longmans, Green and Co, 1887, p.63. L'auteur souligne que malgré l'affaiblissement du pouvoir royal au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, la Reine est toujours en mesure d'influencer le Premier ministre en matière législative.

<sup>89</sup> R. BRAZIER, « Royal Assent to Legislation », art. cit., p. 198-199.

<sup>90</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 190.

<sup>91</sup> *Kirmani v. Captain Cook Cruises Pty Ltd* (1985), *Commonwealth Law Reports*, vol.159, p.351 et suivantes.

<sup>92</sup> *Kirmani v. Captain Cook Cruises Pty Ltd* (1985) 159 *Commonwealth Law Reports*, vol. 159, p. 455.

<sup>93</sup> I KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, loc cit.

« *implicite* ». Le Juge Zelling, dans la décision *West Lakes v. South Australia*, souligne que « *la convention commande qu'un texte adopté par les deux chambres du Parlement reçoive la sanction royale*<sup>94</sup> ». On peut y voir ici une référence indirecte à la célèbre décision de 1842 *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope*<sup>95</sup>, dans laquelle Lord Campbell définit le rôle du juge comme un rôle d'« *observateur* ». Le juge se borne à s'assurer que la loi a été adoptée par les deux chambres et a reçu l'assentiment royal.

Reconnaître la possibilité qu'un texte soit rejeté (sans que ce rejet émane du cabinet) sous-entendrait, de façon tout à la fois surprenante et contestable, que le chef de l'Etat irresponsable se substitue à la décision des représentants du peuple. Adam Tomkins souligne que le Monarque ne peut rejeter un texte que sur l'avis du Premier ministre<sup>96</sup>.

Le représentant de la Couronne ne refusera jamais de promulguer une loi de sa propre initiative<sup>97</sup>, sauf dans des circonstances de la plus extrême gravité, comme une violation de la Constitution. Il ne le fera que sur l'avis du gouvernement. Ces cas sont extrêmement rares en Australie, on relèvera deux rejets de la sanction dans l'Etat de Victoria, le *Oath of Office Bill 1857*<sup>98</sup> et le *Duration of Parliament Bill 1858*<sup>99</sup> et plusieurs cas de report de la promulgation, toujours exercés sur l'avis du gouvernement<sup>100</sup>. Au Canada, Saywell relève 27 cas de refus de promulgation sur la base de l'avis du cabinet<sup>101</sup>.

---

<sup>94</sup> *West Lakes v. South Australia*, *South Australia State Reports*, 1980, vol. 25, p.389.

<sup>95</sup> *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope* (1842), United Kingdom House of Lords, p. 710.

<sup>96</sup> A. TOMLINS, *Public Law*, Oxford, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 63 et suivantes.

<sup>97</sup> A ce titre le Canada présente un exemple très particulier. En effet, les Lieutenant-Gouverneurs exerçaient une forme de pouvoir discrétionnaire jusqu'en 1887, devenue plus rare jusqu'en 1961, dans le cas de la province du Saskatchewan ou encore en 1950 pour la province de Alberta. Soulignons enfin que la province de la Colombie Britannique prévoit un mécanisme qui permet au Lieutenant-gouverneur de requérir une deuxième délibération. Pour une étude de la question au Canada Andrew Heard, dans *Canadian Constitutional Conventions – The Marriage of Law and Politics*, *op. cit.* p. 71.

<sup>98</sup> Après quelques modifications, le *Oath of Office Act* sera promulgué le 27 janvier 1858 (des modifications furent adoptées notamment dans le préambule), cité dans G. TAYLOR, « Two Refusals of Royal Assent in Victoria », *Sydney Law Review*, vol. 29, 2007, p. 85-130, (p. 104).

<sup>99</sup> G. TAYLOR, « Two Refusals of Royal Assent in Victoria », *art cit.*

<sup>100</sup> J WAUGH, « Government Control of Royal Assent in Victoria », *art. cit.*

<sup>101</sup> J. T. SAYWELL, *The Office of Lieutenant-Governor, A Study in Canadian Government and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1957, p.221

Nous le verrons, la question de la réserve et du désaveu ont fait davantage l'objet de contentieux<sup>102</sup>.

L'objet du développement qui s'achève visait à revenir sur les fondements de la règle de la sanction royale. A ce titre, il était essentiel d'exposer les origines et les évolutions de la règle. L'intérêt réside également dans le mécanisme de transposition et bien souvent de transposition à l'œuvre dans les dominions. Les exercices de formalisation dans les dominions démontrent l'attachement à la constitution britannique d'un point de vue formel. S'agissant de la constitution matérielle, sa consolidation pratique a mis, comme nous avons tenté de le démontrer, davantage de temps que dans la métropole. Les usages sont, dans les dominions, moins figés. Cette dernière idée témoigne de la l'absence d'homogénéité entre ces ordres constitutionnels. La Constitution britannique, dans une certaine mesure ne fait plus modèle.

### B – La survie discutable du veto royal

La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si un gouvernement pouvait, pour des raisons d'opportunité<sup>103</sup> ou à cause d'un changement de politique, recommander l'usage du veto. De nombreux de commentateurs soulignent que les gouverneurs et gouverneurs-généraux seraient tenus de promulguer un texte, contre l'avis du gouvernement<sup>104</sup>. Cela n'est pas sans rappeler la rigueur de Lord Normanby ou la prudence dont a fait preuve le gouvernement de l'Australie Méridionale en 1858 lors de l'adoption du *Real Property Act*, alors que le veto était envisagé. Pour éviter une crispation entre les organes, il est apparu préférable de reporter l'entrée en vigueur d'un texte, le temps d'apporter d'éventuelles modifications<sup>105</sup>. On peut également

---

<sup>102</sup> Voir notamment les événements de 1950, décrits par Andrew Heard, dans *Canadian Constitutional Conventions*, *loc cit*, ou D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, Toronto, Dundurn, 2013, p. 115 et suivantes ou T KAHANA, « Canada », in D OLIVER, C FUSARO (dir.), *How Constitutions Change, A Comparative Study*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 9 à 40 (p.14 et suivantes).

<sup>103</sup> Voir l'exemple du *Police Offences (Trap-Shooting) Bill* de décembre 1958 dont la promulgation fut repoussée pour des raisons d'opportunité, cité dans A. TWOMEY, R. A. TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », art. cit., p. 45.

<sup>104</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions*, *op cit*, p. 72, A TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », art. cit.

<sup>105</sup> J. WAUGH, « Government Control of Royal Assent in Victoria », art. cit., concernant le *Racing and Gambling Acts (Amendment) Bill* 2005 adopté par le Parlement de l'Etat de Victoria.

évoquer le projet de loi visant à organiser la vente de médicaments et d'alcools de 1898 ou le *Street Railways Bill de 1894* dans la province de l'Ontario<sup>106</sup>. Richard Hanson, Premier ministre de l'Australie Méridionale, souligne que « *le gouvernement doit généralement être de l'avis du Parlement et ne pas s'opposer à la promulgation d'une loi. Pour autant, il pourrait recommander un veto si le fondement de la loi viole des règles constitutionnelles, ou si les inconvénients nés de l'adoption du texte sont d'une importance certaine. Dans ce cas, le gouvernement devrait faire appel au peuple pour appuyer ce refus*<sup>107</sup> ».

L'adoption du *Standard Time (Amendment) Bill* en 1988 dans l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud en est un bon exemple. En effet, le gouvernement recommanda la suspension de la promulgation avant de revenir sur sa décision, car l'adoption du texte nécessitait une adaptation notamment dans les services des transports. Le président de l'assemblée s'était opposé à ce délai en faisant valoir une violation de l'esprit du régime de Westminster<sup>108</sup>. Le professeur Winterton affirme, devant le Parlement de l'Australie Occidentale, « *que le Premier ministre [d'un Etat] ou le Premier ministre [du Commonwealth], ne devrait pas être autorisé à recommander au Gouverneur ou au Gouverneur-général de ne pas promulguer un texte. Lorsqu'un projet est adopté par les deux chambres du Parlement, il doit nécessairement devenir une loi. Le gouvernement ne devrait pas être en mesure de poser une nouvelle fois, un veto, alors même qu'il fut mis en minorité lors des débats au Parlement* »<sup>109</sup>.

Dans le même sens, le gouverneur-général serait fondé à promulguer une loi contre l'avis d'un gouvernement nouvellement formé<sup>110</sup>. Andrew Heard précise, de façon mesurée, qu'il incombera au gouverneur-général de faire la part des choses entre la volonté de son gouvernement et la volonté du représentant du peuple. Il prend soin

---

On notera également le cas du *Standard Time (Amendment) Bill* 1988, adopté par le Parlement de Nouvelle-Galles du Sud et dont le contenu fut finalement modifié pour en reporter l'entrée en vigueur.

<sup>106</sup> A. TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », art. cit., p. 43.

<sup>107</sup> South Australia, *Parliamentary Papers*, 51/1858, p. 3.

<sup>108</sup> A. TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », *loc cit.*

<sup>109</sup> Audition du Professeur Georges Winterton devant la *commission on government*, Parlement de l'Australie Occidentale, rapport n°5, 1996, app. 2, p. 118.

<sup>110</sup> Le *Mortgage Taxation Bill* 1932 en Nouvelle Galles du Sud fut adopté par les deux chambres, quelques jours avant la dissolution du Parlement. Cité dans I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 194.

de rappeler qu'il serait plus convenable et moins préjudiciable pour le Parlement de suivre l'avis de ses ministres<sup>111</sup>. Anne Twomey souligne, sur le fondement de la décision de la Haute Cour *Attorney General of Western Australia v. Marquet*<sup>112</sup>, qu'il convient de distinguer les textes en cours d'examen au moment de la dissolution, des textes adoptés par le Parlement et en attente de promulgation. Dans ce dernier cas, elle précise que les textes devront être promulgués et abrogés par le Parlement si cela s'avère nécessaire<sup>113</sup>.

Le gouvernement pourrait valablement recommander au représentant de la Couronne de ne pas promulguer un texte adopté par le Parlement, au terme d'une procédure irrégulière<sup>114</sup>. Cette idée était déjà admise en 1862 par les autorités britanniques, s'agissant de deux lois relatives aux élections du Parlement<sup>115</sup>, adoptées par l'Etat de l'Australie Méridionale.

En 1933, le Gouverneur de Nouvelle-Galles du Sud fut contraint de suspendre la promulgation de plusieurs textes, notamment pour irrégularité de la procédure. L'Avocat-général recommanda le report de la promulgation du *Constitution Amendment (Legislative Council) Bill 1932* et du *Constitution Further Amendment (Legislative Council Elections) Act 1932*, le temps d'organiser le référendum prévu à l'article 7(A) de la Constitution. La régularité du référendum fut contestée<sup>116</sup>. Finalement, le gouvernement britannique comme le juge<sup>117</sup> ont validé la procédure et conclu à l'inutilité de retarder la promulgation.

Dans l'Etat de Victoria, le *Duration of Parliament bill* échoua face à un veto en juin 1858 car il avait été adopté au terme d'une procédure irrégulière. Le texte en débat

---

<sup>111</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions – The Marriage of Law and Politics*, op. cit., p. 72.

<sup>112</sup> *Attorney General of Western Australia v Marquet* (2003), *Commonwealth Law Reports* vol. 217, 2003, p. 545.

<sup>113</sup> A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », *Public Law Review*, automne, 2006, p.580-602, (p.598).

<sup>114</sup> J. T. SAYWELL, *The Office of Lieutenant-Governor, A Study in Canadian Government and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1957, p. 222 relève plusieurs cas au Canada.

<sup>115</sup> Cité dans G. TAYLOR, « Two Refusals of Royal Assent in Victoria », op. cit., p. 125. Voir également J. WAUGH, « Is Victoria's Constitution Invalid? Rutledge v Victoria' on Opinions on High », *Blog de l'Université de Melbourne* (publié le 16 décembre 2013) <http://blogs.unimelb.edu.au/opinionsonhigh/2013/12/16/waugh-rutledge>

<sup>116</sup> *Doyle v Attorney General of New South Wales* (1933), *State reports (New South Wales)*, vol. 33, 1933, p.484.

<sup>117</sup> *Doyle v Attorney General of New South Wales* [1934] Appeal Court 511. Voir également A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, op. cit., p. 390.

visait à réduire la durée du mandat de l'Assemblée législative de cinq à trois ans. Or, l'article LX du *Constitution Act* de l'Etat de Victoria de 1855 dispose qu'il est illégal de présenter au gouverneur afin d'être promulgué, un texte portant modification de la composition du Conseil Législatif ou de l'Assemblée Législative ; à moins que ce texte n'ait été adopté lors des 2 et 3ème lectures à la majorité absolue des membres du Conseil législatif et de l'Assemblée législative. Cette formalisation revêt une forme de rigidité formelle limitée à cette seule disposition. Par ailleurs, l'article LXI prévoit également une exception : la majorité absolue n'est pas nécessaire pour les révisions portant sur le découpage électoral, les conditions d'éligibilité au sein de l'organe législatif ou le nombre de ses membres. Pour tenter de déroger à l'obligation du vote à la majorité absolue, le greffe de l'Assemblée législative tenta de démontrer qu'une telle révision n'entraînait pas dans les conditions de l'article LX. Devant une irrégularité aussi claire<sup>118</sup>, le gouverneur Barkly arriva à convaincre son cabinet d'opposer un veto au texte<sup>119</sup>. Un texte, adopté en application des dispositions de l'article LX du *Constitution Act*, fut finalement promulgué le 23 avril 1859.

Le débat qui entourait l'adoption du *Parliamentary Remuneration (Non-Monetary Benefits) Amendment Bill 2004*<sup>120</sup>, en Australie-Méridionale, a prolongé ce débat. Le Premier ministre de l'Etat, Mike Rann recommanda au gouverneur de retarder la promulgation du texte, le temps de s'assurer de la régularité de la procédure suivie. En effet, eu égard à la nature financière du texte, son adoption dépendait de la procédure particulière, prévue à la division 5 du *South Australia Constitution Act 1934*. Finalement, le gouvernement recommanda au Gouverneur de promulguer le texte, en soulignant que tout vice de procédure serait corrigé par l'adoption d'un nouveau texte. Lors de ce débat, le Président de la chambre s'opposa à l'argument du gouvernement, en rappelant que seul l'organe législatif disposait de cette faculté<sup>121</sup>. Ce dernier

---

<sup>118</sup> Charles Darling fut rappelé à l'ordre par les autorités britanniques pour ne pas s'être opposé à une loi adoptée au terme d'une procédure irrégulière en 1865.

<sup>119</sup> L'irrégularité de la procédure est notamment explicitée dans la déclaration de prorogation du 4 juin 1858, cité dans G. TAYLOR, « Two Refusals of Royal Assent in Victoria », art. cit., p. 128.

<sup>120</sup> L'objet de ce texte était de doter chaque parlementaire d'une voiture.

<sup>121</sup> A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », art. cit., p. 597.

condamnait la volonté affichée du Premier ministre d'imposer à la chambre un agenda législatif, sans consultation préalable.

La prudence et la neutralité des représentants de la Couronne sont au service d'une forme d'équilibre institutionnel afin de prévenir toutes crispations et difficultés politiques. *A fortiori*, un texte qui serait entaché d'une inconstitutionnalité pourrait justifier un tel refus. Cette difficulté fut soulevée en 1979<sup>122</sup>, lors des débats relatifs à l'adoption du *Privy Council Appeals Abolition Bill (New South Wales)*<sup>123</sup>. Lord Carrington, ministre des Affaires étrangères britannique, s'adressa au gouverneur en lui indiquant que, dans l'hypothèse où le texte serait adressé à la Reine, « *il serait de son devoir* » de recommander à la Couronne de refuser la promulgation. Ainsi, dans le cas d'une inconstitutionnalité patente, la promulgation pouvait valablement être rejetée<sup>124</sup>. Avec l'accord tacite des acteurs concernés, le texte ne fut jamais réellement adressé au gouverneur-général. Le texte fut oublié et resta à l'état de projet. Ce rejet implicite a évité au gouvernement, à la Couronne et à son représentant, les déconvenues de la publicité.

Dans le même sens, le professeur Philip Joseph souligne que la révision de la loi électorale néozélandaise de 1993 ne peut être réalisée que suivant une procédure particulière. Dès lors, il serait « *inconstitutionnel de présenter au gouverneur-général un projet de loi, adopté par le Parlement qui ne respecterait pas la procédure* ». Le représentant de la Couronne serait en droit de refuser la promulgation du texte. Il insiste toutefois sur la nécessité de préserver la neutralité de la Couronne en indiquant qu'en cas de violation de la procédure de révision, il serait plus opportun de retarder l'adoption du texte (en espérant sa modification) ou de saisir le juge, afin de constater l'irrégularité<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Pour une analyse détaillée voir A TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, *op. cit.*, p. 235 et suivantes (notamment p. 237).

<sup>123</sup> Texte visant à faire cesser les appels au Conseil privé de la Reine en dernier ressort.

<sup>124</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>125</sup> P JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*, *op. cit.*, p. 742.

Sauf cas évident, il est toujours préférable de corriger les erreurs d'un texte par l'adoption d'un nouveau texte<sup>126</sup>, ou de laisser une loi être censurée par le juge<sup>127</sup>. La logique de formalisation constitutionnelle dans les dominions, notamment en Australie et au Canada, a fait du juge le gardien de la légalité<sup>128</sup>. Cette démarche vise à laisser les organes arbitrer un éventuel manquement plutôt que de trancher directement. Un gouverneur-général préférera démissionner que de faire usage de son droit de veto<sup>129</sup>. La démission dans ce contexte vise à éviter de faire entrer la Couronne dans une situation impossible, à l'image de ce qui est arrivé en 1975 en Australie.

Confrontés au besoin de protéger la Couronne des contingences politiques, certains Etats<sup>130</sup> prévoient qu'un certificat (acte formel de validité remis par le ministre de la Justice ou le Président de la chambre basse) soit remis au gouverneur, préalablement à la promulgation. Cette procédure sert le double objectif consistant à rechercher la transparence dans la procédure législative d'une part, et à permettre d'autre part au gouverneur de justifier sa décision de promulguer ou au contraire de rejeter la promulgation d'une loi, d'autre part. La Couronne et ses représentants sont préservés et apparaissent ainsi comme un pouvoir quasi-neutre<sup>131</sup>, garant de l'équilibre

---

<sup>126</sup> Cas par exemple de l'adoption du *Parliamentary Remuneration (Restoration of Provisions) Amendment Act* de 2004. Cette loi de l'Etat d'Australie Méridionale visait à revenir sur les irrégularités du *Parliamentary Remuneration (Non-Monetary Benefits) Amendment Act* 2004. En Australie, en 1976 et 2001, deux lois furent promulguées sans avoir été adoptées par le Sénat (l'erreur ne fut découverte que plus tard). Finalement, le gouverneur-général retira son assentiment au premier texte, avant de l'accorder de nouveau au même texte régulièrement adopté, voir H. EVANS, R. LAING, *Odger's Australian Senate Practice* 13<sup>ème</sup> éd., Cambera, Department of the Senate, 2012, p. 369.

<sup>127</sup> Voir l'analyse de A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », *op. cit.*, p. 586. L'auteur souligne que le refus de la sanction royale sur le fondement d'une loi inconstitutionnelle serait une usurpation de la fonction du juge.

Dans le même sens, voir E CAMPBELL, « Royal Assent to Bills », *art. cit.*, p. 9.

Cas particulier en Australie, *McDonald v Cain* [1953] *Victoria Law Reports* 411, décision dans laquelle il fut enjoint au greffe de ne pas présenter un texte au Parlement pour des raisons de procédures irrégulières, voir également la décision *Trethowan v Peden* (1930) 31 *State Reports* (New South Wales) 183 et G. CARNEY, « An Overview of Manner and Form in Australia », *Queensland University of Technology Law Journal* vol. 5, 1989, p. 69 à 95.

<sup>128</sup> Cette idée est confirmée par l'Avocat-général de l'Australie en 1904 et confirmé par la décision *Clayton v. Heffron* (1960), *Commonwealth Law Reports* vol. 105, p. 214 (p. 235) « les fondateurs de la Constitution peuvent faire reposer la validité de la loi sur des faits, des événements ou considérations qu'ils estiment pertinents. S'ils entendent faire reposer cette validité sur une procédure devant être suivie par le Parlement, le juge doit en prendre connaissance afin d'être en mesure de déterminer la validité de ladite loi ».

Elle apparaîtra avec la décision *R (Jackson) v. Attorney-General* [2005] United Kingdom House of Lords, p.56 et *R (Jackson) v. Attorney-General* [2006] Appeal Case, p.262. Voir également T. GUILLUY, « Le Parliament Act de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson », *Jus Politicum*, n°6, décembre 2011.

A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », *art. cit.*

<sup>129</sup> Voir sur cette question, M. Hardie Boys (ancien gouverneur-général de la Nouvelle-Zélande), Discours devant la Public Law Class, College House, Christchurch, 10 septembre, 1997, <https://gg.govt.nz/node/467>.

<sup>130</sup> Voir par exemple J. WAUGH, « Government Control of Royal Assent in Victoria », *art. cit.*, p. 71 ou A. TWOMEY, « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », *art. cit.*

<sup>131</sup> B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997 (réédition), p. 324. Dicey a pu souligner que l'usage du veto est un moyen de protéger la constitution (il donne l'exemple de principes moraux), A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>ème</sup> Londres, Macmillan, 1915, p. 308 et suivantes.

institutionnel, qui n'agira que dans de situations exceptionnelles. Les chefs de l'exécutif ne rompent avec la neutralité attendue qu'en cas de risque pour l'équilibre institutionnel ou en cas de violation de l'ordre constitutionnel. Arthur Keith souligne que le rôle essentiel de la Couronne dans la métropole et de ses représentants dans les dominions par-delà les mers est de préserver l'équilibre institutionnel, la survie et le maintien de l'ordre constitutionnel, sans rompre avec une neutralité politique<sup>132</sup>. A ce titre, la Couronne pourrait agir pour préserver les fondements démocratiques<sup>133</sup> et parlementaires du système de gouvernement. La Couronne se révèle comme le gardien vigilant de la Constitution<sup>134</sup>. En effet, Anne Twomey souligne que le Monarque ou ses représentants dans les dominions sont les gardiens de la Constitution, de la volonté du peuple et également de la légalité et de la probité<sup>135</sup>.

Geoffrey Marshall identifie classiquement deux catégories de textes auxquels la promulgation pourrait être refusée. Il s'agirait d'une part, de textes visant à abroger ou à modifier le régime des élections générales<sup>136</sup> et d'autre part, des textes visant à prolonger plus que de raison la durée de vie d'un Parlement<sup>137</sup>. On peut également penser à l'adoption d'un texte visant à affaiblir la place et le rôle de l'opposition<sup>138</sup> ou à dénaturer les caractéristiques essentielles du régime politique. Pour justifier un tel refus, ces changements majeurs doivent s'inscrire en dehors de tout programme

---

<sup>132</sup> A. B. KEITH, *The Sovereignty of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1929, p. 79.

<sup>133</sup> I. JENNINGS, *Cabinet Government*, op. cit., p. 412.

<sup>134</sup> B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, op. cit., p. 327.

<sup>135</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre – Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, Cambridge University Press, 2018, p. 692, notamment.

<sup>136</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions the Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 26-7 et R. BRAZIER, *Constitutional Practice, The Foundation of British Government*, 3<sup>ème</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 194-5.

<sup>137</sup> Le Juge Hope dans la décision *Rex ex rel. Tolfree v. Clark et al.* [1943] *Ontario Reports* 319 (p. 331) souligne que « [...] Des circonstances exceptionnelles, comme la guerre, peuvent parfois voir le jour. Ces circonstances rendraient l'organisation d'élections temporairement imprudente. Ainsi, le prolongement de la durée de l'Assemblée deviendrait temporairement non seulement désirable pour l'intérêt général, mais vital ».

De telles circonstances eurent lieu en Ontario et dans la province du Saskatchewan en 1943 ou encore en Angleterre pendant les Premières et Deuxième Guerres Mondiales (voir E. FORSEY, « Extension of Life of Legislature », *Revue Canadienne d'Economie et de Science Politique*, vol. 26, n°4, p. 604 à 616).

Il est également intéressant de souligner que le *Septennial Act* de 1716 (adopté en remplacement du *Triennial Act* de 1694) fut adopté à la suite de la Rébellion Jacobite en vue de préserver le peuple d'une élection. Cette mesure était justifiée par « le sens de l'Etat et d'opportunité », cité dans A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 7.

Soulignons également que le *British North America Act no2*, repris dans la Charte des droits et libertés, dispose que « le mandat de la Chambre des communes ou celui d'une assemblée législative peut être prolongé, respectivement par le Parlement ou par la législature en question, au-delà de cinq ans en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, pourvu que cette prolongation ne fasse pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés de la Chambre des communes ou de l'Assemblée Législative ».

<sup>138</sup> R. CHEFFINS, R. N. TUCKER, *Constitutional Process in Canada*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1976, p. 82.

politique ou enjeu électoral. En effet, à l'exception des Constitutions du Canada<sup>139</sup>, de l'Australie<sup>140</sup>, ou de l'Etat de Victoria<sup>141</sup> qui prévoient une procédure particulière pour modifier les dispositions relatives à l'organe législatif : seul le veto royal pourrait se dresser contre une violation de la constitution<sup>142</sup>. Le juge Hope rappelle, lors de l'examen du *Legislative Assembly Extension Act 1942*, « [qu] *il ne faut pas négliger que la prérogative de réserve et le pouvoir conféré au lieutenant-gouverneur dans la loi de 1942 [...] demeurent des moyens de s'opposer à toute extension de la durée de la législature qui ne serait pas justifiée, ou de refuser la promulgation, par le biais de la sanction royale* <sup>143</sup> ».

En vertu de la « *théorie du mandat* », si de tels changements venaient à être validés par le peuple : il ne paraîtrait pas concevable que la Couronne s'oppose à une expression aussi claire et précise de la volonté de celui-ci<sup>144</sup>. En effet, Evatt souligne qu'il incombe au gouverneur de préserver la volonté du peuple, dès lors qu'une loi visant à étendre sans raison la durée du Parlement « *apparaît comme une grave menace pour un gouvernement démocratique [...], une tentative pour priver les électeurs de leur faculté de contrôler la législature [...], une tentative imprudente de détourner sa volonté, par un coup d'Etat en forme de loi*<sup>145</sup> ». Pour lui, « *un prolongement non*

---

<sup>139</sup> L'adoption du *Constitution Act 1982* (Canada) a permis l'insertion dans la Constitution de la partie V de la Charte canadienne des droits et libertés relative à la révision de la Constitution.

<sup>140</sup> Article 128 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*.

<sup>141</sup> Article 18 du *Victoria Constitution Act 1975*.

<sup>142</sup> Un exemple de cela figure dans l'adoption du *Finance Act 1932* de Nouvelle-Zélande. L'article 35 de loi visait à prolonger l'existence du Parlement pour un an, sans qu'un veto ne fût opposé. Voir H. F. VON HAAST, « The Duration of Parliament », *New Zealand Law Journal*, vol.1934, 1934, p. 163 à 167.

<sup>143</sup> *Rex ex rel. Tolfree v. Clark et al.* [1943] *Ontario Reports* 319 (p. 330 et 331).

<sup>144</sup> *A contrario*, si une réforme d'une telle envergure survenait en cours de mandat sans avoir été soumise à l'électorat, à la suite d'une élection générale ou d'une dissolution, on pourrait valablement penser que la Couronne soit en droit de ne pas promulguer une telle réforme.

Certains auteurs défendent l'idée qu'une période de grande instabilité ministérielle pourrait justifier un refus de promulgation. Francis Bennion identifie la situation de « *quasi-révolution* » comme un exemple valable.

Dans le même sens, la crise Malaisienne de 1983 en est un bon exemple. Le Roi a refusé de promulguer une loi visant à restreindre la sanction royale et la rendre automatique passé un délai de 15 jours : cette mesure visait à renforcer le pouvoir du Premier ministre Mahathir ibn Mohamad. Finalement, la révision porta le délai à 30 jours (article 66(4) de la Constitution de Malaisie) avec la garantie verbale donnée par le Roi que l'assentiment ne serait jamais refusé. Voir D. A. JOHNSON, A. MILNER, « Westminster Implanted : the Malaysian Experience », dans H. PATAPAN, J. WANNA, P. WELLER (dir.), *Westminster Legacies Democracy and Responsible Government in Asia and the Pacific*, Sydney, University of New South Wales Press Book, 2005, p. 81 à 106, (p. 100) et suivantes. Voir également H. P. LEE, « The Malaysian Constitutional Crisis: King, Rulers and Royal Assent », *Lawasia*, vol.3, 1984, p.22-44, également, H. P. LEE, *Constitutional conflicts in Contemporary Malaysia*, 2<sup>ème</sup> éd, 2017, Oxford, Oxford University Press, p. 31 à 50, ou H. F. RAWLINGS, « The Malaysian Constitutional Crisis of 1983 », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n°2, 1986, p. 237 à 254.

<sup>145</sup> H. V. EVATT, *The king and his Dominion Governors, A study of the Reserve Powers of the Crown in Great Britain and the Dominions*, 1967, Londres, Franck Cass & Co Ltd, 1967, p. 200.

*justifié de la durée du Parlement serait un moyen pour le gouvernement de se maintenir au pouvoir, en évitant les risques d'une éventuelle défaite électorale*<sup>146</sup> ».

Un dernier exemple tout à fait singulier est celui du refus opposé par Gerald Strickland, Gouverneur de la Nouvelle Galles du Sud en 1916 à la promulgation d'un texte visant à prolonger la durée du Parlement. Afin d'appuyer son veto, il chercha le concours du *Colonial Office* qui rejeta son analyse et lui ordonna de signer le texte<sup>147</sup>.

Il convient de tirer une première conclusion de cette analyse de l'avis donné au gouverneur-général, dans l'exercice de ses prérogatives. Le chef de l'Etat est tenu d'exercer ses prérogatives en suivant l'avis du cabinet ou du parlement, deux organes responsables. Dans des circonstances normales, le cabinet, conseiller classique de la Couronne exercera un avis implicite<sup>148</sup>, qui s'effacera pour faire place au Parlement, incarnation de l'idée suivant laquelle la Couronne est une partie intégrante de l'organe législatif. Colin Munro souligne que la règle est, en réalité, mal formulée : la formulation suivant laquelle la Reine est tenue de promulguer un texte adopté régulièrement est impropre. Il est plus pertinent de souligner que la Reine ne peut refuser de promulguer un texte sauf si les ministres le lui conseillent<sup>149</sup>. L'avis sera dès lors rejeté. Par ailleurs, nous l'avons démontré, la règle n'est pas que la Couronne promulgue automatiquement la loi<sup>150</sup>. Il existe une marge de manœuvre qui dépasse le simple cadre de la promulgation. Le représentant de la Couronne est l'ultime gardien de la constitution. Ainsi, l'avis, outil de limitation du monarque à l'origine, est devenu progressivement un outil de limitation de la majorité, donc du cabinet<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> H. V. EVATT, *The king and his Dominion Governors*, op. cit. p. 287 et suivantes.

<sup>147</sup> L'opposition du Gouverneur Strickland (entre autres pour cet épisode) conduit à son renvoi en avril 1917. Voir A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, op. cit., p. 641. Voir également A. TWOMEY, *The Chameleon Crown, The Queen and Her Australian Governors*, op. cit., p. 57 et suivantes, H. V. EVATT, *The king and his Dominion Governors*, op. cit., p. 146 et suivantes ou la démission disgracieuse de John Kerr en 1977.

Ian Killely souligne que la promulgation de ce texte servait les intérêts de l'Angleterre qui souhaitait éviter une campagne électorale dont l'enjeu aurait été la conscription, I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 180.

<sup>148</sup> A l'exception peut-être de la remise du certificat.

<sup>149</sup> C. R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, Londres, Butterworths, 1987, p. 56.

<sup>150</sup> R. J. VAN LOON, M. S. WHITTINGTON, *The Canadian Political System*, 3<sup>ème</sup> éd, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1981, p. 174.

<sup>151</sup> S. A. DE SMITH, *The New Commonwealth and its Constitutions*, 1964, Londres: Stevens & Sons, p. 68.

Il est intéressant de souligner, dans le prolongement de ce constat d'une part, que le Canada en 2008 a réfléchi à une réforme afin de simplifier et de rendre plus automatique la procédure de l'assentiment<sup>152</sup> et d'autre part, que les trois projets de formalisation constitutionnelle au Royaume-Uni de 2014 contiennent chacun des dispositions relatives à l'assentiment royal. Ces projets présentent notamment une disposition qui souligne que le Monarque doit donner son assentiment à la loi, à moins que les ministres n'aient émis l'avis contraire<sup>153</sup>.

A la question de l'assentiment royal, commune à l'Angleterre et ses dominions, se superposent celles du droit de réserve et de désaveu, exercées par les représentants de la Couronne (au nom de Buckingham), afin de contrôler l'exercice de la fonction législative et d'assurer le respect des intérêts de l'Empire.

Codifiées dans les *Constitution Acts*, ces prérogatives ont très vite fait l'objet d'une interprétation restrictive pour finalement tomber en désuétude. Toutefois, l'exercice de ces prérogatives contribue à nourrir la réflexion d'ensemble, tant sur la place du représentant de la Couronne que sur celle de la prérogative royale.

## **Sous-section 2 - Les prérogatives de réserve et de désaveu, vestiges de l'Empire**

L'esprit du Commonwealth commande que les intérêts de l'Empire soient toujours préservés. Afin d'assurer cette garantie, les constitutions des dominions prévoient que les gouverneurs disposent de la faculté de « *réserver un texte à la sanction de la Reine*<sup>154</sup> ». Cette prérogative, exercée sur les recommandations du

---

<sup>152</sup> J. J. RICHARDSON, « La modernisation de la sanction royale au Canada », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 27, 2004, p. 34 à 38.

<sup>153</sup> *House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, A New Magna Carta ?*, 10 juillet 2014, *House of Commons* 463, point 9, *Constitutional Code* ou le point 10(a) du projet de *Constitutional Consolidation Act*. Une exception toutefois, l'article 12(c) du document intitulé *the Constitution of the United Kingdom*, se limite simplement à préciser que le chef de l'Etat promulgue les textes qui ont suivi la procédure législative devant le Parlement.

<sup>154</sup> La formulation est sensiblement la même : « *Un bill réservé à la signification du bon plaisir de la Reine n'aura ni force ni effet, avant et à moins que, dans les deux ans à compter du jour où il aura été présenté au gouverneur-général pour recevoir la sanction de la Reine, celui-ci signifie, par discours ou message, à chacune des deux chambres du parlement, ou par proclamation, qu'il a reçu la sanction de la Reine en conseil* ».

gouvernement de chacun des dominions, a pu être utilisée pour retarder l'adoption d'un texte<sup>155</sup>. Les substituts de la Couronne sanctionnent la loi, au nom de Sa Majesté : il y a donc une logique de délégation<sup>156</sup>. Par ailleurs, le lien, dans la famille du Commonwealth, se matérialise par l'obligation, notamment pendant la période de l'Empire, d'adresser une copie de tous les textes soumis à la promulgation au *Colonial Office*<sup>157</sup>. Cet envoi, issu de la pratique, opère comme un outil de contrôle de la législation des dominions<sup>158</sup>. Cette pratique a fait l'objet d'une attention particulière lors de la conférence impériale de 1926<sup>159</sup>. Elle était pour Kenneth Wheare le reflet de l'égalité entre tous les membres de l'Empire et la conférence de 1926 en confirmait la désuétude<sup>160</sup>.

Dans le même sens, la prérogative de « *désaveu* » représente le vestige véritable de l'Empire, un reliquat de contrôle impérial<sup>161</sup>. Dans cette dynamique, Londres dispose d'un délai de deux ans pour abroger – désavouer – un texte adopté par le Parlement d'un dominion<sup>162</sup> et adressé par le gouverneur-général.

---

Voir l'article 57 de de la Constitution canadienne de 1982, article 59 du *New Zealand Constitution Act 1852* ou l'article 60 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*.

<sup>155</sup> Cette idée fait écho à la menace de refuser la sanction royale afin d'obtenir la modification d'un texte.

<sup>156</sup> Plus généralement cette idée de délégation est formalisée dans les *constitutions acts* par la formule : « *Le pouvoir exécutif est confié à la reine et il est exercé par le Gouverneur-général qui représente la Reine* » ou encore « *Le Gouverneur-général nommé par le Souverain est le représentant du Souverain en Nouvelle-Zélande. Tout pouvoir conféré au Gouverneur-général est un pouvoir royal exercé, par celui-ci au nom du Souverain et peut, en conséquence, être exercé soit par le Souverain en personne soit par le Gouverneur-général* » (tiré des articles 61 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* ou d'une combinaison des articles 2 et 3 du *New Zealand Constitution Act 1852*). Plus clair encore, la clause II de la Lettre patente constituant la charge de gouverneur-général du Canada du 1er octobre 1947 « *Nous [George VI] autorisons Notre Gouverneur-général sur l'avis de Notre Conseil [...] à exercer tous les pouvoirs et attributions dont Nous sommes valablement investi* ».

<sup>157</sup> Pour une étude du cas australien, A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986, Australia's Statutes of Independence*, Sydney, The Federation Press, 2010, p. 15 à 17.

<sup>158</sup> S SAUNDERS, *The Australian Constitution, A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2011, p. 22. Voir également, A. B. KEITH, *The Sovereignty of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1929, p. 219 et suivantes. L'auteur souligne que ce contrôle s'est progressivement affaibli à l'exception, peut-être, des questions d'emprunt ou s'agissant de la question des titulaires d'actions dans les entreprises de l'Empire. Pour lui cet état de fait est « *discutable et contraire à l'idée même de la souveraineté des dominions [...] et il serait préférable d'établir une juridiction Inter-Impériale et en finir avec le désaveu* », A. B. KEITH, *Constitutional Law of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1933, p. 23.

<sup>159</sup> Point C (a), Rapport de la conférence Impériale, cité dans R. M. DAWSON, *The Development of Dominion Status 1900-1936*, Londres, Frank Xass & Co. Ltd, 1965, p. 334.

<sup>160</sup> K. C. WHEARE, *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1960, p. 37.

<sup>161</sup> Très utilisé dans le cas des colonies américaines, cette prérogative représentait le « *pouvoir d'administration de la Couronne sur les colonies* », D. O. MCGOVNEY, « *The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America : Power to Dissallow Statutes : Power to Veto* », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 94, 1945, p. 59-93. Cette prérogative est également définie comme un outil de régulation, C. M. ANDREWS, *The Royal Disallowance*, Norderstedt : BoD, 1914, p. 4 et suivante.

<sup>162</sup> La formulation est sensiblement la même pour chacun des dominions : « *[...] la Reine en conseil, dispose d'un délai de deux ans pour désavouer, un bill adressé par le Gouverneur-général. Ce désaveu, signifié par le gouverneur-général, par discours ou message, à chacune des chambres du parlement, ou par proclamation, annulera la loi à compter du jour de la publication* ». Voir l'article 56 de la Constitution canadienne de 1982, l'article 58 du *New Zealand Constitution Act 1852* ou l'article 59 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*.

L'organisation verticale des compétences révèle une distinction centrale dans l'appréhension de la question fédérale au Canada et en Australie. En effet, les Etats australiens disposaient d'un accès direct à la Couronne britannique<sup>163</sup>, accès dont les Provinces canadiennes étaient déjà privées. Cet élément, qui peut sembler anecdotique comporte des conséquences dans l'exercice de ces compétences. En Australie, ces prérogatives étaient exercées directement par les Gouverneurs de chacun des états<sup>164</sup> en lien avec Buckingham, au contraire des provinces canadiennes qui ne bénéficiaient pas de cette « *courroie de transmission à la couronne*<sup>165</sup> ». Les prérogatives de réserve et de désaveu des lois provinciales sont exercées par le gouverneur-général<sup>166</sup>. Ce dernier dispose d'un pouvoir sur les provinces comparable à celui dont dispose le souverain britannique sur le dominion du Canada<sup>167</sup>.

Ainsi, au contrôle éventuellement exercé par les gouverneurs-généraux et les gouverneurs fédérés (contrôle très largement disparu dans la pratique) lors de la promulgation de la loi, se superpose un contrôle exercé par le gouvernement britannique, afin de préserver les intérêts de l'Empire<sup>168</sup>. D'un point de vue plus général, les gouverneurs jouissaient d'une plus grande marge de manœuvre, s'agissant des compétences qui leur étaient déléguées. Cette latitude reposait sur l'idée que les Vice-rois étaient, d'abord et avant tout, des agents impériaux – à ce titre, garants des intérêts supérieurs du *Commonwealth* – avant d'être les garants de l'ordre constitutionnel des territoires dont ils avaient la charge. Avec le processus de nationalisation de l'office de gouverneur ou lieutenant-gouverneur (longtemps considérés comme des agents d'Ottawa) et du gouverneur-général, entamé à partir de

---

<sup>163</sup> *Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation 1929, 1930*, Para 70, p. 31.

<sup>164</sup> Certaines constitutions fédérales prévoyaient jusqu'en 1986 et l'adoption de l'*Australia Act* (article 8 ou 9) que la Reine pouvait désavouer ou réserver une loi adoptée par un Parlement local, voir A. TWOMEY, *The Chameleon Crown, The Queen and Her Australian Governors*, Sydney, The Federation Press, 2006, p. 279 et suivantes.

En effet, ces compétences sont abrogées avec l'adoption du Statut de Westminster, *Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation 1929, 1930*, point 20, p. 11.

<sup>165</sup> S. SAUNDERS, *The Constitution of Australia, A Contextual Analysis*, Hart Publishing, 2011, p. 28 et suivantes. Voir également, A. TWOMEY, *The Chameleon Crown, The Queen and Her Australian Governors*, Sydney, The Federation Press, 2006, p. 19

<sup>166</sup> Article 90 de la Constitution canadienne de 1982.

<sup>167</sup> J. R. MALLORY, *The Politics of Constitutional Change*, (1982) 45(4) *Law and Contemporary Problems* 53.

<sup>168</sup> En pratique, le gouvernement britannique n'exerçait ces prérogatives que pour les lois qui intéressaient l'Empire. Par ailleurs, la conférence impériale de 1926 reconnaît formellement que ces prérogatives sont, dans les faits, tombées en désuétude.

1926, cette marge de manœuvre s'est progressivement réduite, sans s'accompagner d'une refonte formelle de la constitution. Les gouverneurs se sont livrés à une interprétation différente de la disposition relative à la faculté de « *faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement*<sup>169</sup> ». Kenneth Wheare souligne en effet que l'exercice de la compétence de réserve est progressivement passé des mains du gouvernement britannique à celles des gouvernements des dominions<sup>170</sup>. Cette dernière idée est confirmée par le fait que ces compétences ne sont plus exercées par la Couronne sur l'avis du gouvernement londonien, mais bien sur l'avis des gouvernements des dominions<sup>171</sup>.

Sans tomber dans le catalogue, l'examen des compétences de réserve et de désaveu permet de présenter une facette différente de la sanction royale, progressivement tombée en désuétude, pour finalement disparaître sans être formellement abrogée (à l'exception de la Nouvelle-Zélande)<sup>172</sup>.

#### A – Une désuétude issue tant de la pratique que de la formalisation constitutionnelle

Il convient de souligner que ces prérogatives sont très vite tombées en désuétude<sup>173</sup> par une absence d'usage, après avoir été très largement limitées<sup>174</sup>, notamment par l'adoption du *Colonial Law Validity Act* de 1865<sup>175</sup>. La Conférence

---

<sup>169</sup> Article 51 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900, article 91 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1982, article 53 du *New Zealand Constitution Act* 1852 (on ne retrouve pas cette formulation dans le *New Zealand Constitution Act* 1986). Cette disposition a été interprétée dans un sens généreux par le Conseil Privé, de façon à renforcer l'indépendance des dominions : voir par exemple le *local prohibition case*, *The Attorney General for Ontario v The Attorney General for the Dominion of Canada, and the Distillers and Brewers' Association of Ontario*, [1896] AC 348 (9 May 1896), ou *The Trustees Executors and Agency Co. Ltd v. Federal Commissioner of Taxation* (1933) 49 CLR 220 (Haute cour de l'Australie) ou encore plus récemment *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Bancoult*, [2000] EWHC 413 (Haute Cour de Justice de l'Angleterre et du Pays de Galles).

<sup>170</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5th ed, Londres, Oxford University Press, 1953, p. 130 et suivantes.

<sup>171</sup> *Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation* 1929, 1930.

<sup>172</sup> R. ALBERT, *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, p. 641 à 686, A HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, the Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 2014, p. 71.

<sup>173</sup> I. JENNINGS, *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 187.

<sup>174</sup> Voir par exemple la décision du Conseil Privé, *Caldwell v. McLaren*, [1884] UKPC 21.

<sup>175</sup> Cette loi du Parlement Impérial est souvent mal comprise. Elle représente, en réalité, la première étape de formalisation des rapports entre les dominions et l'Angleterre qui donnera naissance au Statut de Westminster, acte de naissance juridique des dominions comme nations indépendantes. Pour une analyse détaillée voir K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5th ed, Londres, Oxford University Press, 1953, p. 78 et suivantes. L'auteur définit cette loi comme une loi « *qui autorise et non une loi qui limite ou neutralise* ».

impériale de 1926 donne une définition claire de l'usage de ces deux prérogatives, très largement fondée sur une règle non codifiée. A ce titre, une distinction doit être apportée entre les affaires impériales et les affaires domestiques. Ainsi, « *à l'exception des dispositions prévues dans des lois ou des constitutions, il est admis que le gouvernement de chacun des dominions est en droit de conseiller la Couronne sur des questions relatives aux affaires domestiques. Ainsi, il ne serait pas en accord avec la pratique constitutionnellement admise<sup>176</sup> pour le gouvernement de Sa Majesté, à Londres, de lui remettre un avis opposé à celui du gouvernement du Dominion<sup>177</sup>* ». Dans le même sens, la conférence impériale de 1930 souligne avec encore plus de force que « *la compétence du désaveu existe toujours, bien que n'ayant pas été utilisée depuis de nombreuses années<sup>178</sup> [...] Le désaveu n'a pas été utilisée au Canada depuis 1873<sup>179</sup>, depuis 1867 en Nouvelle-Zélande et n'a jamais été utilisée s'agissant des lois adoptées par le Parlement du Commonwealth d'Australie ou d'Afrique du Sud<sup>180</sup> [...] La compétence du désaveu ne peut, aujourd'hui plus être appliquée<sup>181</sup>* ». Ivor Jennings<sup>182</sup> et Arthur Keith<sup>183</sup> soulignent d'ailleurs que l'évolution du système de gouvernement des dominions vers un système de gouvernement responsable fait obstacle au maintien de tels outils de contrôle. La même analyse est suivie pour la prérogative de réserve qui se distingue toutefois du désaveu, par l'obligation de réserver certains textes<sup>184</sup> (notamment définie dans les lettres patentes). A cette obligation, s'ajoutent les rares occasions soumises à la discrétion du gouverneur. Dans cette perspective, il a pu arriver que le représentant de la Couronne exerce une part de discrétion dans la promulgation des lois ou tout au moins, dans l'exercice d'un délai en rapport avec la promulgation

---

Dans le même sens Quick et Garran soulignent que la loi « restreint plutôt que d'étendre la doctrine de la répugnance, elle élargit, plutôt que restreint la compétence des législatures des colonies », in J. QUICK, R. R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, 1901, Londres, The Australian Book Company, p. 349.

A. B. KEITH, *The Sovereignty of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1929, p. 213.

<sup>176</sup> Nous soulignons.

<sup>177</sup> *Imperial Conference, 1926: Summary of Proceedings*, HMSO, London, 1926 (Cmd 2768), p. 17.

<sup>178</sup> *Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation 1929, 1930*, point 19, p. 11.

<sup>179</sup> Il s'agit ici des lois adoptées par le Parlement fédéral uniquement. Pour un examen approfondi, voir le *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Ottawa, Privy Council Office, 1968, p. 159-162. Le document relève le peu d'usage de ces prérogatives progressivement disparues tant au niveau fédéral (dernier usage en 1943), qu'au niveau provincial (dernier usage en 1961).

<sup>180</sup> *Report of the Conference 1929, 1930*, point 22, p. 12 et 13.

<sup>181</sup> *Report of the Conference, 1929, 1930*, point 23, p. 13.

<sup>182</sup> I. JENNINGS, *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 187.

<sup>183</sup> A. B. KEITH, *Constitutional Law of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1933, p. 23.

<sup>184</sup> A. B. KEITH, *Constitutional Law of the British Dominions*, op. cit., p. 21 ou p. A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Sydney, Federation Press, 2004, p.232-235.

de ces dernières. En effet, sans s'opposer frontalement à la volonté du parlement ou de son cabinet, le vice-roi a pu encourager ses ministres à repousser l'adoption d'un texte<sup>185</sup> ou même à refuser la promulgation d'un texte, parfois au prix de son renvoi<sup>186</sup>.

## B – De l'usage mesuré, à la désuétude

Les outils de réserve ou du désaveu posent peu de difficultés en Australie (tant au niveau local<sup>187</sup> que fédéral<sup>188</sup>) et en Nouvelle-Zélande<sup>189</sup>. Ils offrent en revanche davantage de situations contentieuses au Canada<sup>190</sup>.

Sur les soixante-dix textes<sup>191</sup> émanant de provinces, peu ont fait l'objet de la procédure de réserve au plaisir du gouverneur-général, prévue dans la Constitution depuis la naissance de la Confédération en 1867<sup>192</sup>. Depuis 1920<sup>193</sup>, on recense quatre

---

<sup>185</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre – Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, Cambridge University Press, 2018, p. 630 et suivantes ou I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, Anthem Press, 2009, p. 198 et suivantes.

<sup>186</sup> On pensera ici au départ du Gouverneur de l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud en 1916, voir H. V. EVATT, *The king and his Dominion governors, A study of the Reserve Powers of the Crown in Great Britain and the Dominions*, 1967, Franck Cass & Co Ltd, p. 125.

<sup>187</sup> Le *Australian States Constitution Act 1907* restreint largement les prérogatives du désaveu et de la réserve. George Whitecross Paton souligne qu'avec l'adoption de la loi de 1907, ces deux prérogatives sont devenues « de simples formalités, exercées avec le consentement des gouvernements locaux », dans G. W. PATON, « Introduction », in, G. W. PATON (dir), *The Commonwealth of Australia, the Development of its laws and Constitutions*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1952, p. 40 et suivantes.

<sup>188</sup> Voir par exemple les propos de Richard O'Connor lors des débats de 1897 : « Il semble évident que la Reine n'opposera jamais son veto à un acte adopté par les deux chambres de tous Parlements. », *Official Record of Debates of Australasia Federal Convention*, Adelaïde 1897, Sydney, Legal Books, 1986, p. 992. Dans le même sens G. SAWER, *The Australian Constitution*, Camberra, AGPS Canberra, 1975, p. 71 ou L. ZINES, "Nationhood and the Powers of the Commonwealth", in L. ZINES (dir), *Commentaries on the Australian Constitution*, Sydney, Butterworths, 1977, p. 38. Dans son analyse sur le Constitution de la Nouvelle Galles du Sud Anne Twomey relève que les prérogatives du désaveu ou de la réserve étaient utilisées avant la naissance de la fédération, A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Sydney, Federation Press, 2004, p. 239 et suivante.

Pour une analyse plus large voir, S. A. DE SMITH, *The New Commonwealth and tis Constitutions*, Londres, Stevens & Sons, 1964, p. 55 et suivantes.

A titre d'exemple, Greg Taylor relève un cas de désaveu (en 1860) et cinq cas de réserves (le dernier en 1862) de textes dans l'Histoire de l'Etat de Victoria, G. TAYLOR, « Two Refusals of Royal Assent in Victoria », art. cit., p. 87.

<sup>189</sup> La désuétude progressive est apparue dès le début du XIXème siècle. Dernier usage du droit de réserve en 1910 et du désaveu en 1867, voir C. C. AIKMAN, « Chapt. 2 - Parliament », p. 40 à 69 dans J. L. ROBSON, C. C. AIKMAN (dir), *New Zealand the Development of its Laws and Constitutions*, 2<sup>ème</sup>, Londres, Stevens & Sons, p. 60 et suivantes.

<sup>190</sup> Le dernier usage de la prérogative de réserve date de 1886 au Canada, avant d'être abrogé par les dispositions du Statut de Westminster de 1931, D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, Toronto, Dundurn, 2013, p. 190

<sup>191</sup> G. V. LAFOREST, *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, Department of Justice, Ottawa, Queen's Printer, 1955. Voir également, C. BELANGER, « The Powers of Disallowance and Reservation in Canadian federalism », Department of History, blog de Marianopolis College, 2001.

<http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/federal/disallow.htm>.

<sup>192</sup> 59 des 70 textes firent l'objet de la procédure du renvoi avant 1900. J. R. MALLORY, *The Lieutenant-Governor's Discretionary Powers: The Reservation of Bill 56*, *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 27, n°4, 1961, p. 518-522.

<sup>193</sup> La période de 1921 et 1937 n'offre aucun cas de réserve, ces statistiques peuvent probablement être imputés aux effets immédiats des Conférences Impériales de 1926 et 1930.

cas de réserve, trois cas dans la province d'Alberta en 1937 et un dans la province du Saskatchewan en 1961<sup>194</sup>. A titre d'exemple, la province de l'Ile du Prince Edouard a connu dans son histoire dix cas de textes réservés à la sanction du gouverneur-Général. Cette sanction est davantage utilisée à titre de menace que de réelle sanction ou contrôle exercé par Ottawa sur les provinces<sup>195</sup>. Le *Land Purchase Bill* de 1874 ne fut promulgué que l'année suivante, une fois le texte modifié.

Plus largement, la faculté pour un lieutenant-gouverneur de renvoyer un texte au gouverneur-général est, dans la pratique, alignée sur ce qui existait au niveau de l'Empire. Dans l'exercice de cette prérogative, le lieutenant-gouverneur doit agir sur l'avis de son gouvernement, sur les recommandations du gouvernement fédéral<sup>196</sup>. Dans le même sens en 1877 et 1882, il apparaît que le lieutenant-gouverneur du Manitoba ait pris l'initiative personnelle d'adresser au gouverneur-général, le Marquis de Lorne, deux projets de lois pour lesquels il éprouvait une aversion personnelle. Il semblerait que le renvoi de Joseph-Edouard Cauchon n'ait eu aucune conséquence<sup>197</sup>. Pour autant, il semble évident, qu'agissant discrétionnairement, le lieutenant-gouverneur du Manitoba a certes agi dans le cadre de ses compétences légales, mais en violation de l'esprit de la Constitution. David Smith relève qu'il s'agit du seul usage de cette prérogative après 1878<sup>198</sup>. Rappelons-le, cette prérogative n'a pas été abrogée en 1982 ; l'on peut y voir la volonté centralisatrice de l'exécutif Canadien. A l'usage de la réserve discrétionnaire se superposent des cas de réserve obligatoire dictée par les lettres patentes<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> J. R. MALLORY, « The Lieutenant-Governor's Discretionary Powers », art cit. Le gouverneur-Général promulgua finalement le texte comme n'entrant pas en conflit avec l'intérêt national. Il semblerait que dans cette circonstance, le Lieutenant-Gouverneur n'ait pas consulté le gouvernement fédéral mais ait agi de son propre chef.

<sup>195</sup> F. MACKINNON, « The Royal Assent in Prince Edward Island: Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and the Giving and Withholding of Assent by Lieutenant-Governors », *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 15, n°2, 1949, p. 216-220.

<sup>196</sup> J. T. SAYWELL, « Reservations Revisited », *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol.27, n°3, 1961, p. 367-372. L'auteur révèle que dans le cadre des trois renvois survenus dans la province de Alberta en 1937, le gouvernement à Ottawa fut consulté.

<sup>197</sup> F. MILLIGAN, « Reservation of Manitoba Bills and Refusal of Assent by Lieutenant-Governor Cauchon, 1877-1882 », art. cit.

<sup>198</sup> D. SMITH, *The Invisible Crown, the Forst Principle of Canadian Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, p. 43.

<sup>199</sup> Pour un exemple, A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Sydney, Federation Press, 2004, p. 231.

Le second moyen à la disposition de la Couronne ou de ses représentants afin de contrôler la législation réside dans la prérogative du *disallowance*, le « désaveu ». Cette prérogative est automatique, en ce qu'elle permet au chef de l'Empire ou au gouverneur-général du Canada d'abroger une loi adoptée par un parlement local<sup>200</sup>, si ce texte n'a pas fait l'objet d'un refus de promulgation ou d'une réserve au bon vouloir du monarque. Le désaveu reposait sur l'obligation pour les dominions d'adresser une copie de tout acte adopté par les parlements des colonies.

Alors qu'une telle compétence a pu être utilisée au Canada et en Nouvelle-Zélande, elle ne le fut jamais en Australie<sup>201</sup>. On dénombre au Canada 112<sup>202</sup> usages du désaveu entre 1867 et 1938<sup>203</sup>. Le dernier cas de désaveu date de 1943<sup>204</sup>, dans la province de l'Alberta.

Ces deux prérogatives furent utilisées pour garantir les intérêts d'Ottawa<sup>205</sup> ou de l'Empire<sup>206</sup>, avant l'adoption du Statut de Westminster<sup>207</sup>. A titre d'exemple, le Premier Ministre John Macdonald en a fait un usage massif entre 1867 et 1891 afin de renforcer la logique centralisatrice du système canadien. Ce dernier a d'ailleurs eu l'occasion de souligner que l'utilisation de cette prérogative visait à préserver la Constitution, les intérêts du Dominion<sup>208</sup> ou la place de la Couronne<sup>209</sup>.

---

<sup>200</sup> Les lois des Parlements Néozélandais ou Australiens (fédéral et locaux) pouvaient être abrogés par Buckingham.

<sup>201</sup> *Report of the Conference 1929, 1930*, para 22, p. 11.

<sup>202</sup> G. V. LAFOREST, *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, Department of Justice, Ottawa, Queen's Printer, 1955.

Voir également, C. BELANGER, « The Powers of Disallowance and Reservation in Canadian federalism », Department of History, blog de Marianopolis College, 2001

<http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/federal/disallow.htm>.

<sup>203</sup> E. FORSEY, *Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governor, 1937-47*, art. cit.

<sup>204</sup> A HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, the Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 2014, p. 157.

<sup>205</sup> G. V. LAFOREST, *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, op. cit., p. 36. Voir également J. R. MALLORY, *Social Credit and the Federal Power in Canada*, Toronto, Toronto University Press, 1954, p. 8 et suivantes.

<sup>206</sup> W. E HODGINS, *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, Ottawa: Government Printing Bureau, 1896, loc cit. « [La prérogative du renvoi] fut reconnue au Gouverneur-Général en temps qu'officier impérial afin d'assurer la défense des intérêts de l'Empire. Il s'agit d'empêcher l'entrée en vigueur de loi qui semble, selon le gouvernement impérial, contraire au bien être ou aux engagements politiques de l'Empire ».

<sup>207</sup> Ainsi, le *Land Purchase Act* de 1865 fut promulgué par le gouverneur-général car, en l'espèce, aucun intérêt fédéral n'était en jeu, cité dans F. MACKINNON, « The Royal Assent in Prince Edward Island : Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and the Giving and Withholding of Assent by Lieutenant-Governors », art. cit.

<sup>208</sup> Sur ce point voir F. R. SCOTT, *Essays on the Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1977, p. 238.

<sup>209</sup> Cité dans E. FORSEY, *Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governors since 1867*, art. cit.

Ainsi, le désaveu était utilisé au Canada comme un moyen de centralisation<sup>210</sup> par le gouvernement à Ottawa. Cet argument a pu être limité par la Cour suprême dans la décision *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, dans laquelle cette dernière insistait sur le fait que cette prérogative du Lieutenant-gouverneur devait être exercée de la même façon que ne le serait un contrôle de constitutionnalité<sup>211</sup>.

Devant les tentatives répétées du gouvernement fédéral pour étendre son influence et son autorité sur les provinces, cinq Premiers ministres ont, lors de la Conférence constitutionnelle de 1950, publiquement fait connaître leur souhait de déposer un texte visant à réviser la Constitution, afin d'abroger la prérogative de réserve<sup>212</sup>. Au-delà du caractère désuet de cette prérogative, elle semble symboliser une véritable tutelle de Londres sur les dominions. La prérogative de réserve apparaît contradictoire avec l'idée même du gouvernement responsable<sup>213</sup>. En 1972, Pierre Trudeau a défini la prérogative de réserve comme « *un outil paternaliste et anti-démocratique*<sup>214</sup> ». Dans le même sens, plusieurs commissions du Sénat canadien ont eu l'occasion de condamner fermement le maintien de ces outils, soulignant qu'ils étaient devenus obsolètes et en contradiction avec l'idée même d'une fédération. Le projet de loi C-60 de 1978 prévoyait l'abrogation de ces dispositions mais ne fut finalement pas adopté<sup>215</sup>. Le projet de révision canadien de 1978 prévoyait explicitement d'abroger les articles 55 à 57 de la loi constitutionnelle de 1867<sup>216</sup>. En 1976, la commission visant à réviser la Constitution du Commonwealth australien

---

<sup>210</sup> E. FORSEY, Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governors since 1867, *Revue Canadienne d'économie et de sciences politiques*, Vol.14, n°1, 1948, p.94 à 97.

J. R MALLORY, « Canada », p. 41-60 (p. 43) dans D. BUTLER, D. A. LOW (dir), *Sovereigns and Surrogates Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1991.

<sup>211</sup> *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, [1938] SCR 71 (opinion du Président Duff).

<sup>212</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, the Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 2014, p. 71.

<sup>213</sup> D. SMITH, *The Invisible Crown, the First Principle of Canadian Government*, *op. cit.*, p. 44-46.

<sup>214</sup> Cité dans A HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, the Marriage of Law and Politics*, 2ème éd, Toronto, Oxford University Press, 2014, p. 158.

<sup>215</sup> R SIMEON, Sur les rayons, Rapport du sous-comité sur certains aspects de la Constitution, document déposé au Sénat par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Revue Parlementaire Canadienne*, vol.5, n°1, 1982, p.38-40.

<sup>216</sup> Les articles 131 (3) a et 131 (4) c du *bil C-60* projet de loi visant à apporter des modifications à la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines du 20 juin 1978 prévoyaient l'abrogation des prérogatives de réserves et de désaveu tant au niveau de la fédération que des provinces.

proposera également l'abrogation de ces vestiges de contrôle impérial, considérés comme obsolètes. Toutefois, la proposition ne fut pas adoptée<sup>217</sup>.

*A contrario*, l'adoption de la loi constitutionnelle de 1853 en Nouvelle-Galles du Sud a permis d'affaiblir significativement le contrôle du gouvernement britannique sur les lois de l'Etat<sup>218</sup>.

La Cour suprême du Canada a également précisé que le veto royal existait toujours « *légalement*<sup>219</sup> », alors que l'expérience soulignait bien qu'il était devenu « *dormant si ce n'[était] complètement mort*<sup>220</sup> ». Le système du gouvernement responsable a su s'adapter sans se livrer à une reformulation des textes. En effet, toujours légalement, présent dans certaines constitutions son usage serait clairement inconstitutionnel. Ces prérogatives sont ainsi, neutralisées<sup>221</sup> sans être abrogées<sup>222</sup>. Anne Twomey souligne également que les situations, si rares soient-elles de refus de sanction royale montrent bien que la prérogative demeure en droit positif<sup>223</sup>.

Le résultat inégal des tentatives pour abroger ces dispositions tout en constatant leur obsolescence, met en lumière le paradoxe qui existe entre « *règles conventionnelles et le droit constitutionnel*<sup>224</sup> ».

Tout comme la menace d'un refus de promulgation, le désaveu et la réserve opèrent davantage comme un préalable à la négociation entre les provinces et le gouvernement fédéral<sup>225</sup>. Par ailleurs, il est admis que, dans le cas de l'Australie ou du

---

<sup>217</sup> Resolutions Adopted at the Australian Constitutional Convention, West Point, Hobart, 27 au 29 octobre 1976, p. 5.

<sup>218</sup> A TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Sidney, Federation Press, 2004, p. 230 et suivantes (pour les revendications de Earl Grey voir pages 6 et 7). L'adoption de ce texte fait suite à une longue croisade pour que l'on reconnaisse à l'Etat une réelle indépendance législative. Il était alors proposé de distinguer entre les lois à caractère « impérial » et « domestique », une distinction critiquée par le gouvernement de Londres.

<sup>219</sup> *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, [1938] SCR 71.

<sup>220</sup> Expression du Président de la Cour suprême du Canada Bora Laskin citée dans J. H. MARSH, *The Canadian Encyclopedia*, Toronto, McClelland & Stewart, 2000, p. 555.

<sup>221</sup> Idée critiquée par David Smith qui souligne de façon critiquable que la situation de ces prérogatives n'est pas réglée comme le prétend la majorité de la doctrine, D.E. SMITH, Commentaire sur la prérogative royale et l'office de Lieutenant-Gouverneur, *Revue Parlementaire Canadienne*, vol.23, n°3, 2000, p.35-36.

<sup>222</sup> K. C. WHEARE, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5th ed, Oxford, Oxford University Press, 1953, p. 127.

<sup>223</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Scepter*, op. cit. p. 633 et suivante.

<sup>224</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions – The Marriage of Law and Politics*, op. cit., p. 158 ou

D. MICHAEL JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, op. cit., p. 115-117.

<sup>225</sup> J. R. MALLORY, Disallowance and the National Interest : the Alberta Social Credit Legislation of 1937, art. cit.

Canada, une loi manifestement inconstitutionnelle sera sanctionnée par le juge, plutôt que par le représentant de la Couronne<sup>226</sup>.

La disparition dans les faits de ces prérogatives tend à souligner l'intérêt des règles constitutionnelles non codifiées afin de préserver les principes cardinaux d'un système de gouvernement<sup>227</sup>. Cette règle non codifiée ne fait aucun doute dans ses contours ou ses objectifs. Toute violation de cette règle, symbolisée par un retour à la lettre des textes apparaîtrait comme une violation de la constitution<sup>228</sup>.

Ces prérogatives ont fait l'objet de tentatives d'abrogation, à l'image de la loi canadienne de 1978. Dans le même sens, les articles 6, 7 et 8 du *Constitution Alteration (Removal of Outmoded and Expended Provisions) Bill 1983*<sup>229</sup> (Australie) prévoyaient l'abrogation des articles 58, 59 et 60 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* qui permettaient à la Couronne d'exercer un contrôle sur les législations australiennes.

La Commission constitutionnelle de Brisbane de 1985 s'est livrée à une analyse approfondie de ces prérogatives<sup>230</sup> pour arriver à la conclusion de l'impossible consolidation de la règle<sup>231</sup>. Cette analyse fut reprise par la Commission Constitutionnelle d'Adélaïde de 1983. Elle précisa que la Commission Impériale de 1926 avait déjà eu l'occasion de relever que, s'agissant de l'Australie, la prérogative du désaveu n'avait jamais été utilisée et celle de la réserve ne l'avait été qu'à de très rares occasions. La Commission conclut que l'adoption des *Australia Acts* de 1986 a formellement abrogé ces prérogatives au niveau des Etats de la Fédération. Elle insiste sur le fait que « *ces prérogatives sont désuètes. Leur maintien dans la Constitution est une contradiction avec la souveraineté de l'Australie*<sup>232</sup> ».

---

<sup>226</sup> A. TWOMEY, « The Refusal or Deferral of Royal Assent », *Public Law Review*, automne, 2006, p.580-602.

<sup>227</sup> *Renvoi : Resolution pour Modifier la Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, (p. 880).

<sup>228</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions – The Marriage of Law and Politics*, op. cit., p.73.

<sup>229</sup> *Constitution Alteration (Removal of Outmoded and Expended Provisions) Bill 1983*, House of Representatives, explanatory Memorandum, p. 3 et 4.

<sup>230</sup> *Final Report of the Constitutional Commission, Summary*, Australia Government Publishing Service, août 1988, p.17-18.

<sup>231</sup> C. J. G. SAMPFORD, « Recognize and Declare : An Australian Experiment in Codifying Constitutional Conventions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, n°3, p. 369 à 420.

<sup>232</sup> *Final Report of the Constitutional Commission, Summary*, Australia Government Publishing Service, août 1988, p. 18.

La règle non consolidée qui encadre la participation de la Couronne, ou ses représentants, à l'exercice de la fonction législative est une règle non codifiée cardinale. La Couronne ou ses représentants sont garants de l'ordre constitutionnel ; toutefois, un refus de promulgation ou la résurrection des prérogatives impériales, notamment au Canada, semblent impensables (sans l'avis des ministres responsables). Au-delà de la crise constitutionnelle majeure qu'un tel usage représenterait, il entraînerait à n'en pas douter un changement de système de gouvernement.

Il peut arriver dans certains cas que le représentant de la Couronne fasse usage de ses « *pouvoirs propres* » afin de protéger l'équilibre institutionnel, contre les entorses des représentants du peuple. Dans ces rares cas d'écoles, on admettra que le gouverneur agisse de sa propre initiative, afin de préserver la Constitution, la démocratie parlementaire, l'essence du système de gouvernement dans le monde de Westminster. Toutefois, rappelons-le, la consolidation de ces règles au sens de formalisation matérielle, de l'essence de la règle, n'est jamais être convaincante. L'objet de ce développement montre l'importance de préserver la flexibilité de la règle. La même analyse sera menée s'agissant de la prorogation et de la dissolution.

## **Section 2 – La dissolution et la prorogation**

En matière de convocation, de dissolution et de prorogation du Parlement, la règle admise, sans être formalisée, est que le chef de l'exécutif agit sur l'avis du Premier ministre. Cette obligation vise à respecter les principes du gouvernement responsable et représentatif. Soulignons également que ces trois prérogatives sont souvent traitées ensemble, que ce soit dans les Constitutions ou dans les *Cabinet manuals*<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup>On peut évoquer le point 6.3 du *New Zealand Cabinet Manual* prévoit que « le Gouverneur-générale dispose formellement du pouvoir de dissoudre, proroger et convoquer le Parlement sur le fondement de l'article 18 du *Constitution Act de 1986*. Par convention, le Gouverneur-général exerce ces pouvoirs sur l'avis du Premier ministre, le conseiller principal du Gouverneur-général », ou le point 6.56 qui prévoit que « le Premier Ministre étant le conseiller principal du Gouverneur-général, il est en mesure de lui recommander de dissoudre le Parlement et organiser une élection », *New Zealand Cabinet Manual*, Cabinet Office Department of the Prime Minister and Cabinet Wellington, New Zealand, juin 2008, p. 75(point 6.3) et p. 84 (point 6.56).

Les pratiques au Canada et en Australie cristallisent une analyse intéressante de ces prérogatives. Elles opèrent une distinction entre la prorogation et la convocation d'une part, et la dissolution, d'autre part. Ainsi, au Canada, après avoir rappelé que les prérogatives s'exercent sur l'avis des ministres<sup>234</sup>, le manuel des procédures du gouvernement formalise cette distinction. D'une part, s'agissant de la prorogation et de la convocation du Parlement, on peut lire que « *le Gouverneur-général accepte l'avis du Premier ministre en matière de convocation et de prorogation du Parlement*<sup>235</sup> ». D'autre part, le manuel reconnaît l'existence d'une marge de manœuvre s'agissant de la dissolution<sup>236</sup>. Par ailleurs, l'article 11 (1) du *bill C-60* prévoit que la dissolution est exercée « *conformément à la loi et aux usages reconnus*<sup>237</sup> ».

Dans un sens encore plus tranché, les commissions constitutionnelles d'Adélaïde et de Brisbane retiennent également cette distinction. Ainsi, le point 27 des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde, prévoit que : « *sous réserve des dispositions de la Constitution, le Gouverneur-général agit, sur avis primo-ministériel, lorsqu'il proroge ou convoque le Parlement*<sup>238</sup> ». Le point 23 prévoit que : « *le Gouverneur-général ne peut dissoudre la Chambre des représentants ou les deux chambres du Parlement que sur avis du Premier ministre*<sup>239</sup> ».

---

Le *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, prévoit dans une formule assez originale que le « *Gouverneur-général prend les mesures opératoires nécessaires, sur l'avis du Premier ministre, en matière de convocation, prorogation et dissolution du Parlement* », *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Privy Council Office, Ottawa, 1968, Point 1 p. 149.

<sup>234</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Privy Council Office, Ottawa, 1968, Point 1, p. 149.

<sup>235</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, prévoit dans une formule assez originale que le « *Gouverneur-général prend les mesures opératoires nécessaires, sur l'avis du Premier ministre, en matière de convocation, prorogation et dissolution du Parlement* », *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Privy Council Office, Ottawa, 1968, Point 2, p. 149.

<sup>236</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, prévoit dans une formule assez originale que le « *Gouverneur-général prend les mesures opératoires nécessaires, sur l'avis du Premier ministre, en matière de convocation, prorogation et dissolution du Parlement* », *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Privy Council Office, Ottawa, 1968, Point 3, p. 149.

<sup>237</sup> Nous soulignons, article 11(1) du *bill C-60, Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines* du 20 juin 1978.

<sup>238</sup> Point 27 (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 53

<sup>239</sup> Point 23 (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 52.

A l'image du Canada, les points suivants reconnaissent une marge de manœuvre, au gouverneur-général, en matière de dissolution<sup>240</sup>. On retrouvera ces formulations dans les pratiques reconnues par la Commission constitutionnelles de Brisbane :

- Pratique N : « *Conformément aux dispositions de la Constitution s'agissant des sessions du Parlement, le Gouverneur-général agit, sur avis primo-ministériel, lorsqu'il convoque ou proroge le Parlement*<sup>241</sup> ».
- Pratique I : « *Le Gouverneur-général dissout la Chambre des représentants seulement sur avis du Premier ministre*<sup>242</sup> ».

Soulignons enfin, le cas particulier des constitutions du Territoire du Nord et du Territoire de la Capitale Australienne. Le premier texte ne fait aucune mention précise du mécanisme de la dissolution<sup>243</sup>, alors que le second précise que le gouverneur-général est habilité à prononcer la dissolution de l'Assemblée législative « *s'il est de l'opinion que l'Assemblée ne fonctionne pas de manière satisfaisante, ou qu'elle exerce ses fonctions de façon manifestement inconvenante*<sup>244</sup> ». Cette formalisation lacunaire laisserait entendre que le gouverneur-général dispose d'une véritable marge d'appréciation dans le recours à la dissolution.

Ces quelques éléments tendent à souligner que l'exercice de la dissolution (**sous-section 1**) et de la prorogation (**sous-section 2**) ont donné lieu à de nombreux exemples qui ont pu clarifier les rapports entre le gouvernement et le parlement. Ces cas permettent de mettre en lumière la démarche visant à rechercher les mécanismes les plus utiles afin de créer les conditions de l'équilibre institutionnel.

---

<sup>240</sup> Points 24 à 26 (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adelaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 52-53.

<sup>241</sup> *Second Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, mars 1986, p. 35.

<sup>242</sup> *Second Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, mars 1986, p. 34.

<sup>243</sup> La mention est indirecte et influence sur certaines désignations au sein de l'Assemblée Législative. Par exemple les articles 25 3 (a) et (d) ou 26 3 (d) du *Nothern Territory (Self-Government) Act 1978*.

<sup>244</sup> Article 16 du *Australian Capital Territory (Self-Government) Act 1988*.

## Sous-section 1 : les tentatives de consolidations et de systématisation dans le recours à la dissolution

La dissolution anticipée représente la prérogative royale par excellence, exercée sur avis du Premier ministre. Il est intéressant toutefois de souligner que les constitutions de l’Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande ne précisent pas que la dissolution est une prérogative exercée « *en conseil*<sup>245</sup> ». L’absence de cette mention peut laisser sous-entendre que le Monarque dispose d’un pouvoir discrétionnaire. Cependant, les dominions ont su transposer les mécanismes institutionnels propres à l’Angleterre. En effet, l’obligation de consultation des ministres se trouve notamment mentionnée dans les lettres patentes relatives à l’office de vice-roi, dans les instructions royales<sup>246</sup> ou dans les *Cabinet manuals*<sup>247</sup>. L’évolution du système parlementaire impose des limites aux pouvoirs du chef de l’Etat. Admettre que le souverain ne connaît aucune limite dans l’exercice de la dissolution mettrait « *le gouvernement responsable à sa merci*<sup>248</sup> ». Dès lors, on peut en déduire, que l’exercice de la dissolution est soumis à l’avis d’un ministère qui en endossera la responsabilité<sup>249</sup>.

Guidée par la recommandation du gouvernement, la Couronne n’est pas tenue d’obtempérer en toute circonstance. D’une manière générale, il est vrai qu’en Angleterre, aucune dissolution n’a été refusée depuis l’adoption du *Reform Act* de 1832<sup>250</sup>.

---

<sup>245</sup> Par exemple les articles 5 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* de 1900, article 50 de la Constitution canadienne de 1982 ou article 18 du *New Zealand Constitution Act* de 1986.

<sup>246</sup> Clause 2 de la Lettre patente constituant la charge de gouverneur-général du Canada de 1947.

Clause 3 de la Lettre patente constituant la charge du gouverneur-général de Nouvelle-Zélande 1983, rééditée en 2006 (SR 1983/225), par exemple.

<sup>247</sup> Voir *supra*.

<sup>248</sup> E. A. FORSEY, « The Courts and the Conventions of the Constitution », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 33, 1984, p. 11 à 42.

<sup>249</sup> B. S. MARKESINIS, *The Theory and Practice of Dissolution of Parliament : A comparative Study with Special Reference to the United Kingdom and Greek Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, p. 56. Egalement Ph. LAUVAUX, *La Dissolution des Assemblées Parlementaires*, Paris : Economica, 1983, p. 116 et suivantes.

A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>ème</sup> édition Londres, Macmillan, 1915, p. 268 et suivantes.

Soulignons également que la théorie de la validation rétroactive d’une décision du Monarque est critiquée par Ivor Jennings (*Cabinet Government*, *op. cit.*, 1959, p. 339). Pour autant en 1975, Malcom Fraser fut désigné par John Kerr Premier ministre à la seule condition de recommander une dissolution, après avoir garanti l’adoption d’un budget fédéral. Ces deux idées sont formalisées respectivement aux points 21(b), 22 ou 24 des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle d’Adélaïde ou la pratique M adoptée par la Commission constitutionnelle de Brisbane, voir *infra*.

<sup>250</sup> E. A. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, Toronto, Oxford University Press, 1943, p. 21 ou 87-88. L’auteur donne deux arguments à cet état de fait : d’une part, aucune communication officielle

Le peu d'exemples de refus de la dissolution, en Angleterre, ne saurait mener à la conclusion que celle-ci est automatique. En effet, la Couronne a souvent fait valoir, en privé, ses réserves quant à l'usage de la dissolution. Cette réserve amène parfois le gouvernement à reconsidérer une requête en dissolution<sup>251</sup>.

L'usage de la dissolution est considéré, par la littérature, comme une question des plus obscures<sup>252</sup>. La diversité des analyses et des cas relevés a conduit à une absence « *d'unanimité* » dans la classification des cas, notamment dans les dominions<sup>253</sup>. Toutefois, la doctrine s'accorde sans difficulté à reconnaître la validité d'une dissolution anticipée dans certains cas. Il est largement admis que la requête de dissolution d'un parlement qui arrive en fin de législature ne sera pas refusée, notamment, au cours de la dernière année. Il serait inutile de refuser une dissolution, car cela conduirait à un bras de fer avec le gouvernement<sup>254</sup>. Dans le même sens, il serait bien malhabile pour la Couronne ou ses représentants de refuser la dissolution à un gouvernement largement majoritaire. En effet, s'il advenait que la Couronne refuse cette demande, le gouvernement pourrait être conduit à démissionner, laissant ainsi à cette dernière la tâche impossible de former un nouveau gouvernement. Devant cette difficulté, la Couronne n'aurait d'autre choix que de rappeler le gouvernement sortant pour lui accorder la dissolution<sup>255</sup>. Cet accord automatique devant l'impossibilité de former un gouvernement de remplacement, vaut « *autodissolution*<sup>256</sup> » du parlement. Pour Eugene Forsey « *cette demande de dissolution [...] est irrésistible*<sup>257</sup> ». Geoffrey Marshall souligne également qu'à l'issue de l'écoulement d'une durée raisonnable écoulée, la dissolution semble l'acte le plus simple<sup>258</sup>.

---

entre la Couronne et le Premier ministre relative à un refus de dissolution et qu'aucun gouvernement britannique ne demanderait de dissolution dans le cadre de circonstances déraisonnables.

Cette analyse mais en lumière le caractère pragmatique et mesuré des décideurs politiques britanniques.

<sup>251</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op. cit., p. 373 et suivantes.

<sup>252</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions the Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p.45.

<sup>253</sup> Ph. LAUVAUX, *La dissolution des Assemblées Parlementaires*, op cit, p. 123 et suivantes.

<sup>254</sup> E FORSEY, op cit, p. 267 et suivante.

<sup>255</sup> Cette idée est notamment reconnue au point 20(d) (non retenu) des résolutions par la Commission Constitutionnelle d'Adélaïde, de 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal and Constitutional Committee, juin 1985, p. 50.

<sup>256</sup> Ph LAUVAUX, *La Dissolution des Assemblées Parlementaires*, op. cit., p. 127.

<sup>257</sup> E. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, op. cit., p. 268.

<sup>258</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p.41.

La grande majorité des auteurs s'accorde pour souligner qu'un gouvernement majoritaire dispose d'un droit automatique à la dissolution et ce, quelles que soient les échéances électorales. L'argument n'est pas fondé sur le fait que le gouvernement dispose de la majorité, mais davantage sur le fait que la formation de tout gouvernement alternatif est impossible<sup>259</sup>.

Cette situation est formalisée par la résolution adoptée par la Commission Constitutionnelle de Brisbane de l'été 1985. Ainsi, la pratique J prévoit : « *que lorsque le Premier ministre, qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants, remet au Gouverneur-général une requête de dissolution, celui-ci est tenu d'agir en conséquence*<sup>260</sup> ».

Dans le même sens, le *Cabinet manual* de Nouvelle-Zélande prévoit au point 6.57 que « *le gouverneur-général agira suivant l'avis de dissolution anticipée d'un Premier ministre, tant que le gouvernement dispose de la confiance de la Chambre et que le Premier ministre apparaît comme le chef de celui-ci*<sup>261</sup> ».

Ces éléments contredisent l'analyse, volontairement large, de Frederic Maitland qui souligne que « *s'agissant du moment opportun de la dissolution, il n'existe pas de règle clairement identifiée*<sup>262</sup> ». Anne Twomey insiste sur le fait que la dissolution doit être un outil de dernier recours, lorsque toutes les autres possibilités, notamment les gouvernements alternatifs ont été épuisés<sup>263</sup>.

Par ailleurs, le développement de la codification conduit à redéfinir l'exercice de cette prérogative. L'apparition de lois relatives aux échéances fixes des parlements<sup>264</sup> a tendance à faire disparaître la dissolution anticipée. Ces nouvelles dispositions

---

<sup>259</sup> I. JENNINGS, *Cabinet Government*, op. cit., p. 438.

<sup>260</sup> Pratique J, *Second Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal and Constitutional Committee, mars 1986, p. 35.

<sup>261</sup> Point 6.57, *New Zealand Cabinet Manual*, Cabinet Office, Wellington, avril 2008, p. 84.

<sup>262</sup> F. W. MAITLAND, *Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 1931, p. 404 et suivantes.

<sup>263</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op. cit., p. 410 et suivantes.

<sup>264</sup> On pensera au *Fixed term parliament act* (Royaume-Uni), aux provinces canadiennes, à la loi fédérale canadienne de 2008, aux États australiens ou à la formalisation dans le *New Zealand Constitution Act* 1986.

entraînent une redéfinition des rapports entre le cabinet et l'opposition. Plus largement, les dispositions constitutionnelles ou les lois relatives à l'usage de la dissolution encadrent juridiquement son exercice jusqu'ici régi par les conventions.

La dissolution anticipée révèle ainsi toute la complexité<sup>265</sup> des rapports entre la Couronne et son gouvernement, entre droit constitutionnel et enjeu politique.

Les exercices contentieux de la dissolution ont conduit à dégager des cas dans lesquels un refus est justifié. On pensera ainsi au cas d'un gouvernement minoritaire qui tenterait, par le jeu de la dissolution, d'obtenir la majorité dont il a été privé à la sortie des urnes<sup>266</sup>. Dans le même sens, la Couronne a le devoir d'empêcher les détournements de la dissolution à des fins purement politiques. C'est ainsi que la doctrine a pu dégager le principe selon lequel « *dissolution sur dissolution ne vaut*<sup>267</sup> ». En application de ce principe, la Couronne a pu valablement refuser une dissolution à un gouvernement, alors que le Parlement nouvellement élu ne s'était pas encore réuni<sup>268</sup>. Ce raisonnement s'applique également pour un gouvernement censuré à la suite d'une adresse au discours du Trône<sup>269</sup>.

Ainsi, le Gouverneur de Tasmanie William Ellison-Macartney a refusé le bénéfice d'une dissolution au gouvernement de Albert Solomon, avant d'appeler le chef de l'opposition John Earl<sup>270</sup>. Ces événements démontrent la valeur relative d'une motion de censure, qui n'apparaît plus comme un motif de dissolution automatique si un autre cabinet est susceptible de gouverner<sup>271</sup>.

---

<sup>265</sup> Eugene Forsey dans son ouvrage de référence prouvera d'ailleurs qu'il s'agit de l'une des questions qui mobilise le plus grand nombre de précédent, E. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, op. cit., p. 6 et suivantes.

<sup>266</sup> Deux exemples de cela dans l'Etat de Victoria en 1950 ou en 2017 en Colombie britanniques. Dans les deux cas, le Premier ministre a cherché à obtenir une dissolution afin de renforcer sa majorité, A TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op cit, p. 432.

<sup>267</sup> E. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, op. cit., p. 260. Ou Ph. LAUVAUX, *La Dissolution des Assemblées Parlementaires*, op. cit., p. 222 et suivantes.

<sup>268</sup> Dans l'Etat de Tasmanie en 1989 ou dans la province de l'Ontario en 1985.

<sup>269</sup> Dans la Province du Nouveau Brunswick en 1883.

<sup>270</sup> Cette désignation a été critiquée par l'Angleterre car le Gouverneur avait conditionné la nomination à une requête de dissolution. Voir A. TWOMEY, *The Cameleon Crown*, Sydney, Sydney, The Federation Press, 2006, p. 72. Pour davantage de détails W. COX, *Exercise of the Reserve Powers of the Governor of Tasmania*, Actes de la 22ème journée d'étude de la Société Samuel Griffith, août 2011, p. 1 et suivante.

<sup>271</sup> Voir les nombreux exemples développés par Eugène Forsey qui tendent à nuancer la valeur de la motion de censure dans E. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution*, op. cit.

L'exercice de la dissolution anticipée (en particulier les refus) dans les dominions, notamment en Australie et au Canada conduit à s'interroger sur l'existence et la portée d'une convention de la constitution qui imposerait un comportement à la Couronne. Le conflit canadien de 1926 entre Lord Byng et Mackenzie King a posé la question des limites à cette prérogative, parfois au prix de controverses politiques.

Les conflits nés de l'usage de la dissolution posent en toile de fond la difficile conciliation entre deux principes cardinaux : celui du gouvernement responsable et celui du gouvernement représentatif, souvent interprétés différemment par les acteurs politiques. Le législateur ou le constituant ont pu chercher dans la codification une solution illusoire à l'apparente indétermination des règles.

#### A- le rejet de la requête de dissolution anticipée : une volonté de limiter l'influence du chef du gouvernement

L'usage de la dissolution par le Monarque et ses représentants, sur les recommandations du gouvernement responsable, symbolise le renforcement de la fonction primo-ministérielle. A ce titre, Eugene Forsey souligne que « *la croissance sans précédent des pouvoirs du cabinet, et notamment du Premier ministre, soulève la question des pouvoirs réservés du souverain. Le pouvoir de forcer ou de refuser une dissolution ne serait-il pas le dernier rempart contre une dictature du Premier ministre, temporairement au pouvoir ?*<sup>272</sup> ».

Cette garantie du principe du gouvernement représentatif commande que des élections libres et régulières aient lieu. Dans le cadre de la dissolution, il est important que le gouvernement apparaisse responsable devant le peuple par l'intermédiaire du parlement et non que ce dernier apparaisse comme la « *chose du gouvernement*<sup>273</sup> ». Admettre que la Couronne soit privée de toute marge de manœuvre dans l'exercice de

---

<sup>272</sup> E. A. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, op. cit., p. 7.

<sup>273</sup> E. A. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, op. cit., p. 258.

la dissolution priverait le parlement de son indépendance. Ainsi, la Couronne n'est jamais véritablement liée par l'avis de son gouvernement<sup>274</sup>.

Forsey dresse une liste de sept critères susceptibles de guider la Couronne dans l'usage de la dissolution<sup>275</sup>. La Couronne, gardienne de l'ordre constitutionnel, aura toujours à l'esprit des considérations qui dépassent la seule sphère politique. A ce titre, il est important de préserver la neutralité de cette dernière au risque de déstabiliser les institutions<sup>276</sup>. A de rares exceptions, il a pu arriver que la Couronne « *force des dissolutions* » afin d'arbitrer un conflit entre le gouvernement et le parlement. Eugène Forsey identifie un seul cas de dissolution forcée dans l'Empire<sup>277</sup>.

Dans la même veine, le lieutenant-gouverneur du Nouveau Brunswick a très largement influencé et insisté pour que le gouvernement demande une dissolution<sup>278</sup>, en 1856. Cette idée a été formalisée à la marge, au point 22 des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle d'Adélaïde de 1983 : « *si le Premier ministre refuse de recommander une dissolution, alors que le Gouverneur-général aurait mis fin au fonction de ce dernier, il est en droit de nommer un nouveau Premier ministre dans le seul but de gérer les affaires courantes, durant les périodes de dissolution et d'élections. La personne ainsi nommée doit pleinement accepter d'assumer la responsabilité de la dissolution*<sup>279</sup> ».

On notera, que le gouverneur-général, même lorsqu'il force une dissolution, ne devra jamais agir directement. Il devra nommer un Premier ministre qui endossera cette

---

<sup>274</sup> Cet argument a été avancé dans l'Etat de Tasmanie en 1950, 1956 et 1959, E CAMPBELL, « The Prerogative Power of Dissolution : Some Recent Tasmanian Precedents », *Public Law*, 1961, p.165 à 179.

<sup>275</sup> E. A FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 268 à 270

<sup>276</sup> Un usage apparemment partial de la dissolution a pu conduire (souvent à tort) certains Gouverneurs généraux, notamment à démissionner. On pensera à la démission de Lord Bying en 1926 (après le retour de Mackenzie King au pouvoir) ou la démission, plus tardive certes, de John Kerr en 1977. Cette démission fut imputée à des ennuis de santé mais elle s'inscrit en réaction directe au conflit de 1975. Par ailleurs, la candidature de John Kerr comme représentant de l'Australie à l'UNESCO sera finalement bloquée en punition pour les événements de 1975, voir JB APUL, « 1975 and all that, partisan perspectives on the dismissal and their implications for further debates on the constitution », *Monash University Law Review*, vol.25, n°2, 1999, p. 317 à 374.

<sup>277</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 71.

<sup>278</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 46. Voir également sur la dissolution forcée, A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op. cit., p. 480 et suivantes.

<sup>279</sup> Point 22 (non retenu) des des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 52.

décision. Il s'agit de concilier la position d'un chef de l'exécutif irresponsable avec le principe du gouvernement responsable.

La Couronne ou son représentant seront toujours attentifs à deux éléments fondamentaux, d'une part les raisons de la dissolution et d'autre part, le fonctionnement régulier du parlement. En effet, la Couronne cherchera à évaluer les raisons qui président au recours à une dissolution anticipée. Il sera alors question de la « *constitutionnalité* » de la dissolution<sup>280</sup>. Ce recours au peuple est-il justifié ou la dissolution est-elle détournée par le Cabinet afin de renforcer sa majorité<sup>281</sup> ?

L'ancien gouverneur-général Paul Hasluck souligne « *que repose sur les épaules du Gouverneur-général la responsabilité solennelle de considérer la nécessité d'une dissolution afin de servir l'objectif d'une bonne gouvernance, en demandant au peuple d'arbitrer un conflit que le parlement n'est pas en mesure de résoudre lui-même*<sup>282</sup> ». Au-delà des cas évidents dans lesquels une dissolution sera refusée, il existe des cas plus discutables qui ont donné lieu à de nombreux commentaires.

Par exemple, un refus sera justifié, dans les cas où le Premier ministre recommande une dissolution sans assurer le vote d'une loi de finances<sup>283</sup>. La pratique M, issue du travail de la Commission constitutionnelle de Brisbane, de 1985, a reconnu cette nécessité. Ainsi, elle prévoit que : « *lorsque le Premier ministre recommande une dissolution, il doit assurer au Gouverneur-général que le Parlement a accordé ou accordera au gouvernement, avant la dissolution, les subsides suffisants pour assurer le fonctionnement régulier de l'administration durant la période électorale* ». Cette formulation apparaissait déjà au point 24 (non retenu) des résolutions adoptées par la

---

<sup>280</sup> H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, Londres, The Law Book Company Limited, 1987, p. 41 et suivantes.

<sup>281</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions the Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 38. L'auteur souligne que « *le recours répété à la dissolution afin de renforcer une majorité justifierait un rejet de dissolution. Des requêtes répétées de dissolutions conduiraient à jeter le peuple dans les tourments renouvelés des élections [législatives] générales* ».

<sup>282</sup> P. HASLUCK, *The Office of Governor-General*, Carlton, Melbourne University Press, 1979, p. 16.

<sup>283</sup> Cela fut par exemple le cas dans la province du Québec en 1879 lorsque le Lieutenant-Gouverneur refusa à Joly de Lotbinière une dissolution à la suite d'un rejet de la loi de finance par le Conseil Législatif, D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, Toronto, Dundurn, 2013, p. 120.

Les crises australiennes au niveau national de 1975 ou dans l'Etat de Victoria de 1952 présentaient les mêmes caractéristiques. Voir J. B. PAUL, « *Governors and Politicians : the Australian States Principally in the 1940s and 1950s* », in D. A. LOW (dir), *Constitutional Heads and Political Crises: Commonwealth Episodes, 1945-85*, Londres, Macmillan Press, 1988, p. 44 et suivantes.

Commission Constitutionnelle d'Adélaïde de 1983<sup>284</sup>. A n'en pas douter, elles sont une réponse au blocage institutionnel de 1975<sup>285</sup>.

Il est essentiel de revenir sur le conflit institutionnel canadien de 1926 est devenu un cas d'école. Le gouverneur-général Lord Byng refusa à Mackenzie King, Premier ministre, à la tête d'une courte majorité de coalition<sup>286</sup>, le bénéfice d'une dissolution.

Soulignons que le dernier refus de dissolution date du dernier gouvernement de la Confédération canadienne, en 1864<sup>287</sup>. Lord Monck exprima quelques réticences à l'idée de dissoudre, à la suite de la censure du cabinet Taché-Macdonald. Ces événements précèdent la naissance du dominion<sup>288</sup>.

S'agissant de la crise de 1926, la volonté de Mackenzie King était d'éviter le vote d'une motion de censure à son encontre. En effet, une commission d'enquête avait relevé des manquements et irrégularités du département des douanes. Le rapport de la commission présenté le 18 juin donna lieu à un débat au cours duquel le député Stevens proposa un amendement (le 22 juin) afin de condamner le Premier ministre et le ministre des douanes. En réponse, un sous-amendement fut déposé par le député Woodsworth afin déculpabiliser Messieurs King et Aziz et de condamner les fonctionnaires. Finalement, un troisième sous-amendement plus général fut adopté au prix d'une bataille législative, à la suite de quoi la Chambre fut ajournée de justesse.

---

<sup>284</sup> Point 24 (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 52

<sup>285</sup> *Pratique M, Second Report on Australian Constitutional Convention* Brisbane, (29 juillet-1er août 1985), Legal & Constitutional Committee, mars 1986, p. 35.

Les deux exemples australiens diffèrent en ce que dans le cas de 1975, le gouverneur-Général a accordé au leader de l'opposition, censuré, une dissolution, préalablement refusée. Dans le cas de l'Etat de Victoria le Gouverneur Dallas Brooks a rappelé MacDonald, le Premier ministre démissionnaire pour lui accorder la dissolution.

<sup>286</sup> Les élections du 29 octobre 1925 n'accordèrent à King que 101 sièges contre 117 pour le parti conservateur et 28 sièges pour le parti progressiste. Les alliances formées avec des partis minoritaires ont permis au parti libéral de gouverner de janvier à juin 1926 sans difficultés particulières.

<sup>287</sup> Durant la période de la Province Unie du Canada, on relèvera d'une part, le refus « *anticipé* » d'Edmund Walker Head au cabinet MacNab-Morin et d'autre part, le refus de dissolution opposé au gouvernement Brown-Dorion en 1858 sur la base de suspicion de corruption. Le gouverneur-général souligne qu'il convient « *d'épuiser toutes les alternatives avant de soumettre pour la deuxième fois dans la même année, le peuple aux inconvénients d'une dissolution* ». Finalement, le gouvernement démissionna et fut remplacé par George-Etienne Cartier et John Alexander Macdonald. Cette démarche visait à préserver la continuité du gouvernement.

Pour une analyse voir, E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 49 à 52.

<sup>288</sup> D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, op. cit., p. 61.

Entre le 26 et le 28 juin, le Premier ministre King adressa une demande de dissolution, « à laquelle il estimait avoir droit », au gouverneur-général qui la lui refusa. Devant ce refus, Mackenzie King n'eut d'autre choix que de démissionner<sup>289</sup>. Il fut remplacé sans attendre par le chef de l'opposition, Arthur Meighen, qui avait assuré à Lord Byng être en mesure de gouverner<sup>290</sup>. Le 29 juin, le gouvernement parvint à faire adopter l'amendement Stevens condamnant Mackenzie King<sup>291</sup>. A la faveur d'une motion relative à l'irrégularité de la composition du gouvernement, le gouvernement d'Arthur Meighen fut mis en minorité à une voix près<sup>292</sup>. Ce dernier recommanda alors la dissolution qui fut accordée le 2 juillet. Les élections du 14 septembre 1926 ont frappé comme une sanction, tant pour Arthur Meighen, que pour le gouverneur-général Julian Byng. En effet, le parti Libéral remporta une majorité de 116<sup>293</sup> contre 91 pour le parti Conservateur d'Arthur Meighen<sup>294</sup>. Le 25 septembre, Lord Julian Byng quitta ses fonctions, laissant l'histoire comme seul juge de son action, convaincu qu'il avait agi dans l'intérêt du Canada<sup>295</sup>.

Le recours à la dissolution obéit à un ensemble de facteurs et d'éléments de nature politique. L'intérêt de ces éléments est de démontrer que le recours à la dissolution est un exercice qui peut, parfois, être l'objet d'une instrumentalisation.

*A contrario*, dans des circonstances relativement semblables, l'élection australienne de 1975 a reconduit Malcom Fraser, jusqu'ici Premier ministre par intérim. Cette comparaison, certes anecdotique, permet de conclure à la difficile systématisation des règles constitutionnelles qui encadrent le recours aux prérogatives.

---

<sup>289</sup> Il quitta le pouvoir sans attendre la fin de la transition.

<sup>290</sup> Pour une analyse détaillée E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit. p. 134.

<sup>291</sup> Le Professeur Philippe Lauvaux souligne qu'il s'agit en substance d'une censure *a posteriori*, Ph LAVAUX, *La Dissolution des Assemblées Parlementaires*, op. cit., p. 121. En toute mauvaise foi, Mackenzie King contesta cette censure déguisée, au motif « qu'aucune motion dont l'objet était de défaire le gouvernement, n'était en débat », A. B. KEITH, *Speeches and Documents on the British Dominions 1918-1931*, oxford, Oxford University Press, (1932), 1948, p. 151.

<sup>292</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 139.

<sup>293</sup> 16 sièges de plus que lors des élections de 1925.

<sup>294</sup> 23 sièges de moins que lors des élections de 1925.

<sup>295</sup> Lors de la campagne de l'automne 1926, Mackenzie King avait d'ailleurs lourdement insisté sur le fait que, Lord Byng, citoyen britannique, agissait sur les ordres et dans le seul intérêt de l'Angleterre.

La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si le gouverneur-général Lord Byng avait agi conformément aux règles constitutionnelles. Était-il « *en droit* » de refuser la requête de dissolution adressée par Mackenzie King, pour finalement l'accorder au chef de l'opposition Arthur Meighen<sup>296</sup> ? La composition du Parlement apporte un certain éclairage sur la situation. A l'issue des élections, le parti libéral de Mackenzie King ne disposait pas d'une majorité claire ; par ailleurs, la loi de finances n'avait pas, au moment de la demande de dissolution, été votée. Au surplus, la nouvelle Chambre des communes n'avait pas encore achevé sa première session. Dès lors, sur le fondement de cette analyse, le refus semblait justifié. Par ailleurs, la composition du parlement, proche de celle d'un *hung parliament*, parlement sans majorité, rendait tout à fait possible la formation d'un autre gouvernement avant de recourir à la dissolution. Le refus opposé par Lord Byng visait à empêcher le gouvernement de Mackenzie King de se soustraire au jugement du Parlement. En effet, le recours à des élections anticipées aurait paralysé le contrôle parlementaire, pour s'en remettre directement au tribunal de l'opinion, en instituant ainsi l'immunité du cabinet<sup>297</sup>. S'il ne conteste pas le recours à la dissolution Herbert Vere Evatt<sup>298</sup>, souligne qu'il aurait été plus opportun de rappeler Mackenzie King au pouvoir « *en espérant* » que ce dernier demande une nouvelle dissolution<sup>299</sup>, qui lui aurait été, cette fois, accordée. En effet, selon ce dernier, Mackenzie King était à l'origine de la demande de dissolution. Moins mesuré, Arthur Keith souligne que le refus opposé par Rideau Hall symbolise la régression du Canada à l'état de colonie, semblable à celui des Etats australiens<sup>300</sup>.

Cette idée contestable fut formalisée par la Commission Constitutionnelle d'Adélaïde, de 1983, au point 20 (d), consacré à la désignation du Premier ministre. Le point 20(d) est rédigé comme suit : « *lorsque d'une part, le Gouverneur-général refuse d'accorder au Premier ministre une dissolution et que d'autre part, le Premier ministre*

---

<sup>296</sup> Pour deux analyses contradictoires voir E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, *op. cit.*, p. 204 et suivantes et H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, *op. cit.*, p. 60 et suivantes.

<sup>297</sup> R. DAWSON, « The Constitutional question », *Dalhousie Review*, vol. 6, n°3, p. 332 à 337.

<sup>298</sup> H. V. EVATT, *The Royal Prerogative* *op. cit.*, p.61 ou sur la question d'un nouveau gouvernement possible E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>299</sup> H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>300</sup> Cité dans H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, *op. cit.* p. 55. C'est d'ailleurs un élément sur lequel il finira par revenir en reconnaissant la différence de statut entre le dominion du Canada et les Etats australiens. Il admettra l'existence de plusieurs formes de fédéralismes au sein de l'Empire.

*désigné en remplacement ne parvient pas à obtenir la confiance de la Chambre des représentants, le Premier ministre sortant est réintégré et obtiendra le bénéfice d'une dissolution accordée par le Gouverneur-général<sup>301</sup> ». On voit ici la proximité qui existe entre les composantes du Commonwealth. Enfin, il apparaît clairement que ce sont les événements canadiens de 1926 qui ont inspiré cette formulation australienne.*

Toutefois, Eugene Forsey conteste cette analyse en apportant deux éléments. D'une part, rappeler le Premier ministre limogé contribuerait à affaiblir le représentant de la Couronne, en le rendant responsable de collusion. D'autre part, l'auteur souligne que les requêtes en dissolution adressées par King et Meighen ne sont en réalité pas les mêmes<sup>302</sup>.

Les deux situations n'ont en effet rien en commun. King a requis une dissolution afin d'éviter une motion de censure, alors que Meighen, censuré en raison des circonstances liées à la formation de son gouvernement, s'est retrouvé privé de l'appui nécessaire des Indépendants.

Devant l'incapacité de deux gouvernements successifs, Lord Byng a légitimement conclu au besoin de recourir à la dissolution. L'idée d'appeler au pouvoir un troisième gouvernement était pourtant, inenvisageable<sup>303</sup>. Lord Byng, au moment de la dissolution, avait ainsi exploré tous les choix à sa disposition. Il choisit de préserver le système parlementaire, en refusant la dissolution à Mackenzie King, et en appelant au pouvoir Arthur Meighen. Devant ce nouvel échec, il s'est alors incliné devant le système représentatif en remettant entre les mains des électeurs<sup>304</sup> l'issue de la crise.

Dans une réédition de son ouvrage en 1990, Forsey revient sur les événements de la crise de 1926 et réaffirme avec force l'analyse qu'il avait déjà conduite en 1943. Il

---

<sup>301</sup> Point 20(d) (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adelaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 51.

<sup>302</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>303</sup> Alan Lascelles remarque d'ailleurs dans son étude de l'usage de la dissolution par la Monarque, qu'en 1926 Lord Byng n'avait d'autre choix que dissoudre, un gouvernement alternatif n'étant pas susceptible d'être formé. Il note que « *la troisième condition* [trouver un Premier Ministre capable de former un gouvernement viable avec le soutien effectif de la Chambre des communes] *s'est révélée illusoire* », A. LASCELLES, « Dissolution of Parliament : Factors in Crown's Choice », *The Times*, 2 mai 1950, p. 5.

<sup>304</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, *op. cit.*, p. 10.

précise : « *si un gouvernement contre lequel une motion de censure est en débat se voit constitutionnellement autorisé à dissoudre, alors aucun gouvernement ne sera à l'avenir censuré ou renversé par un vote de la Chambre, sauf s'il y consent*<sup>305</sup> ». Il ajoute que cela réduirait à néant le rôle de contrôle de la Chambre des communes<sup>306</sup>.

Un demi-siècle plus tard, le *Manual of Official Procedures of the Government of Canada* rappelle que « *le Gouverneur-général dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le recours à la dissolution. Il est ainsi en mesure d'apprécier si la requête de dissolution adressée par le Premier ministre est justifiée, eu égard à la pratique constitutionnelle canadienne. Un refus de dissolution vaut retrait de la confiance au Premier ministre et pourrait entraîner des difficultés immédiates et sérieuses, comme en 1926*<sup>307</sup> ». Le manuel poursuit en soulignant que « *s'agissant du recours à la dissolution, l'opinion dominante reconnaît que le Gouverneur-général dispose toujours d'une marge d'appréciation, même après la crise de 1926. Ces événements n'ont pas conduit à la disparition de la marge d'appréciation du Gouverneur-général lui permettant de refuser une dissolution. Ces événements ont toutefois mis en lumière les circonstances limitées dans lesquelles la requête en dissolution peut être rejetée*<sup>308</sup> ».

A l'image des crises australienne de 1975 et néozélandaise de 1984, qui ont influencé respectivement le travail des commissions constitutionnelles de 1983 et 1985 ou le *Constitution Act* de 1986, la crise canadienne de 1926 a conduit à une réflexion sur le fonctionnement des institutions. Toutefois, le *Manual of Official Procedure of the Government of Canada* frappe tant par sa brièveté, que par le manque de profondeur de l'analyse. En effet, cette dernière ne tire pas toutes les conséquences des circonstances qui peuvent conduire à un refus de dissolution, notamment l'existence d'un gouvernement alternatif, susceptible de gouverner. On peut y voir ici la prudence du corps politique face à une tentative de formalisation, trop rigide ou trop précise,

---

<sup>305</sup> En italique dans le texte.

<sup>306</sup> *Evatt and Forsey on the Reserve Powers*, Sydney, Legal Book, 1990. Introduction par E. A. Forsey, p. xix-xx.

<sup>307</sup> *The Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Ottawa: Government of Canada, 1968, p. 149.

<sup>308</sup> *The Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Ottawa : Government of Canada, 1968, p. 150.

d'une règle jusqu'ici soumise à la pratique. C'est d'ailleurs cet argument qui a motivé les rejets formulés entre 1904 et 1909 en Australie<sup>309</sup>.

La Nouvelle-Zélande n'a connu que peu de difficultés relatives à l'usage de la dissolution anticipée. On aurait pu croire que l'introduction d'un scrutin proportionnel aurait entraîné un intérêt renouvelé pour la question<sup>310</sup>. Toutefois, il apparaît que ce mode de scrutin n'engendre de difficultés qu'au moment de la formation de gouvernements. S'agissant des requêtes de dissolutions anticipées, Eugene Forsey relève deux exemples dans son ouvrage, de l'époque coloniale<sup>311</sup>. Le premier exemple de rejet remonte à 1872, lorsque le Gouverneur George Ferguson Bowen refusa à Edward Stafford le bénéfice d'une dissolution, à la suite d'une censure de son gouvernement. Les arguments avancés par le Gouverneur sont résumés en trois points : premièrement, la dernière dissolution remontait à dix-huit mois à peine ; deuxièmement des dissolutions répétées nuiraient à l'indépendance des membres du Parlement ; troisièmement, la question ayant entraîné la censure était une purement politique et ne concernait pas l'opinion publique. Par ailleurs, Edward Stafford était convaincu qu'il pouvait renforcer sa majorité en ayant recours aux urnes. Cet argument n'a pas convaincu le gouverneur<sup>312</sup>. Le Premier ministre démissionna et fut remplacé successivement par Georges Waterhouse (pour cinq mois), William Fox (pour un mois), et finalement Julius Vogel qui parvint à gouverner jusqu'en 1875<sup>313</sup>.

Le second exemple date de 1877 et présente une situation dans laquelle les circonstances étaient sensiblement les mêmes. Le gouvernement de George Grey s'est trouvé en minorité et requit une dissolution qui lui fut refusée. Dans ses arguments le

---

<sup>309</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 35, H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, op. cit., p. 50 ou I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit. p. 166.

<sup>310</sup> C. MORRIS, « The Governor-General, the Reserve Powers, Parliament and MMP : a New Era », art. cit., ou plus largement sur la marge de manœuvre du gouverneur-général en Nouvelle-Zélande, R. Q. QUENTIN-BAXTER, « The Governor-General's Constitutional Discretions : An Essay Towards a Redefinition », art. cit. Geoffrey et Matthew Palmer relèvent que l'introduction du système de représentation proportionnelle n'a entraîné aucune difficulté dans l'usage de la dissolution, G. PALMER, M. PALMER, *Bridled Power New Zealand and Government under MMP*, 3<sup>ème</sup> éd., Auckland, Oxford University Press, 1997, p. 47 et suivante. Voir également G. PALMER, M. PALMER, *Bridled Power New Zealand's Constitution and Government*, 4<sup>ème</sup> éd., Melbourne, Oxford University Press, p. 60 et suivante.

<sup>311</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p. 40 à 44.

<sup>312</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p.41.

<sup>313</sup> A. B. KEITH, *Constitutional Law of the British Dominions*, op. cit., p. 186.

Marquis de Normanby objecta (en reprenant les arguments de son prédécesseur) que le budget n'avait pas encore été adopté<sup>314</sup>. Sur l'insistance de son Premier ministre, il n'hésita pas à rappeler qu'il « *détenait un pouvoir discrétionnaire en matière d'ajournement ou de dissolution*<sup>315</sup> ». Ces arguments furent repris dans un échange avec le Premier ministre en date du 6 décembre 1877, dans lequel le Gouverneur rappela que « *l'objet de la dissolution n'était pas de maintenir le cabinet [actuellement] au pouvoir*<sup>316</sup> ». Cet échange intervint alors que le Premier ministre adressait une nouvelle demande de dissolution à la suite d'un ajournement. Afin d'appuyer sa décision, le Gouverneur saisit Londres. Michael Hicks-Beach, Secrétaire de la Reine aux Colonies, confirma le choix du Marquis de Normanby. Alors que Forsey affirme que M. Hicks-Beach valida le bienfondé du refus de dissolution, le compte rendu détaillé d'Alpheus Todd semble révéler que ce dernier ne s'est pas prononcé sur le fond de la question, mais qu'il s'est contenté d'affirmer que les représentants de la Couronne disposaient d'un pouvoir discrétionnaire dans l'usage de leurs prérogatives<sup>317</sup>. Finalement, George Grey ne remit pas sa démission et parvint à mener la session parlementaire à son terme. Le recul et l'instinct du gouverneur-général se sont révélés excellents conseillers.

Les éléments intéressants de ces deux exemples résident d'une part dans le fait que le rôle de représentant de la Couronne était à l'époque conçu comme une réelle fonction dépendante de Westminster et d'autre part, dans le fait que le Conseil Législatif avait une durée de vie de cinq ans. Arthur Keith conduit la même analyse<sup>318</sup> et relève que le gouverneur disposait d'une réelle discrétion, qui lui permettait « [déjà] *de recourir à la dissolution dans l'intérêt du peuple*<sup>319</sup> ». Les demandes manifestement déraisonnables étaient ainsi rejetées.

Ce calme institutionnel relatif s'explique aujourd'hui par la brièveté des sessions parlementaires, limitées à trois ans depuis 1879. L'exercice de la dissolution anticipée

---

<sup>314</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p.43.

<sup>315</sup> A. TODD, *Parliamentary Government in the British Colonies*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Longmans, Green & Co, 1894, p. 777.

<sup>316</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op. cit., p.44.

<sup>317</sup> A. TODD, *Parliamentary Government in the British Colonies*, op. cit., p. 778

<sup>318</sup> A. B. KEITH, *The King and the Imperial Crown*, Londres, Longman, Green & Co., 1936, p. 180 à 220.

<sup>319</sup> A. B. KEITH, *ibid.*, p. 202.

était exceptionnel et le gouverneur-général n'y eut jamais recours lorsque le gouvernement disposait d'une majorité stable<sup>320</sup>.

Plus récemment toutefois, les grèves de 1951 ont conduit le gouverneur-général, sur les recommandations de Sidney Holland, à prononcer une dissolution anticipée le 27 juillet 1951, soit plusieurs mois avant l'échéance normale du Parlement prévue en 1952. Sydney Holland, sévèrement critiqué pour sa gestion de la crise, y vit une occasion de renforcer sa majorité<sup>321</sup>.

Cet argument fut également à l'origine des requêtes de dissolutions anticipées de 1984 et 2002<sup>322</sup>, demandées respectivement par Robert Muldoon et Helen Clark. Dans chacun des cas, le gouverneur-général s'est assuré d'une part, que le gouvernement disposait d'une majorité et d'autre part, qu'un gouvernement alternatif n'était pas susceptible d'être formé<sup>323</sup>. Ces observations confirment l'idée selon laquelle le gouverneur-général, avant de refuser ou d'autoriser une dissolution, conduira sa propre analyse de la situation. Cette approche est également à l'origine de la réserve de Lord Jellicoe, lorsque le gouvernement Massey a émis l'idée de recourir à la dissolution en cas de censure<sup>324</sup>.

Les Etats australiens et les provinces canadiennes offrent également des exemples intéressants en la matière. A l'image du niveau fédéral, les provinces canadiennes ont connu des cas de refus de dissolution qui ont donné lieu à des crispations entre Lieutenant-gouverneurs et Premier ministres, ces derniers s'arrogeant une influence particulière dans l'exercice du droit de dissolution. En effet, à de nombreuses occasions, le représentant de la Couronne a eu l'opportunité de rappeler que la dissolution n'était pas un dû, qu'elle n'était pas automatique, à l'image de

---

<sup>320</sup> J. F. NORTHEY, *The Dissolution of Parliaments of Australia and New Zealand*, vol.9, n°2, 1952, *University of Toronto Law Journal*, p. 294 à 304.

<sup>321</sup> Ph LAUVAUX, *La Dissolution des assemblées parlementaires*, op. cit., p. 457.

<sup>322</sup> S. CHURCH, « Chapt. 2 - Going Early », in J. BOSTON, S. CHURCH, S. LEVINE, *New Zealand Votes: the General Election of 2002*, Wellington, Victoria University Press, 2003, p. 28-44, p. 42 et suivantes.

<sup>323</sup> G. PALMER, M. PALMER, *Bridled Power, New Zealand's Constitution and Government*, op. cit., p. 61.

<sup>324</sup> Finalement le gouvernement n'a pas été censuré et le gouverneur-général n'eut pas besoin de trancher la question. A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op cit, p. 408-409.

l'avertissement du gouverneur de la province du Canada en 1854<sup>325</sup>. Ainsi, la menace d'une censure ou la censure effective d'un gouvernement<sup>326</sup> n'entraîne pas nécessairement la dissolution. Dans le même sens, une dissolution, requise quelques mois après les dernières élections, sera rejetée, quand bien même le gouvernement a essuyé une censure à la suite du discours du Trône<sup>327</sup>. Le même argument fut avancé en 1879 par le lieutenant-gouverneur de la province de Québec, Théodore Robitaille<sup>328</sup>. Le détournement de 1879 visait à renforcer le gouvernement, sans garantir le vote d'une loi de finances<sup>329</sup>. Le dernier rejet de dissolution canadienne, motivé par des raisons de légalité, remonte à 1891, dans la province de l'Ile du Prince Edouard<sup>330</sup>.

Les gouverneurs des Etats de Tasmanie en 1922<sup>331</sup>, de Victoria en 1950<sup>332</sup> ou 1952<sup>333</sup> et de Nouvelle-Galles du Sud en 1921<sup>334</sup> ont eu l'occasion de donner une application fidèle du recours à la dissolution anticipée. En effet, dans chacun des cas, un gouvernement de remplacement est mis en minorité et requiert alors une dissolution qui lui est refusée. Privé de la confiance du parlement, le gouverneur rappelle le gouvernement précédent à qui il accorde alors une dissolution. Eugene Forsey souligne qu'une telle configuration, extrêmement rare, ne se concrétise que dans le cas où la censure du premier gouvernement est « significative »<sup>335</sup>.

---

<sup>325</sup> E. A. FORSEY, *The Royal power of Dissolution*, op cit., p. 50 et suivantes.

<sup>326</sup> Province canadienne du Nouveau Brunswick en 1857, exemple cité dans E. A. FORSEY, *ibid*, p. 47.

<sup>327</sup> La dissolution précédente remontait à mai 1882. Le Lieutenant-gouverneur refusa au motif que « la dissolution d'une chambre fraîchement issue des urnes » n'était pas souhaitable, E. A. FORSEY, *ibid*, p. 49.

<sup>328</sup> « La durée de quatre ans entre chaque élection n'est pas excessive et ne pourra être raccourcie que pour des motifs impérieux », exemple issu d'un précédent dans la Province du Nouveau Brunswick en 1883 cité, dans E. A. FORSEY, *ibid*, p. 53.

<sup>329</sup> D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, op cit., p. 120.

<sup>330</sup> E. A. FORSEY, « The Crown and the Constitution », *The Dalhousie Review*, vol. 33, n°1, 1953, p. 31 à 49.

<sup>331</sup> W. COX, *Exercise of the Reserve Powers of the Governor of Tasmania*, Actes de la 22ème journée d'étude de la Société Samuel Griffith, août 2011, p. 3.

<sup>332</sup> Tom Hollway, à la tête du *Liberal and Country Party*, a requis auprès de Sir Dallas Brooks une dissolution après avoir essuyé une motion de censure. Le Gouverneur a, sans surprise, rejeté la requête et tenta de former un gouvernement alternatif, exemple cité dans I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 219.

<sup>333</sup> La dissolution a été refusée par le Gouverneur, Sir Dallas Brooks, à John MacDonald car ce dernier n'était pas parvenu à faire adopter une loi de finance. Plus généralement, Peter Boyce relève deux autres cas de refus de dissolution en 1943 et 1950. Voir P. BOYCE, *The Queen's Other Realms The Crown and Its Legacy in Australia, Canada and New Zealand*, Sydney, The Federation Press, 2008, p. 162 ou D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, op. cit., p.125.

<sup>334</sup> D'une manière générale, la dissolution n'a été que très peu refusée en Nouvelle-Galles du Sud. Anne Twomey relève 6 cas de refus entre 1856 et 1899. Le dernier cas date de 1921.

<sup>335</sup> E. A. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution*, op. cit., p.263.

On retrouve les grands principes qui guident le recours à la dissolution anticipée. Le représentant de la Couronne n'est pas un automate soumis aux décisions d'un gouvernement privé de la confiance du parlement. Le Vice-roi cherchera toujours à former un nouveau gouvernement. Il s'agit de faire primer le principe du gouvernement représentatif sur celui du gouvernement responsable. Une dissolution inconsidérée représenterait une « victoire sur l'électorat et non une victoire de l'électorat<sup>336</sup> ». Privé de la confiance du peuple, le gouvernement censuré perd ainsi, la faculté de conseiller la Couronne ou ses représentants. En effet, si le chef de l'exécutif n'avait qu'un rôle d'enregistrement d'une décision de dissolution sans prendre en compte l'existence d'un gouvernement virtuel cela aboutirait à favoriser le gouvernement au pouvoir qui n'est plus en mesure de gouverner au détriment d'un gouvernement, qui pourrait être mis en position de gouverner, sans être pour l'heure en état de le faire. Il s'agit de préserver la stabilité.

Pour s'assurer qu'un gouvernement soit viable « *pour une durée raisonnable* », le Gouverneur devra forger son intime conviction, en s'appuyant sur tout élément de nature à faciliter sa décision. Ainsi, l'apparition des accords de partis dans le cadre de la formation d'un parti de gouvernement ou un gouvernement minoritaire contribue à renouveler la question. Cette formalisation d'un accord entre partis politiques pèsera dans la décision du Gouverneur de former un nouveau gouvernement ou de dissoudre.

Cette dernière hypothèse eut lieu en Tasmanie, en 1989<sup>337</sup> et dans la Province de l'Ontario en 1985<sup>338</sup>. Rodney Brazier souligne d'ailleurs la valeur relative de tels pactes<sup>339</sup>, dont le seul intérêt est de préserver la neutralité de l'office du gouverneur-général. Tout au plus, ces engagements entre partis politiques servent d'indices au chef de l'Etat. Cette observation renforce l'analyse du professeur Geoffrey Winterton qui souligne que la « *seule considération à l'esprit du Gouverneur était la situation du*

---

<sup>336</sup> V. BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, Londres, Clarendon Press, 1995, p. 161 et suivantes.

<sup>337</sup> G. WINTERTON, « Tasmania's Hung Parliament of 1989 », *Public Law*, 1992, p. 423 à 451.

<sup>338</sup> R. BRAZIER, *Constitutional Practice, the Foundations of British Government*, 3<sup>ème</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 48 à 50.

<sup>339</sup> La crise canadienne de 2008 relative à l'usage de la dissolution et à la prorogation du Parlement tendent à le confirmer.

*parlement à un moment donné*<sup>340</sup> ». Toutefois, cette analyse ne rend pas justice à la clairvoyance de certains chefs de l'exécutif.

Dans le même sens, Geoffrey Marshall et Gaeme Moodie reconnaissent une certaine marge de manœuvre à la Couronne ou à ses représentants, afin de préserver l'équilibre du système de gouvernement. Ils soutiennent en effet qu'une requête de dissolution pourrait être refusée à un chef de gouvernement « *qui a perdu une élection générale et demande immédiatement une autre dissolution. Le Monarque serait sans aucun doute tenu, sinon obligé, de refuser la demande, en supposant toujours qu'un autre gouvernement pourrait être formé sans qu'une nouvelle élection soit nécessaire*<sup>341</sup>. [...] *Une dissolution pourrait difficilement être revendiquée par un Premier ministre qui aurait été écarté par l'électorat au profit d'une autre personnalité ou d'un autre parti. Le refus du Monarque d'une seconde dissolution immédiate confirmerait l'autorité de l'électorat contre une tentative de porter atteinte au système constitutionnel dans son ensemble* »<sup>342</sup>.

Alan « Tommy » Lascelles, secrétaire privé du Roi Georges VI puis de la Elisabeth II a, dans un souci de clarification et de pédagogie, adressé au journal le *Times* une lettre le 2 mai 1950, visant à livrer une analyse précise et exhaustive des différents facteurs pris en compte par la Couronne pour refuser ou accorder une dissolution. Il affirme ainsi, « *qu'il est évidemment indiscutable (et de bon sens) qu'un Premier ministre puisse requérir – et non exiger – que Son Souverain lui accorde une dissolution du Parlement. [Il est également indiscutable] que le Souverain, si tel est son désir, puisse refuser d'accéder à cette requête. Un tel dilemme incombe personnellement au Souverain, bien qu'il lui soit pleinement loisible de recueillir l'avis informel de toute personne qu'il jugera bon de consulter. Dans les limites du débat public, il peut être légitimement supposé qu'aucun Monarque avisé – [un Monarque] ayant à cœur l'intérêt réel du pays, la Constitution et la monarchie – ne refuserait une*

---

<sup>340</sup> G WINTERTON, G. WINTERTON, « Tasmania's Hung Parliament of 1989 », art. cit.

<sup>341</sup> Nous soulignons.

<sup>342</sup> G. MARSHALL, G. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Hutchinson University Library, p. 43 et suivantes.

*dissolution à Son Premier ministre, à moins d'être convaincu (1) que le Parlement en place est toujours viable et en mesure de travailler ; (2) qu'une élection serait préjudiciable à l'économie nationale et (3) qu'il peut trouver un autre Premier ministre susceptible de mener l'action de Son gouvernement pour une durée raisonnable, avec le soutien effectif d'une majorité à la Chambre des Communes »<sup>343</sup>.*

Dans le même ordre d'idée, Bradley Sleway, dans son examen de la Constitution de l'Australie-Méridionale, se livre à une analyse semblable. Il confirme que « *le Gouverneur dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refuser<sup>344</sup> une dissolution. La convention relative à l'usage de la dissolution est formulée de la manière suivante : (a) [...] Un Premier [ministre] disposant de l'appui de la chambre basse, qui insiste auprès du Gouverneur, est en droit de demander une dissolution.*

*(b) Le Gouverneur est tout à fait en position de refuser le recours à la dissolution demandée par un gouvernement qui aurait essuyé une motion de censure. Ce refus ne sera justifié que dans le cas où une personne est susceptible de commander un gouvernement viable à la tête d'une majorité. Cette dissolution pourra également être refusée si elle intervient de façon « prématurée ».*

*(c) Le Gouverneur est en droit de refuser une dissolution à un gouvernement sortant, défait aux élections, qui demanderait une nouvelle dissolution alors même que le nouveau Parlement n'a pas encore été réuni. Un tel refus serait justifié si le Gouverneur parvient à nommer un gouvernement de remplacement.*

*(d) La convention impose, au Premier [ministre] qui remet une requête de dissolution ou de prorogation, d'assurer au Gouverneur que le gouvernement dispose des finances nécessaires afin de fonctionner jusqu'à la prochaine réunion du Parlement.*

*(e) Le Gouverneur est en mesure de refuser le recours à la dissolution si les conditions énoncées à l'article du Constitution Act 1934 ne sont pas réunies<sup>345</sup> ».*

---

<sup>343</sup> A. LASCELLE (Senex), « Dissolution of Parliament : Factors in Crown's Choice », *The Times*, 2 mai 1950, p.5.

<sup>344</sup> Nous soulignons.

<sup>345</sup> B. SELWAY, *The Constitution of South Australia*, Sydney, The Federation Press, 1997, p. 44 et 45

Ainsi, les circonstances de dissolutions « classiques », comme les cas de doubles dissolutions permettent d'affirmer que le Premier ministre n'est jamais « en droit » d'obtenir une dissolution. En effet, les représentants de la Couronne sont soucieux de la stabilité des institutions et souvent réticents à jeter le peuple dans les aléas d'une élection. En substance, il s'agit de s'assurer que la dissolution est la seule solution à un conflit entre le gouvernement et le Parlement<sup>346</sup>. Le représentant de la Couronne n'est en effet pas limité à un simple rôle d'observateur d'une situation de fait<sup>347</sup>. La Couronne ne dispose que de la possibilité de refuser une dissolution et jamais – sauf à de très rares exceptions – d'en provoquer une<sup>348</sup>.

Le juge Michael Kirby souligne « *qu'il existe un large, mais nullement unanime, consentement sur l'idée que le Gouverneur dispose du « pouvoir discrétionnaire » de refuser une dissolution anticipée de l'Assemblée [législative] à un Premier [ministre] qui en fait la demande*<sup>349</sup> ». Cette analyse se fonde notamment sur une lecture stricte de l'article 10 du *New South Wales Constitution Act 1902*<sup>350</sup>, qui disposait que le Gouverneur était légalement en droit de dissoudre l'Assemblée législative<sup>351</sup>. Il poursuit toutefois en soulignant que l'interprétation de l'article a évolué depuis l'adoption de la Constitution.

Herbert Evatt<sup>352</sup> insiste sur le besoin de clarifier l'usage de ces règles informelles, en préservant leur flexibilité et ne demeure pas lié par des précédents trop précis<sup>353</sup>. Toutefois, Evatt met en garde contre la difficile entreprise qui viserait à tirer d'exemples des principes généraux sur l'exercice des pouvoirs de la Couronne<sup>354</sup>. Le gouverneur doit s'assurer qu'il n'existe pas de gouvernement susceptible de conduire les affaires de l'Etat au terme de la législature.

---

<sup>346</sup> P. HASLUCK, *The Office of Governor-General*, Carlton, Melbourne University Press, 1979, p.15.

<sup>347</sup> Ph. LAUVAUX, *La dissolution des assemblée parlementaires*, op. cit., p. 128.

<sup>348</sup> R. BRAZIER, *Constitution practice*, op. cit., p. 189.

<sup>349</sup> *Bignold v Dickson and Others*, (1991) 23 *New South Wales Law Reports*, p. 683 (p. 686)

<sup>350</sup> Avant la révision de 1995 l'article 10 disposait que le Gouverneur étant en droit de dissoudre l'Assemblée législative.

<sup>351</sup> *Bignold v Dickson and Others*, (1991), p. 687.

<sup>352</sup> H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, op. cit., p. 7.

<sup>353</sup> *Bignold v Dickson and Others*, citée, p. 696.

<sup>354</sup> H. V. EVATT, *ibid.*, p. 14.

De cette dernière observation découle l'idée que les recours contestables à la dissolution ont souvent eu lieu dans les circonstances de *hung parliament*<sup>355</sup>, de gouvernement minoritaire ou de parlement élu sur la base d'un scrutin proportionnel<sup>356</sup>.

La formalisation de cette marge de manœuvre reconnue au représentant de la Couronne a été entreprise, sans succès, par les Commissions Constitutionnelles australiennes de 1983 et de 1985. En effet, tout en reconnaissant que le gouverneur-général prononçait une dissolution sur l'avis du Premier ministre<sup>357</sup>, la commission d'Adélaïde de 1983 tendait à expliciter une grille de lecture, à l'attention du gouverneur-général, alors que la Commission de Brisbane de 1985 s'est avérée plus mesurée.

Ainsi, le point 25 des résolutions adoptées par la Commission d'Adélaïde était formulé comme suit « *lorsqu'une élection anticipée est demandée, l'avis doit être accompagné d'une déclaration écrite mettant en avant les raisons de prononcer une dissolution. Quoi qu'il advienne, le Gouverneur-général n'est jamais tenu d'accorder la dissolution.*

*Les éléments auxquels le Gouverneur-général doit être attentif lorsqu'il refuse une dissolution sont :*

- (a) si la durée depuis la dernière dissolution est insuffisante,*
- (b) si un cabinet alternatif, susceptible de gouverner en bonne intelligence avec la Chambre des représentants ainsi constituée, peut être formé et*
- (c) si une controverse au sein du Parlement ne trouve pas, ou n'est pas susceptible de trouver une issue<sup>358</sup> ».*

---

<sup>355</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 216 et suivantes.

<sup>356</sup> Cet argument est particulièrement important dans le cas de la Nouvelle-Zélande, voir, G. PALMER, M. PALMER, *Bridled Power*, *op. cit.*, p. 57 et suivantes. Voir également, C. MORRIS, « The Governor-General, the Reserve Power, Parliament and MMP : a New Era », art. cit.

<sup>357</sup> Pratique I commission de Brisbane : « *Le Gouverneur-général dissout la Chambre des représentants seulement sur avis du Premier ministre* », p. 34.

Point 23 non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde des 26 au 30 avril 1983 : « *le Gouverneur-général dissout la Chambre des représentants ou les deux chambres du Parlement seulement sur avis du Premier ministre* », cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 52.

<sup>358</sup> Point 25 (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d'Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 52-53.

Ces dispositions particulièrement détaillées ne sont pas sans rappeler, à grands traits, la grille d'analyse de Tommy Lascelles expliquée dans le *Times*<sup>359</sup>.

La pratique L des résolutions adoptées par la Commission de Brisbane se contente de rappeler que : « *tout avis du Premier ministre au Gouverneur-général relatif à la dissolution de la Chambre des représentants ou des deux chambres du Parlement et les réponses du Gouverneur-général s'y rapportant devront être mis par écrit et publié avant ou pendant la campagne électorale subséquente*<sup>360</sup> ».

Le recours à l'écrit dans les échanges entre le gouverneur-général et son Premier ministre répond à la volonté de rompre avec le secret qui entoure l'exercice des pouvoirs royaux. En imposant le recours à l'écrit, il s'agit de justifier la décision et de la publier, de forcer la transparence. Cet échange permettra, sans doute, de faire connaître les raisons qui ont présidé à la dissolution. Cette publicité permettra également au gouverneur-général de faire connaître ses arguments et de neutraliser toute accusation de partialité.

Le Monarque représente l'équilibre institutionnel et la continuité de l'Etat. La dissolution apparaît comme un outil d'arbitrage. Les règles qui entourent la dissolution sont des règles de nature institutionnelle qui organisent les rapports entre le cabinet et le Parlement, sous l'attention vigilante de la Couronne. Les épisodes conflictuels relatifs à l'usage de la dissolution ont conduit les dominions à chercher un refuge illusoire dans la codification.

Les textes codifiés cités mettent en lumière d'une part la variété des formules retenues et d'autre part, la complexité des situations pouvant être à l'origine d'une dissolution.

---

<sup>359</sup> Voir *infra*.

<sup>360</sup> Point L, *Second Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, mars 1986, p. 35.

## B - Le bilan nuancé des expériences de formalisation de la dissolution

Le manque de clarté, parfois de prévisibilité, des règles institutionnelles qui entourent l'exercice des prérogatives de la Couronne a souvent été critiqué<sup>361</sup>. Cette recherche de prévisibilité a donné lieu à un processus de formalisation de cette prérogative. Ces tentatives obéissent à un double objectif ambitieux – peut-être utopique – d'encadrement et de clarification du recours à la dissolution anticipée. Il apparaît que toute entreprise de codification se solde, par un bilan mitigé, pour ne pas dire un échec, reflet de la difficulté de changer une culture constitutionnelle.

On relèvera particulièrement deux types de mécanismes : d'une part, les mécanismes d'encadrement du recours à la dissolution anticipée proprement dit et d'autre part, l'introduction d'échéances fixes pour les élections des chambres populaires. Ces deux mécanismes vont souvent de pair. En effet, il s'agit de définir des échéances fixes pour les élections législatives générales qui conduisent, par voie de conséquence, à encadrer l'exercice de la dissolution anticipée. *In fine*, il s'agit de limiter l'avantage dont dispose le Premier ministre dans le calendrier des élections.

L'expérience de codification dans les Etats australiens n'est pas uniforme. Par exemple, la Tasmanie<sup>362</sup> ou le Queensland<sup>363</sup> ont tenté d'introduire de tels dispositifs ; toutefois, ces projets n'ont pas abouti faute de soutien politique suffisant. La mention de mécanismes de dissolution anticipée existe notamment en Victoria<sup>364</sup>, en Australie Méridionale<sup>365</sup>, ou en Nouvelle Galles du Sud<sup>366</sup>. Plus loin de notre sujet les

---

<sup>361</sup> H. V. EVATT, *The Royal Prerogative*, loc cit.

<sup>362</sup> En 1989, le Premier ministre Michael Fiel proposa d'encadrer la dissolution anticipée sans succès.

<sup>363</sup> En 1991, le Premier ministre Wayne Goss a proposé d'allonger la durée de la législature de trois à quatre ans, tout en refusant formellement de restreindre l'usage de la dissolution anticipée. Bien qu'adopté par l'Assemblée Législative, le projet ne fut pas confirmé par le référendum de mars 1991.

<sup>364</sup> Article 8(A) du *Victoria Constitution Act 1975*.

<sup>365</sup> Article 28(A) du *South Australia Constitution Act 1934*.

<sup>366</sup> Art. 24(B) du *New South Wales Constitution Act 1902*. Cet article a été ajouté à la suite de la révision de 1995 qui formalise également des échéances fixes au Parlement de Nouvelle Galles du Sud. Il est intéressant de souligner que cette disposition a d'abord fait l'objet d'une introduction en 1993, le *Constitution (Fixed Term Parliaments) Special Provisions Act 1991* (Nouvelle Galles du Sud) qui introduit les échéances électorales fixes. Puis le *Constitution (Fixed Term Parliaments) Amendment Act 1993* (Nouvelle Galles du Sud) (promulgué le 2 mai 1995 à la suite d'un référendum) a introduit dans la Constitution les dispositions de l'article 24B. Pour une analyse détaillée de la disposition voir A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Sydney, The Federation Press, 2004, p. 650 et suivantes.

constitutions de Malte<sup>367</sup> ou de l'Irlande<sup>368</sup> prévoient également des mécanismes de codification de la dissolution intéressants.

On distinguera la codification minimaliste de l'article 8A<sup>369</sup> de la Constitution de Victoria des codifications plus ambitieuses – et à certains égards « risquées » – de celles de l'Australie-Méridionale et de la Nouvelle-Galles du Sud.

L'article 8(A) de la Constitution de Victoria se contente de préciser que « *le Gouverneur peut prononcer la dissolution si l'Assemblée législative adopte une motion de censure à l'encontre du gouvernement sans accorder sa confiance à un nouveau gouvernement dans les huit jours* ». L'usage du conditionnel « *may* », sans autre précision, ne semble pas revenir sur l'usage de la dissolution et n'exclut en rien le recours à la dissolution dans d'autres circonstances.

L'article 24B<sup>370</sup> de la Constitution de la Nouvelle-Galles du Sud cherche à tendre à l'exhaustivité toutefois, cette formulation est bien loin de son ambition première. On peut ainsi lire : « *Dissolution [anticipée] de l'Assemblée Législative :*

(1) *La dissolution de l'Assemblée Législative peut être déclarée par une proclamation du Gouverneur, seulement dans les circonstances prévues au présent article,*

(2) *La dissolution de l'Assemblée législative peut être prononcée si :*

---

<sup>367</sup> Art. 76 (5) de la Constitution de la République de Malte de 1976 : « *Dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu du présent article, le président agit conformément à l'avis du Premier ministre : à condition que - (a) si la Chambre des représentants adopte une résolution, appuyée par les votes de la majorité de tous les membres qu'il n'a pas confiance dans le gouvernement et que le Premier ministre ne démissionne pas de ses fonctions dans les trois jours ou ne propose pas sa dissolution, le Président peut dissoudre le Parlement ; (b) si la fonction de Premier ministre est vacante et que le Président estime qu'il y a sans perspective qu'il soit en mesure, dans un délai raisonnable, de nommer à cette fonction une personne pouvant obtenir le soutien de la majorité des membres de la Chambre des représentants, le président peut dissoudre le Parlement ; et (c) si le Premier ministre recommande une dissolution et que le Président estime que le Gouvernement de Malte peut être exercé sans dissolution et qu'une dissolution ne serait pas dans l'intérêt de Malte, le Président peut refuser de dissoudre le Parlement* ».

<sup>368</sup> Art. 13a 1.2 de la Constitution d'Irlande de 1937 : « *1°. Dáil Éireann shall be summoned and dissolved by the President on the advice of the Taoiseach [Chef du gouvernement].*

*2°. The President may in his absolute discretion refuse to dissolve Dáil Éireann on the advice of a Taoiseach who has ceased to retain the support of a majority in Dáil Éireann.*

*3°. The President may at any time, after consultation with the Council of State, convene a meeting of either or both of the Houses of the Oireachtas ».*

<sup>369</sup> Cet article a été introduit par le *Constitution (Parliamentary Reform) Act 2003* (Victoria).

<sup>370</sup> Dans la période des 4 ans.

*(a) une motion de censure à l'encontre du gouvernement est adoptée par l'Assemblée Législative (le vote a lieu trois jours francs après le dépôt de la motion), et*

*(b) dans les huit jours suivant l'adoption de la motion de censure, l'Assemblée Législative n'accorde pas sa confiance au gouvernement en exercice,*

*Une fois la motion de censure adoptée, l'Assemblée législative ne peut être prorogée avant l'expiration du délai de huit jours. Elle ne pourra pas non plus être ajournée plus de huit jours sauf si la motion de censure a été adoptée.*

*(3) La dissolution de l'Assemblée législative peut être prononcée si :*

*(a) [L'Assemblée Législative] rejette un projet de loi visant à accorder au gouvernement un financement ou les moyens nécessaires à l'administration du gouvernement,*

*(b) [L'Assemblée Législative] n'adopte pas un projet de loi similaire, au delà de ce que le Gouverneur estime être un délai raisonnable,*

*Le présent amendement ne trouve pas à s'appliquer, s'agissant des projets de loi visant à financer l'Assemblée.*

*(4) La dissolution de l'Assemblée Législative peut être prononcée deux mois avant la date de son échéance ordinaire, dans le cas où l'élection générale se déroulerait dans la même période que l'élection fédérale, durant une période de congés ou tout autre situation susceptible de poser une difficulté.*

*(5) Le présent article n'empêche aucunement le Gouverneur de prononcer la dissolution dans des circonstances autres que celles expressément prévues aux deuxième, troisième et quatrième alinéa. La dissolution peut être prononcée en dépit de l'avis du Premier [ministre] ou du Conseil Exécutif, si la décision du Gouverneur est en accord avec les conventions de la constitution reconnues.*

*(6) Lorsque la décision de dissoudre l'Assemblée Législative, a été pris en application du présent article a été prise, le Gouverneur doit rechercher si un*

*gouvernement de remplacement est en mesure d'être formé et de gouverner, sans avoir recours à la dissolution. [Le Gouverneur] doit prendre en considération toute motion adoptée par l'Assemblée Législative visant à accorder la confiance à un gouvernement de remplacement, dirigé par une personne désignée comme Premier [ministre]<sup>371</sup> ».*

On remarquera que ces dispositions n'ont pas vocation à rompre avec l'esprit de la dissolution. Elles ne représentent qu'une codification partielle en ne liant pas le gouverneur<sup>372</sup>. En effet, il reste l'ultime décideur du recours à la dissolution anticipée, idée confirmée par le cinquième alinéa de l'article. Il est par ailleurs relativement intéressant de souligner que le cinquième alinéa de l'article semble contredire l'ambition de cette codification.

Anne Twomey, en se rapportant aux débats de la commission de 1991, semble démontrer que l'intention première était en réalité de limiter la marge de manœuvre du Premier ministre<sup>373</sup> pour finalement parvenir à une contradiction interne<sup>374</sup>. En effet, ce cinquième alinéa a été ajouté en fin de rédaction, comme une garantie contre d'éventuels abus de la part d'un gouvernement qui aurait perdu sa légitimité<sup>375</sup>.

Toutefois, mentionner à la fois l'exercice de la dissolution « *en application des conventions* » et « *en dépit de l'avis du Premier ministre* » appelle une analyse. En effet, cette double formalisation tente d'embrasser l'ensemble des situations qui peuvent justifier le recours à la dissolution. A ce titre, Anne Twomey prétend qu'une telle formulation servirait à conserver la souplesse de la dissolution et à éviter des difficultés procédurales excessives. Alan Ward remarque que la marge de manœuvre perdue par le Gouverneur dans le cadre des quatre premiers alinéas est retrouvée dans les lignes du cinquième<sup>376</sup>.

---

<sup>371</sup> Art. 24(B) du *New South Wales Constitution Act 1902*.

<sup>372</sup> A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, *op. cit.*, p. 656.

<sup>373</sup> A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, *op. cit.*, p. 657.

<sup>374</sup> A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, *op. cit.*, p. 658.

<sup>375</sup> New South Wales, Bill Folder on the *Constitution (Fixed Term Parliaments) Special Provisions Bill 1991*, Notes on Amendment 7, cité dans A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, *op. cit.*, p. 657.

<sup>376</sup> A. J. WARD, *Parliamentary Government in Australia*, Londres, Anthem Press, 2014, p. 95.

Il s'agit en réalité d'une reconnaissance de la mission d'arbitrage, d'équilibre et de prudence dévolue au gouverneur, plutôt que de la reconnaissance d'une convention relative à la discrétion de celui-ci. Soulignons également que les citations les plus complexes sont laissées à la libre appréciation des représentants de la Couronne.

L'article 28A de la Constitution de l'Australie-Méridionale<sup>377</sup> dispose que :

*« Le Gouverneur peut dissoudre la Chambre d'assemblée et émettre un ou plusieurs brefs pour une élection générale à une date autre que celle prévue par l'article 28 si et seulement si :*

*(a) une motion de censure à l'égard du gouvernement est adoptée par la Chambre d'assemblée ; ou*

*(b) une motion de confiance envers le gouvernement est rejetée à la Chambre d'assemblée; ou*

*(c) un projet de loi d'une importance particulière adopté par la Chambre d'assemblée est rejeté par le Conseil législatif; ou*

*(d) le Gouverneur agit en vertu de l'article 41<sup>378</sup>.*

*(2) Le Gouverneur ne devra pas dissoudre la Chambre de l'Assemblée, en application des dispositions du 1(c) sur le fondement d'un rejet par le Conseil Législatif d'un bill d'une importance particulière, adopté par la Chambre de l'Assemblée, si un délai d'un mois s'est écoulé depuis le rejet.*

*(3) Lorsque la Chambre de l'Assemblée adopte un bill d'une particulière importance, le Speaker devra certifier la nature du bill dans son message adressé au Conseil Législatif. Ladite certification devra être probante et ne pourra être remise en cause.*

*(4) Dans l'application du présent article, un bill d'une particulière importance sera considéré comme rejeté par le Conseil Législatif si :*

---

<sup>377</sup> Cet article a été introduit par le *Constitution Act Amendment Act 1985* n°84.

<sup>378</sup> Mécanisme de résolution des blocages entre les deux chambres du Parlement, voir *infra*.

- (a) le Bill est rejeté lors d'un vote du Conseil Législatif ;
- (b) le bill n'a pas été adopté par le Conseil Législatif, à l'expiration d'un délai de deux mois suivant sa transmission par la Chambre de l'Assemblée ;
- (c) le bill est adopté par le Conseil Législatif, après un amendement ou un projet d'amendement que la Chambre de l'Assemblée désapprouve. Le désaccord n'est pas résolu à l'expiration du délai d'un mois suivant l'adoption du bill par la Chambre de l'Assemblée.
- (5) Un bill d'une particulière importance est un bill signifié par une résolution de la Chambre de l'Assemblée, adoptée avant, ou tout de suite après la troisième lecture du texte, comme étant un bill d'une particulière importance ».

La présente codification appelle un certain nombre de commentaires. L'objet immédiat du présent article est bien de limiter l'usage de la dissolution anticipée. En effet, il apparaît que le Gouverneur est dans l'impossibilité de procéder à une dissolution anticipée – même si son gouvernement venait à en formuler la demande – avant la quatrième année de la législature<sup>379</sup>. Il peut, à titre exceptionnel, y procéder si le gouvernement est censuré<sup>380</sup> ou si un texte d'une particulière importance est rejeté. La mention d'un texte d'une particulière importance renvoie à la question de la responsabilité du gouvernement. Toutefois, laisser la Chambre de l'Assemblée seule maîtresse de la définition de ce type de texte pourrait conduire à des effets indésirables : elle pourrait tout à fait rejeter une loi de finances, sans la certifier comme un texte d'une particulière importance, ce qui aurait pour conséquence de conduire, de fait, le gouvernement à démissionner, sans pour autant donner au gouverneur une raison constitutionnelle de dissoudre.

Les trois dispositifs mentionnés présentent le trait commun de conditionner le recours à la dissolution anticipée à la censure du gouvernement. En effet, le principe du gouvernement responsable commande qu'un gouvernement dispose de la confiance

---

<sup>379</sup> Cette idée se retrouve dans la lettre de l'article 28 de la Constitution de l'Australie Méridionale.

<sup>380</sup> On pourrait imaginer une motion provoquée en ce sens.

de la chambre basse. Dès lors, privé de cette confiance, le recours à la dissolution permet la tenue de nouvelles élections afin de faire coïncider la volonté du parlement avec celle du gouvernement, pour concilier les principes du gouvernement responsable et représentatif.

Toutefois, les limites de tels dispositifs apparaissent très vite. La simple mention de la censure ou de la perte de confiance n'interdit pas à un gouvernement disposant d'une large majorité d'orchestrer sa propre censure afin de provoquer une dissolution<sup>381</sup>.

Dans cette hypothèse, on pourrait éventuellement s'en remettre à la lucidité du gouverneur et à la vigilance de l'opposition qui ne manquera pas d'alerter l'opinion (comme ce fut le cas en 2008 ou en 1975). Cependant, dans une telle situation, la position du Gouverneur serait malaisée. En effet, si un gouverneur est confronté à une motion de censure « *orchestrée* », il n'aurait d'autre choix que de dissoudre, ce dernier étant pris en tenaille entre une dissolution imposée et une menace de démission. Si le gouvernement venait à démissionner, le gouverneur n'aurait d'autre choix que celui d'appeler aux affaires un gouvernement qui ne serait pas assuré de disposer d'une majorité et qui se verrait alors privé de la confiance de la chambre populaire entraînant ainsi une dissolution<sup>382</sup>.

Dès lors, la formalisation de ces trois articles semble apporter peu de garantie si ce n'est reconnaître l'importance de rechercher un gouvernement susceptible de diriger une majorité avant d'organiser de nouvelles élections en dernier ressort.

Par ailleurs, il semble pertinent de s'attarder rapidement sur le *Fixed-Term Parliaments Act* de 2011 (Royaume-Uni)<sup>383</sup>. A l'image des exemples évoqués dans les

---

<sup>381</sup> Cette hypothèse n'est pas sans rappeler les expériences allemandes des Chanceliers Willy Brandt en 1972, Helmut Kohl en 1982 et Gerhard Schröder en 2005.

<sup>382</sup> Greg Taylor semble admettre que le Gouverneur de Victoria pourrait tout à fait refuser une dissolution dans de telles circonstances, ce qui semble hautement contestable, G. TAYLOR, *The Constitution of Victoria*, Sydney, The Federation Press, 2006, p. 126.

<sup>383</sup> A. LE DIVELLEC, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le Fixed-Term Parliaments act 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n°7, 2012.

Etats australiens, cette loi du Parlement de Westminster a vocation à encadrer et limiter l'usage de la dissolution anticipée<sup>384</sup>. Elle tente de formaliser la règle non codifiée qui guide le recours à la dissolution. Toutefois, même si l'esprit de la codification est sensiblement le même, la lettre a tendance à s'éloigner de ce que l'on trouve dans les constitutions des épigones. En effet, cette loi précise qu'une censure du gouvernement entraîne une dissolution de la Chambre des communes, si un nouveau gouvernement n'est pas investi<sup>385</sup>.

Soulignons également l'originalité du texte qui entend codifier la formule de la motion de censure<sup>386</sup>. Il s'agit, certes, d'un élément de peu de secours dans l'encadrement de la dissolution mais qui permet de limiter les éventuels conflits qui pourraient apparaître dans l'interprétation de la lettre d'une motion ayant vocation à engager la responsabilité du gouvernement. Il est intéressant de souligner que le texte ne distingue pas réellement entre question de confiance et motion de censure. Tout semble se cristalliser autour la formule prévue à l'article 2(4) de la loi.

La loi britannique prévoit également un mécanisme d'autodissolution de la Chambre des communes par un vote à la majorité des 2/3 de la chambre<sup>387</sup>.

Toutefois, ces deux mécanismes ne rompent pas réellement avec l'esprit de la dissolution dans les systèmes de Westminster. En effet, rien n'empêche un gouvernement d'orchestrer – comme dans les exemples australiens – sa propre censure

---

<sup>384</sup> Article 3(2) du *Fixed-Term Parliaments Act 2011* (Royaume-Uni) dispose « qu'il ne pourra être procédé autrement à la dissolution du Parlement ».

<sup>385</sup> Article 2(3) du *Fixed-Term Parliaments Act 2011* (Royaume-Uni) dispose que « Une élection parlementaire générale anticipée doit également être organisée si :

« (a) La Chambre des Communes adopte une motion conforme aux dispositions prévues à la Sous-section 4 Et

(b) Qu'un délai de 14 jours s'écoule sans que la Chambre des Communes ait adopté la motion visée à la Sous-section 5 ».

<sup>386</sup> L'article 2(4) du *Fixed-Term Parliaments Act 2011* (Royaume-Uni) dispose que « La motion prévue à la Sous-section 3(a) devra être formulée comme suit : « La présente Chambre n'accorde pas sa confiance au Gouvernement de Sa Majesté » ».

<sup>387</sup> L'article 2(1) du *Fixed-Term Parliaments Act 2011* (Royaume-Uni) dispose qu'« Une élection parlementaire générale anticipée sera organisée si : (a) La Chambre des Communes adopte une motion conforme aux dispositions prévues à la Sous-section 2 de la présente Section, Et (b) Dans le cas où la motion est adoptée par division, le nombre de membres qui votent en faveur de cette motion sera au moins égal aux deux tiers du nombre de sièges à la Chambre des Communes (y compris les sièges vacants) ».

L'article 2(2) du *Fixed-Term Parliaments Act 2011* (Royaume-Uni) dispose que « La motion prévue à la Section 1(a) devra être formulée comme suit : « La tenue d'une élection parlementaire générale anticipée doit avoir lieu » ».

ou d'organiser un vote d'autodissolution, à l'image de la dissolution provoquée par la Première ministre Theresa May le 19 avril 2017<sup>388</sup>.

L'intérêt de cette loi est de préserver la neutralité de la Couronne. Alors que les dominions laissent apparaître une marge d'appréciation laissée à la discrétion du gouverneur, l'absence de mention de la Couronne dans la loi britannique semble opérer un transfert : la dissolution serait dorénavant demandée par le Premier ministre directement à la Chambre des communes. Ce glissement préserve la Couronne de toute critique et acte le lien qu'entretiennent la Chambre des communes et le gouvernement, sans pour autant modifier l'équilibre des forces ou les règles qui gouvernaient jusqu'ici l'usage de la dissolution anticipée.

Par ailleurs, le *Fixed-Term Parliaments Act* est le reflet d'une expérience de codification qui a échoué. Cette loi issue d'un accord de gouvernement n'aura pas survécu à l'expédient politique. En effet, le dispositif prévu dans la loi ne fut jamais pleinement appliqué. Alors que Thérèse May est parvenue à obtenir les 2/3 des voix de la Chambre des communes afin d'organiser une dissolution, son successeur Boris Johnson échoua trois fois de suite dans cette entreprise. Afin d'orchestrer une dissolution ce dernier parvint à faire adopter à la chambre le *Early Parliamentary General Election Act*<sup>389</sup> du 31 octobre 2019. Cette loi dans sa lettre montre le peu d'égard vis-à-vis de la codification. La loi de 2019 compte deux articles. L'article 1(2) dispose que « [le 12 décembre 2019] doit être traité comme un jour de scrutin arrêté en vertu de l'article 2(7) de la loi de 2011 sur les échéances fixes du Parlement ». Bien que mentionné dans la présente loi, la loi de 2011 qui prévoyait une élection le 2 mai 2024, n'a pas fait l'objet d'une révision.

Enfin, le *Fixed-Term Parliaments Act* sera finalement abrogé en 2022<sup>390</sup>. L'abrogation de la loi était une promesse de campagne du Parti conservateur à

---

<sup>388</sup> L'autodissolution a rencontré une large majorité de 522 voix contre 13.

<sup>389</sup> 2019 c. 29.

<sup>390</sup> Une première proposition d'abrogation avait été déposée en 2020 à la Chambre des Lords sans succès.

l'occasion de l'élection de 2019<sup>391</sup>. Le comité en charge de l'examen du texte a rappelé que le recours à la dissolution « *[serait] de nouveau prononcée par le Souverain d'après l'avis du Premier ministre, que ce fut le cas antérieurement à l'adoption de la loi de 2011*<sup>392</sup> ». Cette formule qui avait le mérite de reconnaître formellement la pratique de l'avis ministériel dans le recours à la prérogative n'a pas été retenu. En effet, l'article 2 du *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* dispose que « *Les pouvoirs relatifs à la dissolution du Parlement et à la convocation d'un nouveau Parlement qui pouvaient être exercés en vertu de la prérogative de Sa Majesté immédiatement avant l'entrée en vigueur du Fixed-Term Parliaments Act de 2011 peuvent à nouveau être exercés, comme si la loi de 2011 sur les parlements à durée déterminée avait jamais été promulguée* ».

Lors des débats sur le texte Lord Igor Judge<sup>393</sup> dépose un amendement selon lequel « *les pouvoirs prévus au paragraphe (1) ne doivent pas être exercés à moins que la Chambre des communes n'adopte une motion sous la forme prévue au paragraphe (1B)*<sup>394</sup><sup>395</sup> ». Cet amendement qui peut être considéré comme une tentative de ne pas « *se débarrasser* » (pour citer le manifeste du parti Conservateur) de toute la loi de 2011. Toutefois l'amendement sera rejeté à 292 voix contre 217 et le texte recevra la sanction royale le 24 mars 2022<sup>396</sup>.

Il est par ailleurs saisissant de noter que l'article 3 de la même loi prive expressément le juge de toute possibilité de contrôle<sup>397</sup>. Cette disposition apparaît comme une réaction à la jurisprudence *Miller*<sup>398</sup> de 2019 qui portait sur le contrôle par le juge du recours à la prorogation.

---

<sup>391</sup> Plateforme du parti conservateur

<https://assets>

[global.websitefiles.com/5da42e2cae7ebd3f8bde353c/5dda924905da587992a064ba\\_Conservative%202019%20Manifesto.pdf](https://assets.global.websitefiles.com/5da42e2cae7ebd3f8bde353c/5dda924905da587992a064ba_Conservative%202019%20Manifesto.pdf).

<sup>392</sup> *Draft Fixed-Term Parliaments (Repeal) Act*, Chambre des communes, décembre 2020, p. 3

<sup>393</sup> Hansard, *House of Lords*, vol. 818, 9 février 2022, colonne 1585 et suivante. Lord Judge souhaite que la Chambre des communes ait la possibilité de revenir sur sa décision de dissolution, comme un droit au remords.

<sup>394</sup> (1B) La forme de motion aux fins du paragraphe (1A) est « *que ce Parlement actuel sera dissous* ».

<sup>395</sup> Hansard, *House of Lords*, vol. 818, 9 février 2022, colonne 1585.

<sup>396</sup> *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*, 2022 c. 11

<sup>397</sup> Art. 3 *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* (c. 11) « *Une cour ou un tribunal ne peut remettre en cause : a) l'exercice ou le prétendu exercice des pouvoirs visés à l'article 2, (b) toute décision ou prétendue décision relative à ces pouvoirs, ou (c) les limites ou l'étendue de ces pouvoirs* ».

<sup>398</sup> *R (Miller) v The Prime Minister Cherry v Advocate General for Scotland*, [2019] UKSC 41

Il semble enfin intéressant de mentionner les mécanismes de double dissolution notamment prévus dans les Constitutions de l’Australie<sup>399</sup>, des Etats de Victoria<sup>400</sup> ou de l’Australie-Méridionale<sup>401</sup>, des Etats bicaméraux électifs.

S’agissant de la marge de manœuvre du gouverneur-général prévue à l’article 57 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900, il est intéressant de souligner que le point 26 des résolutions adoptées par la Commission constitutionnelle d’Adélaïde prévoyait que : « *le Gouverneur-général peut rejeter un avis de dissolution des deux chambres du Parlement s’il considère que les conditions prévues à l’article 57 de la Constitution n’ont pas été respectées*<sup>402</sup> ».

Plus mesurée, la pratique K était formulée comme suit : « *le Gouverneur-général s’étant assuré, sur avis du Premier ministre, que les conditions prévues à l’article 57 de la Constitution ont été réunies*<sup>403</sup> *et qu’une double dissolution devra intervenir, dissout les deux chambres du Parlement*<sup>404</sup> ».

Les deux formulations admettent que le gouverneur-général n’est pas lié par l’avis de son Premier ministre. En effet, le point 26 est clair et souligne que le gouverneur-général « *peut refuser* » alors que la pratique K est plus mesurée en énonçant qu’il « *s’est assuré* ». On voit une formule positive d’un côté, négative et tranchée de l’autre.

La formule retenue par la pratique K est tout à fait intéressante car elle a le mérite de résumer, à elle seule, toute la difficulté de la formalisation des règles institutionnelles.

---

<sup>399</sup> Article 57 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900.

<sup>400</sup> Article 65E du *Victoria Constitution Act* 1975.

<sup>401</sup> Article 41 du *South Australia Constitution Act* 1934.

<sup>402</sup> Point 26 (non retenu) des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne d’Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, cité dans *First Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, juin 1985, p. 53.

<sup>403</sup> Nous soulignons.

<sup>404</sup> Pratique K *Second Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, mars 1986, p. 35.

Elle met en avant le fait que le gouverneur-général ne considérera une dissolution que sur l'avis de son Premier ministre. Cela implique, comme il est d'usage, à ce que le gouverneur-général ne sera pas en mesure de décider de recourir à la double dissolution, de son propre chef.

Toutefois, la deuxième partie de la phrase permet d'assurer un équilibre dans les rapports entre le Premier ministre et le représentant de la Couronne. En effet, la pratique K prévoit que le gouverneur-général doit s'assurer que les conditions prévues à l'article 57 ont été réunies<sup>405</sup>. Cette formulation fait de celui-ci le véritable titulaire de la double dissolution. C'est au chef de l'exécutif qu'il incombe de prendre, finalement, la décision de la double dissolution. Il ne s'agit pas, pour ce dernier, de se dédouaner derrière son Premier ministre.

Le Canada<sup>406</sup> et ses provinces<sup>407</sup> ont fait le choix de n'adopter que des règles relatives aux échéances fixes pour les élections législatives. Ces textes sont nettement moins ambitieux que leurs homologues australiens, en ce qu'ils se bornent à fixer une date aux élections, tout en précisant que le gouverneur est en droit de dissoudre les chambres avant l'échéance<sup>408</sup>. Andrew Heard souligne que le choix d'une loi, plutôt qu'une révision de la constitution permettait de faire l'économie de la procédure complexe de la révision. La formulation minimaliste visait à trouver une issue en cas de blocage persistant entre les organes<sup>409</sup>.

Le dispositif adopté le 3 mai 2007 fut très vite contesté. La loi prévoyait que les prochaines élections à la Chambre des communes devaient avoir lieu le 19 octobre 2009. En septembre 2008, le Premier ministre Stephen Harper réclama une dissolution auprès de Rideau Hall, revenant, par la même occasion, sur un engagement pris

---

<sup>405</sup> Notamment s'agissant des rejets successifs d'un texte pas le Sénat.

<sup>406</sup> Loi sur les échéances fixes de 2008 au Canada.

<sup>407</sup> A titre d'exemple la Province de Terre Neuve et Labrador adopte un texte en 2004 ou en 2013 pour la province du Québec.

<sup>408</sup> On trouvera des formules précisant que la prérogative de dissolution n'est aucunement affectée comme c'est le cas de l'article 56.1, bill C-16 du 3 mai 2007.

<sup>409</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions – The Marriage of Law and Politics*, op. cit, p. 66.

quelques mois plus tôt de ne pas provoquer de dissolution anticipée. La formulation de la loi laissait en effet subsister un flou dans le recours à la dissolution anticipée.

Cette question a donné lieu à un contentieux. Le 17 septembre 2009 la Cour fédérale<sup>410</sup>, puis la Cour fédérale d'appel<sup>411</sup>, le 25 mai 2010, dans la décision *Conacher c. Canada (Premier ministre)*, ont eu l'occasion de trancher la question. Dans sa décision le juge a rejeté l'ensemble des prétentions des requérants, notamment l'argument selon lequel existerait une convention qui imposerait au Premier ministre de respecter les échéances électorales fixes, sauf en cas de censure du gouvernement. On voit ici clairement les raisons ayant conduit à un tel rejet : cet argument revêt un caractère tout à fait artificiel, en ce qu'il ouvrirait la porte à des « *censures orchestrées* », semblablement à ce qui a été relevé dans le cas australien. Le fait que les provinces respectent les échéances fixes a conduit certains commentateurs à conclure à l'existence d'une convention qui empêcherait une dissolution anticipée<sup>412</sup>. Cet argument ne semble absolument pas réaliste eu égard à la lettre de la loi qui dispose en son article 56.1 (1) que « le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs du Gouverneur Général, notamment celui de dissoudre le Parlement lorsqu'il le juge opportun ». Par ailleurs cette loi n'a apporté aucune restriction à l'article 41 de la Constitution qui remet entre les mains du gouverneur-général le recours à la dissolution anticipée, ce que la Cour a confirmé finalement.

L'analyse de fond de cette décision met en lumière deux points essentiels sur le rapport qu'entretiennent la norme constitutionnelle et les règles constitutionnelles non codifiées. D'une part, la compréhension de l'essence de la constitution passe nécessairement par la connaissance des règles non codifiées qui l'animent<sup>413</sup> ; d'autre part, le juge Stratas précise qu'il est toujours préférable de trancher un litige sur le terrain de la lettre du droit que sur le terrain de la pratique du droit<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> *Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2009 Cours fédérales 920 ou [2010] 3 Recueil des décisions des Cours fédérales 411.

<sup>411</sup> *Duff Conacher and Democracy Watch v. The Prime Minister*, 2010 Federal Court of Appeal 131.

<sup>412</sup> A. HEARD, « Conacher Missed, the Mark on Constitutional Conventions and Fixed Election Dates », *Constitutional Forum / Forum constitutionnel*, vol. 19, n°1, 2010, p. 129-140.

<sup>413</sup> *Duff Conacher and Democracy Watch v. The Prime Minister*, 2010 Federal Court of Appeal 131, points 5 et 12. Le juge Stratas souligne que la lettre de l'article 56 issu de la loi de 2007 n'entend pas remettre en question l'usage de la dissolution.

<sup>414</sup> Cet argument est développé au point 5 de la décision : « *Si telle avait été la volonté du Parlement, ce dernier aurait utilisé une formulation explicite (nous soulignons). Il ne s'agit pas ici de se prononcer sur le point de savoir si, dans l'éventualité où*

Peter Olivers salue la clarté du raisonnement du juge Stratas, car il clarifie le statut de la loi imposant des échéances fixes aux élections à la Chambre des communes et le statut de la règle relative à la dissolution anticipée<sup>415</sup>. Craig Forcese souligne avec force que la loi n'a pas eu vocation à « *déplacer le privilège primo-ministériel* ». La Cour<sup>416</sup> comme de nombreux auteurs<sup>417</sup> considèrent qu'un tel changement ne pourrait intervenir qu'au prix d'une révision de la Constitution.

Au-delà du problème d'un texte pouvant donner lieu à une interprétation en contradiction avec l'esprit de la constitution, il apparaît que les lois ayant vocation à définir des échéances fixes pour les élections législatives générales, posent une seconde difficulté plus subtile. La complication ne découle pas de la volonté de formaliser la durée de la législature ou même de prévoir, à l'image du *Fixed Term Parliaments Act* 2011 qu'il ne pourra être « *procédé autrement à la dissolution de la Chambre des communes* », mais de la date des premières élections. Adam Dodek<sup>418</sup> oppose essentiellement deux interprétations de l'article 56.1(2)<sup>419</sup> de la loi électorale canadienne de 2007.

Il distingue l'interprétation de « *l'orthodoxie acceptée* » de la théorie de « *l'élection aberrante* ». La première ne remet pas en cause le droit de recourir à une

---

*une telle formulation était adoptée, celle-ci serait constitutionnelle* ». Point 7 : « *Si l'article [56] venait à être interprété dans le sens suggéré par les demandeurs, le Premier ministre se verrait interdire le droit de recommander au Gouverneur la tenue de nouvelles élections pour des raisons impérieuses ou pour des raisons de grande importance. Nous ne pouvons nous ranger à pareille interprétation. Une interprétation si tranchée devrait reposer sur la formulation la plus claire qui soit* ». On reconnaît la règle d'interprétation dégagée dans la décision *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 Supreme Court Reports 27, au paragraphe 21 (p. 40) par le Juge Iacobucci, citée notamment au point 48 de la décision *Conacher v. Canada (Prime Minister)* 2009, Federal Court 920 (p. 930).

Cette interprétation rappelle également la décision *Black c. Canada (Prime Minister)*, (2001) Ontario Reports (3d) 215 (Cour d'Appel).

<sup>415</sup> P. C. OLIVER, « Chapt. 13 - Reform of the Supreme Court of Canada from within: to what extent should the Court weight in regarding constitutional conventions ? », dans N. VERRILLI (dir.), *The Democratic Dilemma Reforming Canada's Supreme Court*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2013, p. 160 à 190 (p. 184 ou 186).

<sup>416</sup> Point 53 de la décision *Conacher v. Canada (Prime Minister)* 2009, Federal Court 920 (p. 930)

<sup>417</sup> C. FORCESE, « Chapt. 7 - The Executive, The Royal Prerogative and The Constitution », dans P. OLIVER, P. MACKLEM et N. DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 160. Voir également D. STOLTZ, « Elections à date fixe, dissolution du Parlement et tribunaux », *Revue Parlementaire canadienne*, vol. 33, n°1, 2010, p. 15 à 20.

<sup>418</sup> A. DODEK, « Les élections à date fixe au Canada une loi à corriger », *Revue parlementaire canadienne* vol. 32, n°1, 2009, p. 18 à 20.

<sup>419</sup> Article 56.1(2) de la loi modifiant la loi électorale canadienne du 3 mai 2007 : « *Sous réserve du paragraphe (1), les élections générales ont lieu le troisième lundi d'octobre de la quatrième année civile qui suit le jour du scrutin de la dernière élection générale, la première élection générale suivant l'entrée en vigueur du présent article devant avoir lieu le lundi 19 octobre 2009* » (nous soulignons).

élection anticipée. Cette interprétation considère que la date du lundi 19 octobre 2009 est inopérante : « *en exerçant son pouvoir de dissoudre le Parlement aux termes du paragraphe 56.1(1), la Gouverneure générale a avancé et modifié cette date. [cette interprétation] traite la disposition comme si elle était périmée, bien que la date précise ne soit pas encore passée* ». La deuxième soulève le « *paradoxe d'une élection inattendue dans un régime d'élections prétendument à date fixe* ». Il propose donc une modification de la lettre de la loi pour ne pas faire du 19 octobre « *la première élection* ». Il précise que la mention à l'article 56.1(2) de l'éventualité d'une dissolution anticipée rétablirait une forme de cohérence. Il propose une double modification de la loi pour tenir compte d'une part, de la date des élections anticipées arrêtées par le Premier ministre Stephen Harper, et d'autre part, pour ajouter une disposition prévoyant un mécanisme de transition précis.

A l'appui de sa démonstration, Adam Dodek évoque l'article 9(2) de la loi électorale de la Province de l'Ontario de 1990,<sup>420</sup> qui prévoit que « *sous réserve des pouvoirs du Lieutenant-gouverneur visés au paragraphe (1) [dissolution anticipée] : (a) une élection générale est tenue le jeudi 4 octobre 2007, à moins qu'une élection générale n'ait été tenue, après le jour où la Loi de 2005 modifiant des lois en ce qui concerne les élections reçoit la sanction avant le 4 octobre 2007, en raison de la dissolution de la Législature ; (b) par la suite, des élections générales sont tenues le premier jeudi d'octobre de la quatrième année civile qui suit le jour du scrutin de la dernière élection générale* ».

Soulignons également que cette disposition a été abrogée par une loi du 8 décembre 2016 et remplacée par la phrase suivante : « *sous réserve des pouvoirs du lieutenant-gouverneur visés au paragraphe (1), des élections générales sont tenues le premier jeudi de juin de la quatrième année civile qui suit le jour du scrutin de la dernière élection générale* ». Cette formulation met fin à toute ambiguïté.

---

<sup>420</sup> Modifiée par une loi du 15 décembre 2005.

Ainsi, il apparaît que l'exercice de la dissolution obéit à un équilibre fragile qui fait du Vice-roi le garant de la Constitution. En effet, il assure par ses décisions le respect du fondement démocratique du système de gouvernement. A ce titre, sans gouverner, la Couronne est responsable de la bonne gouvernance.

Les tentatives de formalisation de l'usage de la dissolution ou des échéances fixes ont vocation à en dépassionner l'usage, sans rompre avec son exercice classique. En témoigne la dissolution de la Chambre des communes britannique le 3 mai 2017<sup>421</sup>.

Toutefois, il apparaît qu'aucune tentative de formalisation ne parvient à saisir de façon pertinente, l'essence de la dissolution, tant les règles qui en entourent l'usage obéissent à des considérations politiques comme constitutionnelles. Pire encore, les formalisations ont tendance semble-t-il, à créer davantage de difficultés qu'à en résoudre. En effet, tantôt les expériences de formalisations créent, à l'image du Canada, des difficultés insoupçonnées, tantôt elles ne parviennent pas à instituer de nouvelles pratiques. Dès lors, on peut légitimement s'interroger sur l'utilité de ces expériences de codification.

Il semblerait que l'échec de la formalisation conduise à une réflexion plus large sur la question de la transparence, plus précisément de l'éducation ou de l'information. En effet, l'usage de la dissolution soulève questions et débats. La population se trouve souvent démunie devant ces débats constitutionnels. Privilégier l'éducation ou l'information permettrait de rendre la décision arrêtée par les pouvoirs politiques accessible et compréhensible. L'accès à la décision permettrait sans doute de justifier le recours à la dissolution aux yeux de l'opinion. On trouve trace de cette idée dans le mécanisme de double dissolution australien<sup>422</sup> qui impose que les lois, faisant l'objet de cette procédure spéciale, soient listées dans la proclamation de dissolution<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> L'adoption du *Fixed term parliaments Act* 2011 n'a pas, pour l'instant, modifié l'exercice de la dissolution en Angleterre. En effet, au lieu d'obtenir de la Reine une dissolution, la Première ministre est parvenue à obtenir un vote de la Chambre des communes à la majorité des deux-tiers en application de l'article 2(1) de la loi.

<sup>422</sup> Art. 57 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900.

<sup>423</sup> *Cormack v Cope* (1974) 3ALR 419 ou *Queensland v. The Commonwealth* (1975) 134 CLR 201.

Dans le même sens et de manière encore plus révélatrice, la Pratique L, issue des travaux de la Commission constitutionnelle de Brisbane de 1985 prévoyait ce recours à l'écrit<sup>424</sup>.

## Sous-section 2 – La prorogation : une règle faussement désuète

La prérogative suivante exercée avec les recommandations du gouvernement concerne la prorogation de la chambre basse du parlement<sup>425</sup>. Il en est fait mention dans les constitutions au même titre que la dissolution ou la sanction royale. Une rapide précision s'impose. En effet, il peut être facile d'assimiler ajournement et prorogation. Alors que l'ajournement d'une chambre suppose une simple interruption des travaux pour être repris par la suite, la prorogation suppose une clôture des travaux parlementaires, sans pour autant prononcer une dissolution.

Le premier usage de la prorogation apparaît au moment de la guerre des Deux-Roses comme un moyen de maintenir en fonction une assemblée pour une période plus longue. Philippe Lauvaux souligne que « *le parlement est convoqué chaque fois que le Roi en éprouve le besoin, en plusieurs sessions que séparent des prorogations plus ou moins longues*<sup>426</sup> ».

Dans le même sens, Peter Russell identifie un usage régulier de cette prérogative à compter du règne d'Henri VIII<sup>427</sup>. Il s'agissait de mettre fin aux travaux du Parlement sans pour autant prononcer la dissolution (pour éviter des élections ou la formation d'un nouveau gouvernement). Cette observation historique pourrait éventuellement

---

<sup>424</sup> *Proceedings of the Australian Constitutional Convention*, Brisbane, 29 juillet-1er août 1985, p. 390.

<sup>425</sup> « La prorogation du Parlement est une prérogative royale. De la même façon que le Parlement ne peut débiter ses travaux sans l'autorisation de la Reine, il ne peut les continuer au-delà de son autorisation » définition tirée de D. LIMMON, W. R. MCKAY (dir.), *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament*, Londres, Butterworths, 22<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 232.

W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1756, p. 180 et 181. Il définit la prorogation comme un pouvoir de régulation de la Couronne contre un Parlement qui deviendrait oppressif.

F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, p. 422. Ce dernier définit la prérogative de prorogation comme un pouvoir « très large ». Cette analyse sera plus tard reprise par S. DE SMITH, R. BRAZIER, *Constitutional and Administrative law*, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Penguin Books, 1998, p. 144.

<sup>426</sup> Ph LAUVAUX, *La dissolution des assemblées parlementaires*, op. cit., p. 6.

<sup>427</sup> P. H. RUSSELL, « Latitude et pouvoir de réserve de la Couronne », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 34, n°2, 2011, p. 19 à 25.

expliquer la codification à la marge de cette prérogative<sup>428</sup>. Cette dernière ne fait pas l'objet d'une attention comparable à celle de la dissolution.

L'absence de codification formelle ne provoque pas la méconnaissance de la prérogative : la prorogation a toujours figuré dans les lettres patentes relatives à l'office des gouverneurs-généraux<sup>429</sup>. Peu étudiée, elle ne pose pas de réelle difficulté. Tout au plus, son examen permet d'approfondir certaines réflexions relatives à l'exercice du droit de dissolution.

Si dans des circonstances normales, il est admis que le Premier ministre dispose de la faculté de proroger les chambres en fin de session parlementaire (avant son terme normal), on constate que la prorogation ou l'ajournement précèdent souvent une dissolution de la chambre basse<sup>430</sup>. Il a pu arriver, rarement cependant, que le gouverneur refuse – ou plus précisément menace de refuser – la demande de prorogation d'un gouvernement qui chercherait à échapper à une motion de censure, comme au Canada en 2008.

Malgré tout, comme dans le cadre de la dissolution, certains événements contentieux ont conduit à une réflexion relative à la codification de l'exercice de la prorogation.

#### A – Le refus d'accorder une prorogation afin de préserver le principe du gouvernement responsable

La prorogation des chambres ne pose d'ordinaire aucune difficulté. En effet, exercé par le Palais sur avis des ministres<sup>431</sup>, la prorogation ou l'ajournement qui

---

<sup>428</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada* de 1968, Ottawa, Privy Council Office, p.149.

<sup>429</sup> W. J. NEWMAN, « Of Dissolution, Prorogation, and Constitutional Law, Principle and Convention: Maintaining Fundamental Distinctions During a Parliamentary Crisis », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 217 à 229 ou P. W. HOGG, « Prorogation and the Power of the Governor General », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 193 à 203.

<sup>430</sup> Dans la décision *Western Australia v. Commonwealth*, *Commonwealth Law Reports*, vol. 134, 1975, p.201 à 294, le Président Garfield Barwick (p. 223) souligne que « l'ajournement de la Chambre des représentants préalablement à une dissolution est commun, mais en aucun cas universel ou indispensable ».

<sup>431</sup> M. D. WALTERS, « The Law Behind the Conventions of the Constitution : Reassessing the Prorogation Debate », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 5, 2011, p.131 à 154.

précède souvent la dissolution seraient de droit pour tout Premier ministre qui en ferait la demande.

A l'image de la dissolution, les cas litigieux relatifs à l'usage de la prérogative de prorogation se produisent lorsque le Premier ministre entend détourner la procédure afin, par exemple, de se soustraire à sa responsabilité. La prorogation fut donc rarement le cœur de blocages institutionnels. Cette prérogative a fait l'objet d'un examen particulier à l'occasion d'un atelier de travail relatif aux conventions de la constitution sous la direction de Peter Russell et Cheryl Milne<sup>432</sup>. Ainsi, le professeur Errol Mendes identifie 105 usages de la prorogation au Canada, depuis 1867<sup>433</sup>. Il relève que cela est souvent un préalable à la dissolution<sup>434</sup>, ne soulevant d'ordinaire aucune controverse<sup>435</sup>. En effet, le dernier usage critiquable de la prorogation – avant 2008 – date de 1873 lorsque le Premier ministre John Macdonald a remis, au gouverneur-général, Lord Dufferin une demande de prorogation – qui fut acceptée – afin d'empêcher la réunion d'une commission d'enquête relative à une suspicion de conflit d'intérêt et de corruption dans le cadre du projet de chemin de fer du Pacifique<sup>436</sup> ! Il semblait évident que cette investigation pouvait déboucher sur la censure du gouvernement<sup>437</sup>. Ce subterfuge fut également utilisé afin d'éviter l'examen d'un rapport embarrassant pour le gouvernement dans la province du Manitoba en 1915<sup>438</sup>, au Royaume-Uni en 1997<sup>439</sup>,

---

<sup>432</sup> P. RUSSELL, C. MILNE (dir.), *Adjusting to a New Era of Parliamentary Government*, 3-4 février 2011, David Asper Centre of Constitutional Rights, Faculté de droit de Toronto, disponible à l'adresse : <http://aspercentre.ca/wp-content/uploads/2017/06/RDA.pdf>.

<sup>433</sup> E. MENDES, *Memo for the Workshop on Constitutional Studies*, disponible à l'adresse : <http://aspercentre.ca/wp-content/uploads/2017/06/Errol-Mendes-PROROGATION.doc>

<sup>434</sup> R. BLACKBURN, « Prorogation or Adjournment Before a Dissolution of Parliament », *Public Law*, 1987, p.533 à 542. Toutefois Odger insiste sur le fait que cet enchaînement n'est pas une réalité absolue. En effet, en Australie, cette pratique fut interrompue entre 1928 et 1993, voir p. 190

<sup>435</sup> E. MENDES, *Memo for the Workshop on Constitutional Studies*, cité.

<sup>436</sup> N. A. MACDONALD, J. W. J. BOWDEN, « Prorogation : aucune latitude pour le gouverneur-général », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 34, n°1, 2011, p. 8 à 17 (notamment p.9 et suivante). Le gouverneur-général accepta à contre cœur la prorogation pour une durée de 10 jours. John Macdonald démissionna finalement pour être remplacé par Alexander Mackenzie.

<sup>437</sup> D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, Toronto, Dundurn, 2013, p.71.

<sup>438</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre: Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, Cambridge University Press, 2018, p.610.

<sup>439</sup> A. TWOMEY, « Prorogation – Can it ever be regarded as a reserve power ? », *Public Law Review*, vol. 27, n°2, 2016, p. 144 à 154. Voir également Jean Chretien, « Prorogation As Prime Ministerial Delay Tactic: A Legitimate Parliamentary Tool, Not “Abuse” of Prerogative », *Parliamentum*, publié le 29 août 2011, disponible à l'adresse : <https://parliamentum.org/2011/08/29/prorogation-as-prime-ministerial-delay-tactic/>.

au Canada en novembre 2003<sup>440</sup> ou en décembre 2009<sup>441</sup>, en Australie-Méridionale en 2005<sup>442</sup> ou en Nouvelle-Galles du Sud en 2010<sup>443</sup>. Il n'est donc pas rare.

Ces exemples secondaires s'inscrivent dans un contexte plus large, dans lequel la prorogation a pu être utilisée, comme la dissolution, par un gouvernement afin d'éviter l'adoption d'une motion de censure<sup>444</sup>. Cette question a trouvé un intérêt renouvelé à l'occasion des crises canadiennes de 2008 (au niveau fédéral) et de 2012 dans la province de l'Ontario<sup>445</sup>.

Avant de revenir sur ces événements récents, il semble intéressant de mentionner les incidents survenus en Nouvelle-Galles du Sud (1899) ou en Australie-Occidentale (1909) au cours desquels les gouverneurs, de Nouvelle-Galles du Sud, le comte Beauchamp<sup>446</sup> ou d'Australie-Occidentale, Gerald Strickland, ont rejeté les demandes de prorogation, estimant que le gouvernement avait perdu la confiance du Parlement<sup>447</sup>.

Il a pu également arriver, notamment, dans les Etats de Victoria (1867<sup>448</sup>) et de Nouvelle-Galles du Sud (1911)<sup>449</sup>, que le représentant de la Couronne accorde une prorogation après l'avoir initialement refusée. Dans ces deux situations, le chef du gouvernement offrit sa démission en réponse. Le gouverneur n'eut d'autre choix que

---

<sup>440</sup> B. M. HICKS, « Prorogation, dissolution et élections à date fixe selon l'approche de Westminster », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 35, n°2, 2012, p. 20 à 27 (p.25).

<sup>441</sup> P. H. RUSSELL, « Chapt. 13 - Codifying Conventions », dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional conventions in Westminster Systems – Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge University Press, 2015, p. 233 à 248 (p. 243). L'auteur relève que l'ajournement obtenu par le Premier ministre Harper visait à éviter l'examen d'un rapport sur la détention de prisonniers par les forces canadiennes en Afghanistan.

<sup>442</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op. cit., p. 611.

<sup>443</sup> E. OLIVER, « Proroguing the Parliament of Australia: the Effect on the Senate and Conventions that Constrain Prerogative Power », *Federal Law Review*, vol. 40, n°1, 2012, p. 69 à 88 (p. 73 et suivantes).

<sup>444</sup> A. TWOMEY, « Prorogation – Can it ever be regarded as a reserve power? », art. cit.

S'agissant d'un usage partisan de la prorogation en Nouvelle-Galles du Sud voir : G. HORGAN, « Prorogation as a Partisan Political Tool : The New South Wales Experience », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 6, 2012, p. 161 à 193.

<sup>445</sup> P. H. RUSSELL, « Chapt. 13 - Codifying Conventions », art. cit., (p. 243).

<sup>446</sup> E OLIVER, « Proroguing the Parliament of Australia : the Effect on the Senate and Conventions that Constrain Prerogative Power », *Federal Law Review*, vol. 40, n°1, 2012, p. 69 à 88 (p. 85).

<sup>447</sup> A. TWOMEY, « Prorogation – Can it ever be regarded as a reserve power ? », art. cit. L'auteur souligne que le Premier Ministre Newton Moore requit une prorogation qui fut refusé faute de l'adoption d'un budget.

<sup>448</sup> A. TWOMEY, « Prorogation – Can it ever be regarded as a reserve power ? », art. cit.

<sup>449</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, op. cit., p. 596 ou E. OLIVER, « Proroguing the Parliament of Australia: the Effect on the Senate and Conventions that Constrain Prerogative Power », *Federal Law Review*, vol. 40, n°1, 2012, p. 69 à 88 (p. 70). Le Premier ministre William Holman requit un ajournement pour éviter l'adoption d'une motion de censure à laquelle il ne pouvait échapper (le *Labour Party* venait de perdre la majorité à la suite de deux démissions). Le Lieutenant-Gouverneur William Cullen refusa, entraînant la démission de William Holman. Ce dernier fut alors remplacé par Charles Wade, chef de l'opposition, qui conditionna sa nomination à la dissolution de la chambre, demande qui fut également rejetée également. Devant l'impossibilité de former un gouvernement Holman retrouva ses fonctions et obtint la prorogation de la Chambre. Voir également A. TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, Federation Press, 2004, p. 465.

de rappeler les chefs de gouvernements et d'accéder à leur demande de prorogation, face à l'impossibilité de former un autre gouvernement<sup>450</sup>.

En de rares occasions<sup>451</sup>, le représentant de la Couronne n'a pas hésité à faire connaître au chef de gouvernement son désaccord, sans toutefois s'opposer à la prorogation. Dans les deux cas, le Gouverneur estima qu'il était tenu, tant que faire se pouvait de préserver le fonctionnement des institutions et d'agir sur le fondement de l'avis de son gouvernement<sup>452</sup>. Ce dernier s'est alors livré à un examen attentif de la situation avant d'accepter la prorogation la chambre.

Plus récemment, deux épisodes canadiens ont conduit à raviver le débat autour de l'usage de la prérogative en 2008<sup>453</sup> et dans la province de l'Ontario en 2012<sup>454</sup>. Les deux mésusages de cette prérogative visaient à soustraire le Premier ministre à une motion de censure pendante. En effet, dans chacun de ces cas, le Premier ministre a adressé au représentant de la Couronne une demande inconvenante dont le seul enjeu était de se soustraire à sa responsabilité<sup>455</sup>.

A l'image de la prérogative de dissolution, ces exemples tendent à montrer qu'il ne saurait exister une compétence liée, un blanc-seing donné par le représentant de la

---

<sup>450</sup> L'enchaînement des événements n'est pas sans rappeler la crise canadienne de 1926.

<sup>451</sup> G. DUNCAN, « Chapt. 12 - New Zealand », dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional conventions in Westminster Systems – Controversies, Changes and Challenges*, p. 217 à 231 (p. 219 et suivante). L'auteur évoque la position du gouverneur-général de Nouvelle-Zélande, Lord Islington, qui accorda au Premier ministre Joseph Ward une prorogation, alors que ce dernier souhaitait repousser le vote d'une motion de censure. Le gouverneur-général fermement opposé à une telle démarche insista pour que le vote de la motion eût lieu dans les plus brefs délais. Le gouvernement conserva finalement la confiance de la Chambre.

A. TWOMEY, *The Chameleon Crown – The Queen and Her Australian Governors*, Sydney, Federation Press, 2006, p. 78. L'auteur évoque le cas particulier de l'Australie Occidentale en 1971. Le gouvernement se trouva sans majorité à la suite du décès du président de la chambre. Le Gouverneur Douglas Kendrew autorisa une prorogation le temps d'organiser des élections partielles.

D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, Toronto, Dundurn, 2013, p. 155 et suivante, pour un exemple relatif à la province de la Colombie Britannique (1983) ou p.152 et suivante pour un exemple relatif à la province du Saskatchewan (1991).

<sup>452</sup> A. TWOMEY, « Prorogation – Can it be regarded as a reserve power ? », *Public Law Review*, vol. 27, n°2, juin 2016, p. 144 à 154. L'auteur évoque à l'appui de cette idée les événements survenus en Tasmanie en 1981.

G. HORGAN, « Prorogation as Partisan Political Tool : the New South Wales Political Experience », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol.6, 2012, p.161 à 193 (p.167). L'auteur évoque l'exemple de 1893 en Nouvelle-Galles du Sud.

<sup>453</sup> G. LEVY, « Theory and Practice of Prorogation », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 4, p. 239 à 248.

<sup>454</sup> Le Premier ministre Dalton McGuinty a annoncé sa démission et l'ajournement de l'Assemblée Législative afin d'éviter l'adoption d'une motion de censure, exemple cité dans P. H. RUSSELL, « Chapt. 13 - Codifying Conventions », *loc cit.* D. M. JACKSON, *The Crown and Canadian Federalism*, *op. cit.*, p.159 et suivantes.

<sup>455</sup> A. TWOMEY, *The Veiled Sceptre*, *op. cit.*, p.595. L'auteur évoque le cas de l'Australie Occidentale en 1916. Le gouvernement de John Scaddan parvint à se maintenir au pouvoir en repoussant pendant plusieurs mois le vote une motion de censure à son encontre.

Couronne<sup>456</sup>. Le Gouverneur sera souvent contraint de prendre en considération divers facteurs qui dépassent bien souvent le seul cadre du droit constitutionnel formel. Le vice-roi agit, à bien des égards, comme le garant de l'ordre constitutionnel et du système de gouvernement<sup>457</sup>.

Le gouverneur-général, par sa neutralité et sa hauteur de vue présumée, parvient donc à pallier les faiblesses de l'architecture constitutionnelle formelle, en préservant l'équilibre et la stabilité institutionnelle.<sup>458</sup>

A l'appui de ce dernier élément, il semble indispensable de s'attarder sur la crise canadienne qui dura de la fin 2008 au début de l'année 2009. A bien des égards, la crise de 2008 interpelle, par les réflexions qu'elle apporte, se rapprochant des analyses qui ont pu être menées concernant la dissolution<sup>459</sup>.

En effet, les thèses en présence, qu'elles soient ou non avancées de bonne foi, mettent en lumière l'absence de consensus<sup>460</sup> sur la question des prérogatives de la Couronne, notamment lorsque celles-ci sont détournées à des fins purement politiques.

---

<sup>456</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Rules of the Australian Constitution*, Anthem Press, 2014, p.166. L'auteur rejette l'idée que le gouverneur-général puisse être en mesure de rejeter l'avis de son Premier ministre, tout en constatant que durant la période de suspension « *le pays est gouverné par le seul Premier ministre alors même que ce dernier aurait perdu la confiance de la représentation nationale* [s'agissant des événements canadien en 2009] ». Voir également A. HEARD, « Chapt. 4 – The Governor General's suspension of Parliament : duty done or a perilous precedent ? », dans P. H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 47 à 62 (notamment p.50, l'auteur se réfère ici à l'analyse du parti québécois qui considère que le Gouverneur-général dans le cadre de la prorogation ne dispose d'aucune marge de manœuvre).

Le *Manual of Official Procedure of the Government of Canada* de 1968, Ottawa, Privy Council Office, p.150 précise que « *le Gouverneur-général ne dispose d'aucune discrétion s'agissant de la réunion ou de la prorogation du Parlement. Il agit directement suivant l'avis du Premier ministre* ».

Toutefois, les exemples développés plus haut tendent à contredire cette analyse restrictive.

<sup>457</sup> A. HEARD, « Chapt 4 – The Governor General's suspension of Parliament : duty done or a perilous precedent ? », *op cit*, p. 48. L'auteur évoque le rôle de « *dernier rempart du Gouverneur-général* », « *d'extincteur constitutionnel* ».

<sup>458</sup> L. E. WEINRIB, « Chapt 5 – Orle Minister Harper's Parliamentary 'Time Out' : A Constitutional Revolution in the Making ? », in H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 63 à 75.

Notre remarque s'inscrit en contradiction avec l'analyse de l'auteur qui considère que les événements de 2008 sont symptomatiques de la faiblesse du système constitutionnel de Westminster et semble voir, dans la codification, la solution aux maux de la Constitution du Canada.

<sup>459</sup> D. A. DESSERUD, « The Governor General, the Prime Minister and the Request to Prorogue », *Canadian Political Science Review*, vol. 3, n°3, 2009, p. 40 à 54 (notamment 45 et suivantes).

<sup>460</sup> P. H. RUSSELL, « The 2008 Crisis - The Need for Agreement on Fundamental Conventions of Parliamentary Democracy », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 205 à 215.

L'opposition frontale entre le Premier ministre Stephen Harper et la gouverneure-générale Michaëlle Jean a conduit la population à s'interroger sur la stabilité de la Constitution canadienne<sup>461</sup>. D'une façon relativement surprenante, cette crise ne pouvait connaître d'issue pacifiée. En quelques mots, il était question d'accorder au Premier ministre le bénéfice d'une prorogation, peu de temps après une élection générale. Le Premier ministre comptait sur la prorogation pour échapper à une motion de censure (la majorité étant fragile).

Toute la question était de savoir si la gouverneure-générale, consciente de la manœuvre du Premier ministre, était tenue d'accéder à cette demande. Soulignons également que le bloc d'opposition proposa à Rideau Hall la garantie de former un gouvernement stable<sup>462</sup>, en réponse aux manœuvres du Premier ministre.

Stephen Harper, chef de gouvernement très contesté, était parvenu à obtenir une dissolution avant d'être rappelé au pouvoir. L'annonce d'une mesure fiscale<sup>463</sup> qui devait normalement être repoussée a conduit le parti du Premier ministre à être très largement affaibli, la coalition mise en place à l'issue des élections n'ayant pas apprécié ce changement d'agenda inopiné.

A peine trois semaines après les élections à la Chambre des communes, Stephen Harper remit à Michaëlle Jean un avis tendant à l'ajournement de la chambre. Cette manœuvre visait à éviter le vote d'une motion de censure programmée la semaine suivante. Après un délai de réflexion, la demande d'ajournement fut acceptée et le gouvernement ne fut finalement pas censuré.

---

<sup>461</sup> P. H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, pp.218.

<sup>462</sup> En arrière-plan, se posait en parallèle la question de la légitimité de ce gouvernement de substitution, qui, en tout état de cause avait perdu les élections législatives et qui ne repose que sur un accord de principe entre les différentes formations d'opposition, voir sur cette question G. SKOGSTAD, « Chapt. 12 – Western Canada and the 'Illegitimacy' of the Liberal-NDP Coalition Government » (p. 163 à 174) ou J. SMITH, « Chapt. 13 – Parliamentary Democracy Versus Faux Populist Democracy » (p. 175 à 188), dans P. H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, University of Toronto Press, 2009.

<sup>463</sup> Le gouvernement a décidé, de façon inopinée, de proposer un nouveau programme budgétaire sans les consultations d'usage. Voir M. VALPY, « Chapt. 1 - The 'crisis' : a narrative », dans P. H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, University of Toronto Press, 2009, p. 3 à 18, (p. 10-11).

Cette crise a été l'occasion pour le locataire de Rideau Hall de prouver que la fonction de gouverneur-général n'était pas un ornement décoratif<sup>464</sup> !

Le délai de réflexion durant lequel Michaëlle Jean a réservé sa décision lui permit de se forger une intime conviction. La gouverneure-générale a eu l'occasion de consulter certains de ses conseillers, autres que les ministres<sup>465</sup> et elle a également assorti sa décision de garanties. En effet, elle a cherché à s'assurer que Stephen Harper disposait toujours de la faculté de gouverner. Rappelons que Michaëlle Jean a été saisie par l'opposition qui lui proposa un gouvernement alternatif ; proposition qui fut rejetée car elle ne présentait pas des garanties de stabilité suffisantes. En effet, cet accord écrit ne semblait pas assez solide. Dans l'intervalle, le Premier ministre Harper a apporté de nouvelles garanties, notamment celle de limiter la durée de l'ajournement et de ne pas se soustraire au vote de la motion de censure<sup>466</sup>.

Cette prérogative, faussement considérée comme mineure<sup>467</sup>, relative à l'ajournement de la chambre basse, a donné lieu à un vif débat dans la doctrine autour de la valeur de l'avis des ministres responsables et plus généralement de la question de la marge de manœuvre du représentant de la Couronne<sup>468</sup>. Les exemples présentés tendent à confirmer que la Couronne ou ses représentants sont les garants de la constitution. A ce titre, un refus serait tout à fait justifié si la requête s'apparentait à un détournement de procédure au profit du Premier ministre, en vue d'une part de gouverner sans avoir à rendre de compte, et d'autre part de se soustraire à sa responsabilité<sup>469</sup>.

---

<sup>464</sup> L. ELLIOTT, « PM gave Jean pledges in prorogation crisis », *CBC News*, 2 octobre 2010, disponible à l'adresse : <http://www.cbc.ca/news/politics/pm-gave-jean-pledges-in-prorogation-crisis-1.969491>. La Gouverneure-Générale Michaëlle Jean utilisa l'image du « *rubber stamp* » pour souligner l'idée d'automatisme aveugle dans la signature des actes du gouvernement.

<sup>465</sup> B. SLATTERY, « chapt. 6 - Why the Governor General Matters », dans P. H. RUSSEL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 79 à 90.

<sup>466</sup> P. H. RUSSELL, « Discretion Reserve Powers of the Crown », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 34, n°2, 2011, p. 19 à 25.

<sup>467</sup> Voir *supra*, notamment en ce qui concerne l'obligation pour le gouverneur-général d'accéder à la demande du Premier ministre.

<sup>468</sup> N. A. MACDONALD, J. W. J. BOWDEN, « Prorogation : aucune latitude pour le Gouverneur général », vol. 34, n°1, 2011, p. 8 à 17 ou M. D. WALTERS, « The Law Behind the Conventions of the Constitution: Reassessing the Prorogation Debate », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 5, mars 2011, p. 131 à 154.

<sup>469</sup> G. HORGAN, « Prorogation as Partisan Political Tool: The New South Wales Experience », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 6, mars 2012, p. 161 à 189.

En Australie, l'ouvrage d'Odger<sup>470</sup> souligne d'ailleurs qu'un gouverneur-général serait tout à fait fondé à rejeter l'avis d'un Premier ministre qui chercherait à éviter une motion de censure. Cette procédure conduirait à ce qu'un gouvernement reste au pouvoir alors qu'il ne dispose plus, en réalité, de la confiance de l'organe par la volonté duquel il exerce ses fonctions<sup>471</sup>.

Les épisodes de 1911 (Nouvelle-Galles du Sud) et de 2008 ou de 2012 au Canada, ont notamment jeté le discrédit ou, en tout cas, la suspicion sur l'organe du gouverneur-général.

Il arrive que la mission qui lui est dévolue ne soit pas toujours bien comprise par l'opinion. L'instrumentalisation par le personnel politique contribue à entretenir le flou et l'imprécision sur les contours de l'exercice de la prérogative. Les chefs de l'exécutif sont souvent critiqués par l'opinion, alors même que constitutionnellement le choix retenu était le bon<sup>472</sup>. L'office souffre d'une certaine opacité qui joue en sa défaveur. A l'image de la Couronne britannique, les gouverneurs-généraux sont conscients que la survie de la monarchie tient dans la réserve que ces derniers observent dans l'exercice de leur mandat. Il s'agira alors de préserver la neutralité de la fonction tout en assurant un exercice effectif de ces missions<sup>473</sup>.

La récente crise du 28 août 2019 en Angleterre se fonde sur les mêmes éléments que la situation au Canada en 2008. En effet, dans le contexte du Brexit et d'une absence d'unité politique au sein de la Chambre des communes, le Premier ministre Johnson recommanda et obtint une prorogation de la Chambre afin de repousser une éventuelle censure.

---

<sup>470</sup> H. EVANS, R LAING, *Odger's Australian Senate Practice* 13<sup>ème</sup> éd., Cambera, Department of the Senate, p.645.

<sup>471</sup> I KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Rules of the Australian Constitution*, op. cit., p. 166.

<sup>472</sup> G. HORGAN, « Prorogation as Partisan Political Tool: The New South Wales Experience », art. cit.

<sup>473</sup> P. W. HOGG, « Prorogation and the Power of the Governor General », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 193 à 203.

Le recours à la prorogation est dans cette situation critiquable car il est assimilé à une volonté assumée de se soustraire au contrôle parlementaire. Alors que la crise canadienne s'est réglée dans l'arène politique, la crise anglaise a trouvé une issue sur le terrain judiciaire. En effet dans le prolongement de la décision Miller de 2017<sup>474</sup> relative au Brexit, une nouvelle décision Miller<sup>475</sup> se prononça sur la validité de la prorogation. La Cour suprême répond à une première question sur le point de savoir si le recours à la prérogative (et par extension, l'avis remis par un chef de gouvernement au monarque) pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. La Cour répondit par l'affirmative en se fondant notamment sur le *Case of proclamation* de 1611. Elle rappela que la prérogative était un acte par nature susceptible de recours, tout en soulignant que le gouvernement ne s'est que peu opposé à ce contrôle<sup>476</sup>. La Cour rappela également que le contrôle de la prérogative était un élément essentiel en lien avec la nature parlementaire du droit constitutionnel britannique. Elle souligne que « *la conduite d'un gouvernement par un Premier ministre et un cabinet collectivement responsable et devant se justifier devant le Parlement est au cœur de la démocratie de Westminster*<sup>477</sup> ». Au point 50 la Cour suprême explique « *qu'une prorogation serait illégale si elle avait pour effets d'entraver ou d'empêcher, sans raison valable, le Parlement d'exercer sa mission de législateur et de contrôle de l'exécutif* ». En définitive, la prorogation fut déclarée nulle et non avenue. Le Parlement fut réuni de plein droit. Cette décision marque un tournant silencieux en droit constitutionnel britannique en ce qu'elle élargi les cas de contrôle du juge et ouvre les prétoires à des cas qui jusqu'ici n'étaient pas susceptible de recours.

La Cour participe également, à une logique de formalisation et de consolidation juridictionnelle de la Constitution britannique<sup>478</sup>. On pourrait être tenté de critiquer ce

---

<sup>474</sup> *R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017]UKSC5. Cette décision est intéressante car elle revient sur l'étendue des pouvoirs du Premier ministre et du Parlement.

<sup>475</sup> *R (on the application of Miller) v The Prime Minister Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019]UKSC41. Pour une étude approfondie voir L. SIROTA, « The Case of Prorogation and the Political Constitution », *Journal of Commonwealth Law*, vol. 3, 2021, p. 103 à 156.

<sup>476</sup> Points. 28 à 52 de la décision.

<sup>477</sup> Référence à Lord Bingham of Cornhill, point 46.

<sup>478</sup> *HS2 Action Alliance Ltd, R (on the application of) v The Secretary of State for Transport & Anor* [2014] UKSC 3 qui évoque les constitutional instruments et opère une hiérarchisation des loins du Parlement. Voir également A. GUIGE, « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *Revue de droit public*, n°2, 2016, p. 597 à 621.

contrôle opéré par le juge comme une violation d'une illusoire séparation des pouvoirs. On pourrait également y voir l'entrée des conventions dans l'arène juridictionnelle. Toutefois et cela malgré une justification quelque peu ambiguë cela ne semble pas être le cas. En effet, la Cour se saisit d'une question qui peut sembler nouvelle. Toutefois, il n'en est rien. Il ne faut pas perdre de vue que les prérogatives sont de par leur nature des compétences qui peuvent être contrôlées par le juge.

Ainsi, cette décision, en réalité consacre, nous semble-t-il le retour d'une jurisprudence particulièrement ancienne et qui remonte au temps des Institutes de Lord Edward Coke. Il est vrai toutefois, que cette décision se fonde également sur l'existence d'une règle conventionnelle. Le Professeur Anne Twomey milite pour un contrôle efficace du juge sur les prérogatives et y voit un moyen de limiter les pouvoirs du gouvernement<sup>479</sup>.

De nombreux auteurs semblent voir dans la codification une solution évidente à cette absence de clarté dans le recours à la prérogative de l'ajournement. La prorogation, souvent codifiée à la marge dans les constitutions, a toutefois fait l'objet d'une attention renouvelée à l'occasion des crises survenues au Canada. Toutefois, il apparaît assez clairement que ces expériences ne sauraient utilement régler le problème sous-jacent des rapports entre le chef du gouvernement et le chef de l'Etat.

## B - Les expériences de codification de la prorogation

L'usage de la prorogation n'a entraîné que peu de crises institutionnelles. A l'exception de l'épisode canadien de 2008, cette prérogative demeure généralement méconnue.

---

<sup>479</sup> A. TWOMEY, « The Prerogative and the Courts in Australia », *Journal of Commonwealth Law*, vol. 3, 2021, p. 55 à 102.

A l'image du droit de dissolution ou des rapports entre les chambres dans les parlements bicaméraux, il est arrivé que les conflits institutionnels relatifs à l'étendue des prérogatives constitutionnelles d'un organe, aient fait l'objet d'une formalisation souvent imprécise ou incomplète. Les expériences de codifications de la prorogation sont des conséquences directes des violations constitutionnelles relevées plus tôt.

Ainsi, la prérogative de la prorogation est codifiée aux articles 10<sup>480</sup> et 24(B) du *Constitution Act* 1902 de Nouvelle-Galles du Sud. L'article 24(B) prévoit que « *l'Assemblée législative ne peut être prorogée dans les 8 jours suivant l'adoption d'une motion de censure [...] à moins que dans l'intervalle l'Assemblée n'ait accordé sa confiance au gouvernement* ». Cette disposition est issue de la révision constitutionnelle de 1995<sup>481</sup>.

Par ailleurs, l'article 8 (3)(a) du *Victoria Constitution Act* 1975 issu de la révision de 2003 reprend la même formulation.

Ces dispositions n'empêchent en rien un Premier ministre sous le coup d'une motion de censure de requérir une prorogation. En effet, les articles précisent que la motion de censure doit avoir été adoptée. La prorogation s'exerce en lien avec la dissolution (prévue au même article).

La prorogation peut parfois intervenir entre deux votes entraînant ainsi une paralysie des institutions. Il s'agit en réalité de permettre au processus d'aller à son terme et d'éviter qu'un gouvernement ne se soustraire à sa responsabilité<sup>482</sup>. Cette formulation lacunaire n'apporte pas de réelles solutions aux questions d'une part, du détournement de l'usage de la prorogation et d'autre part, du statut de la Couronne. Elle n'apporte aucune limite à la marge de manœuvre du Premier ministre. Elle donne

---

<sup>480</sup> L'article 10 du *New South Wales Constitution Act* 1902 se borne à rappeler que la prorogation est une prérogative exercée par le Gouverneur dans le cadre de la fixation des sessions du Parlement.

<sup>481</sup> A TWOMEY, *The Constitution of New South Wales*, op. cit., p. 650.

<sup>482</sup> A TWOMEY, *ibid.*, p. 652 sur l'analyse du comportement du Premier ministre Holman en 1916.

aussi une base formelle à la décision du Gouverneur qui souhaiterait rejeter une demande de prorogation qui lui serait adressée.

Au niveau fédéral, la pratique O issue du travail de la Commission Constitutionnelle de Brisbane se borne à préciser qu'il est recommandé de refuser une prorogation si le gouvernement n'est pas parvenu à faire adopter une loi de finances<sup>483</sup>. Cette formulation rappelle celle utilisée pour le refus d'une dissolution<sup>484</sup>.

Les prorogations successives de l'hiver 2008-2009 ont suscité une vive indignation de la part du public et une défiance accrue vis-à-vis tant du Premier ministre (déjà en difficulté) que du gouverneur-général<sup>485</sup>. Cette instrumentalisation de la règle<sup>486</sup>, révélatrice d'une violation de la Constitution, a poussé le député Jack Layton à déposer une motion visant à encadrer l'exercice de la prorogation. Cette motion souligne « *que, de l'avis de la Chambre, le premier ministre ne recommande pas au gouverneur-général de proroger la session d'une législature de plus de sept jours civils sans une résolution expresse de la Chambre des communes en ce sens*<sup>487</sup> ». Cette formulation reprend, en un sens, celle des articles 8 et 24 des Constitutions des Etats de Victoria et de Nouvelle-Galles du Sud évoqués plus haut. Elle n'a pas vocation à limiter ou réellement encadrer l'usage de la prorogation, mais seulement à en guider l'exercice. Son auteur précise : « *Notre motion permet au premier ministre de remettre l'agenda législatif à zéro, mais elle l'empêche d'utiliser ce pouvoir afin de fuir ses responsabilités devant les élus du peuple. C'est une proposition concrète, constructive et raisonnable qui répond au souhait exprimé par des centaines de milliers de personnes qui ont manifesté, il y a quelques semaines, pour que les portes de leur Chambre demeurent ouvertes*<sup>488</sup> ».

---

<sup>483</sup> Pratique O, *Second Report on the Australian Constitutional Convention*, Canberra, Legal & Constitutional Committee, mars 1986, p.35.

<sup>484</sup> Voir *infra*.

<sup>485</sup> J. SMITH, « Chapt. 13 - Parliamentary Democracy versus Faux Populist Democracy », dans P. H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 175 à 188.

<sup>486</sup> MD WALTERS, « The Law Behind the Conventions of the Constitution: Reassessing the Prorogation Debate », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 5, 2011, p. 131 à 154.

<sup>487</sup> Débats à la Chambre des communes, *Hansard*, vol. 145, n°11, p. 576, séance du 17 mars 2010.

<sup>488</sup> Débats à la Chambre des communes, *Hansard*, *loc cit*.

Cette proposition diffère des exemples australiens, en ce qu'elle s'adresse au Premier ministre et non au gouverneur-général d'une part, et en ce qu'elle reconnaît explicitement un rôle de contrôle à la Chambre des communes, d'autre part. Cette motion fut adoptée à 139 voix contre 135 avec le rejet des Conservateurs. Le rejet par les Conservateurs de la proposition du député Layton prive la règle de son caractère obligatoire<sup>489</sup>. En effet, Peter Russell précise que l'absence de reconnaissance de la règle par le parti politique au pouvoir la prive du caractère obligatoire qui fonde une convention<sup>490</sup>.

En 2010, au lendemain de la crise, une partie de la doctrine était convaincue de la nécessité de l'encadrement de l'usage de la prorogation. Il apparaissait également nécessaire de préserver la Couronne de toute controverse ou de toute tentative de politiser l'institution<sup>491</sup>. Pour autant, la question de la forme de la codification restait en débat. En effet, la révision constitutionnelle, eu égard à ses conditions tant formelles que jurisprudentielles semblait exclue. Formaliser cette prérogative dans une loi apparaissait évident, bien que la formulation d'un texte susceptible d'emporter un consensus suffisant n'était pas aisé<sup>492</sup>. Errol Mendes proposa également une reconnaissance de la formule de Layton dans les *Standing Orders* de la Chambre des communes. Cette reconnaissance devait, selon l'auteur vocation à faire évoluer les comportements<sup>493</sup>.

L'atelier dirigé par le professeur Russell sur la question des prérogatives royales n'apporte pas de réelle solution. L'auteur souligne que les vives critiques de l'usage de la prorogation et de la volonté d'encadrement seraient de nature à faire naître une pratique qui, si elle venait à être violée, aurait de lourdes conséquences sur la confiance

---

<sup>489</sup> K. C. WHEARE, *Modern Constitutions*, Londres, Oxford University Press, 1975, p. 121.

<sup>490</sup> P. H. RUSSELL, « Chapt 10 – Peter H Russell, Learning to live with Minority Parliaments », dans P. H. RUSSELL, L. SOSSIN (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, University of Toronto Press, 2009, p. 136 à 149 (p. 148), l'auteur se fonde tant sur les critères classiques de Jennings que sur l'approche jurisprudentielle de la Cour Suprême du Canada dans sa décision de 1981 *partition*.

<sup>491</sup> E. MENDES, *Memo for the Workshop on Constitutional Studies*, disponible à l'adresse : <http://aspercentre.ca/wp-content/uploads/2017/06/Errol-Mendes-PROROGATION.doc>.

<sup>492</sup> P. H. RUSSELL, « Chapt. 13 - Codifying Conventions », dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional conventions in Westminster Systems – Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge University Press, 2015, p.233 à 248 (p. 243).

<sup>493</sup> E. MENDES, *Memo for the Workshop on Constitutional Studies*.

du peuple. Le panel ne conclut pas à l'existence d'une obligation. Pour autant on peut s'interroger. En effet, la prorogation est exercée par le gouverneur-général sur proposition de son Premier ministre. Les précédents comme les expériences de formalisation tendent à montrer que le gouverneur-général pourrait rejeter une recommandation qui permettrait au gouvernement de se soustraire au représentant de la volonté du peuple. Par ailleurs, l'atelier de février 2011 de l'Université de Toronto conclut à la reconnaissance de la sanction politique, publique ou encore électorale d'une violation de la règle.

Avant les réflexions issues de la crise de 2008, la prorogation faisait l'objet d'une mention dans le *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*<sup>494</sup> qui rappelait que le gouverneur-général ne disposait d'aucune discrétion en matière de prorogation. Il agissait directement sur l'avis du Premier ministre. Cela ne fut pas toujours le cas. En 1873, le gouverneur-général Lorne a rencontré le Conseil privé pour exposer « *les conditions dans lesquelles il accepterait de recourir à la prorogation* ». Cet exemple n'a qu'un intérêt historique.

Par ailleurs, l'article 11(2) du *Bill C-60* prévoit que « *le Parlement du Canada peut proroger une chambre des communes, et un corps législatif provincial peut proroger une assemblée législative provinciale au-delà de la durée prévue paragraphe, en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prorogation ne fait pas l'objet d'une opposition exprimée par Les votes de plus du tiers des membres de la Chambre des communes ou de l'Assemblée législative, selon le cas*<sup>495</sup> ».

La province de l'Ontario, à la suite des crises de 2012 ou de la a crise fédérale de 2009, a élaboré une loi visant à encadrer l'usage de la prorogation. Ce texte, toujours

---

<sup>494</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Privy Council Office, Ottawa, 1968, Point 1, p. 150.

<sup>495</sup> Article 11(2) du *Bill C-60*, Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines du 20 juin 1978.

en discussion, entend modifier le *Legislative Assembly Act* de 1879<sup>496</sup> et propose un encadrement plus strict de la prorogation. A ce titre, il s'inspire de la motion proposée par Jack Layton au Parlement fédéral. En effet, cette proposition interdit au Premier ministre de remettre au Lieutenant-gouverneur un avis ou une demande de prorogation, sans que celle-ci ait été autorisée par l'Assemblée Législative, sauf sous la forme d'une résolution précisant une date de reprise de ses travaux<sup>497</sup>.

Soulignons toutefois un élément intéressant. L'article 1(5)<sup>498</sup> dispose que « *aucun des paragraphes (2), (3) et (4) n'a pour effet de modifier ni de restreindre les pouvoirs de la Couronne, notamment celui de proroger, de dissoudre ou de convoquer la Législature* ». L'absence de restriction sur les prérogatives de la prorogation, de la dissolution ou de la convocation du Parlement ne concerne que la Couronne, ce qui implique que les pouvoirs du Lieutenant-gouverneur sont bel et bien limités.

Pour connaître les conséquences précises de cette disposition, il faudrait attendre une décision de justice. Rappelons toutefois que cette proposition de loi novatrice n'est pour l'instant qu'à l'état de proposition. Celui-ci obéit à l'objectif d'encadrer certaines prérogatives du chef du gouvernement. L'intérêt d'une telle formalisation serait également de permettre à l'Assemblée Législative d'exercer un contrôle des motifs avancés par le gouvernement. Il s'agit de remettre la fonction de contrôle dévolue au parlement au cœur des rapports entre ces deux organes, tout en préservant (judicieusement) le représentant de la Couronne de toute controverse politique.

Toutefois, il convient de rappeler les effets néfastes de ces entreprises de codification. Il apparaît que la loi, comme tout outil « *d'ossification* », ne parvient que partiellement à saisir la règle<sup>499</sup>. Par ailleurs, ces entreprises feraient du juge l'arbitre d'un conflit de nature institutionnel. Ce nouveau cadre qui conduirait à la

---

<sup>496</sup> Projet de loi 24, loi modifiant la loi sur l'Assemblée législative relativement à la prorogation, Assemblée législative de l'Ontario, 6 mars 2013.

<sup>497</sup> Article 1(4) du projet de loi 24, loi modifiant la loi sur l'Assemblée législative relativement à la prorogation, Assemblée législative de l'Ontario, 6 mars 2013.

<sup>498</sup> Article 1(5) du Projet de loi 24, loi modifiant la loi sur l'Assemblée législative relativement à la prorogation, Assemblée législative de l'Ontario, 6 mars 2013.

<sup>499</sup> Si l'on s'en tient au projet de loi de l'Ontario le mérite du texte semble de mettre à terme aux tentatives de détournement de la prorogation par le gouvernement afin de se substituer à sa responsabilité devant la représentation populaire.

juridictionnalisation de la vie politique et institutionnelle entraînerait, à n'en pas douter, davantage de difficulté qu'il n'offrirait de solution. On pourrait voir dans l'ouverture des prétoires une menace, un argument de négociation entre les mains de l'opposition notamment, pour inciter le gouvernement à plus de prudence, de retenue. Il ne serait pas non plus surprenant d'attendre une réaction du représentant de la Couronne face à une violation de la Constitution mise en lumière par l'opposition. Toutefois, face à ce phénomène, une nouvelle fois, tout est affaire de loyauté et de tempérance. Ces règles sont trop souvent laissées à la libre appréciation des acteurs chargés de les faire appliquer.

## **Conclusion : l'impossible codification de la prérogative royale**

Au terme de cette étude sur les prérogatives royales exercées sur l'avis du gouvernement, un certain nombre de remarques s'imposent.

Les prérogatives royales sont souvent mal comprises, car elles représentent la puissance royale par excellence. Aujourd'hui, leur opération dépend des ministres. Toutefois, la Couronne est responsable du fonctionnement régulier de la constitution. Les exemples relevés tout au long du chapitre – sans être exhaustifs – ont tenté de démontrer toute la complexité de la question. Il apparaît que la systématisation de l'exercice de ces compétences royales est vouée à l'échec tant les situations sont innombrables et imprévisibles. Cet élément révèle toute la complexité esthétique du système constitutionnel hérité du Parlement de Westminster.

Cette nébulosité a conduit à une volonté de codifier, de clarifier. Nous le rappelons, ce chapitre a tenté de démontrer le peu de succès de ces entreprises de codification. L'écrit s'est révélé dans tous les cas, incapable de saisir l'essence de ces règles qui obéissent à des considérations éloignées d'une simple question de mécanique constitutionnelle.

Il apparaît important de conserver une part d'indétermination dans l'exercice des prérogatives royales. Cette indétermination volontaire permet justement la survie de tout le système de gouvernement. La Couronne et ses représentants ne refusent pas en principe l'avis d'un gouvernement. Toutefois, si cet avis est manifestement inconstitutionnel la Couronne révélera sa véritable nature de gardien et agira en conséquence pour conserver le principe du gouvernement représentatif. En effet, le principe du gouvernement responsable se pliera, en cas de conflit, au principe du gouvernement représentatif, essence même du système de Westminster.

Le chef de l'Etat dans le système de Westminster est, dans des cas de crises institutionnelles, l'objet de vives critiques. Il s'agirait alors de mener une réflexion sur la codification de l'avis remis à la Couronne.

Sans tomber dans le travers illusoire de vouloir enfermer la Couronne dans des règles formelles, rigides et contraignantes, il semblerait utile d'encourager la transparence. Finalement, la crise canadienne de 2008 a engendré une réflexion sur l'intérêt d'informer les citoyens sur le fonctionnement réel des institutions et l'obligation pour le représentant de la Couronne de justifier sa prise de décision sur une situation donnée, à l'image des dispositions relatives à l'article 57 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* ou la pratique L relative aux mécanismes de dissolutions<sup>500</sup>.

Il serait pertinent d'encourager la publicité des avis échangés entre le Premier ministre et le chef de l'exécutif. A titre d'exemple, le point 15 des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle d'Adélaïde de 1983, prévoit que « *le Conseil exécutif n'est pas un organe de délibération. Cet organe remet au Gouverneur-général des avis officiels par voie de déclarations écrites approuvées par un ministre*<sup>501</sup> ».

Les conventions incarnent un corps de règles de moralité politique<sup>502</sup>. Les règles qui gouvernent l'exercice des prérogatives garantissent la moralité du corps politique.

---

<sup>500</sup> Voir *supra*.

<sup>501</sup> Point 15 des résolutions adoptées par la Commission Constitutionnelle australienne de Adélaïde des 26 au 30 avril 1983, reproduit dans I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia, an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>502</sup> D. BARANGER, « la fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution) », *Droits*, n°32, p. 47 à 68, voir également O. HOOD PHILLIPS, « Constitutional Conventions : Dicey's Predecessors », *The Modern Law Review*, vol. 29, 1966, p. 132 à 148, G. MARSHALL, *Constitutional Conventions, The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 17.

### CONCLUSION DU TITRE 3 : LES ILLUSIONS DE LA CODIFICATION

*« Le déclin de la notion même de constitution aujourd'hui est consacrée dans les pays de constitution rigide par le décalage entre les règles solennelles conservées et les mécanismes de la vie politique réelle<sup>1</sup> »*

Les crises institutionnelles sont des événements catalyseurs en droit constitutionnel. Elles sont toutes nées d'un conflit d'interprétation entre la lettre de la constitution ou de la loi et une règle de nature conventionnelle censée en guider la mise en œuvre. Ces crises interrogent le droit constitutionnel sur ses fondements et ses raisons d'être. Les épisodes étudiés dans le présent titre mettent en lumière deux éléments essentiels, d'une part la faculté de résilience, si tant est que cela existe, des constitutions et d'autre part l'équilibre fragile de ces dernières. Cet équilibre fragile est révélé lorsque l'on compare les conséquences de certaines crises avec les précautions prises par le législateur. La conclusion de cet état de fait est simple. La codification est insuffisante, incapable de prévoir toutes les situations qui peuvent découler de son application. Toute codification renferme en elle une part de virtualité, une part d'indétermination, qui ne peut être conçue par le rédacteur.

Cette idée est davantage concevable dans le contexte des constitutions formelles de certains Etats australiens particulièrement complexes et détaillées.

Certaines codifications évoquées proposent une formalisation de la règle de nature conventionnelle (à l'image des dispositions relatives à la dissolution ou la prorogation). On trouvera ainsi trois types de formalisation. Le premier type de codification pose une règle précise. Ces codifications visent à inscrire la convention dans le droit positif. Le deuxième type de codification se borne à reconnaître qu'une compétence donnée doit être exercée en accord avec les conventions constitutionnelles en vigueur. Enfin, le troisième type de codification, plus rare, est une combinaison des

---

<sup>1</sup> Cité dans J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, op. cit., p. 37.

deux précédents puisqu'il propose à la fois la consolidation précise d'une règle tout en reconnaissant l'existence d'une convention qui en commande l'application. Ces trois types de codification représentent une graduation dans l'exercice. On constate d'abord une reconnaissance pouvant devenir une systématisation.

Un autre élément important mis en lumière dans ce titre est l'exercice de systématisation initiée par certains constituants, notamment le constituant australien en 1983 et 1985. A la suite de crises institutionnelles notamment celle de 1975, ce dernier a tenté, sans succès, de poser de façon précise les conventions essentielles au fonctionnement des institutions. Les deux conventions constitutionnelles se sont heurtées au même constat : l'impossible formalisation satisfaisante des conventions de la constitution. Aucun des travaux n'est parvenu, par une codification, à saisir l'entièreté d'une règle conventionnelle alors que leur essence était connue de tous.

Par ailleurs, rappelons que le projet de nouvelle constitution pour le Canada de 1978 se bornait à mentionner l'existence des conventions de la constitution, sans d'autres précisions. Dans son commentaire du projet Gregory Brandt<sup>2</sup> souligne que le projet visait à moderniser<sup>3</sup> la Constitution et la nationalisant. Il s'agissait d'en faire un acte réellement canadien ; en témoigne la reconnaissance des peuples autochtones. Par ailleurs, un élément intéressant ressort de la consolidation de disposition sur la composition des organes de l'état jusqu'ici du domaine de la convention comme le cabinet prévu aux articles 51 et suivant du texte. David Smith apportera un éclairage intéressant en soulignant que ce n'est pas une coïncidence si l'examen de ce texte a lieu tout juste trois ans après la crise australienne de 1975<sup>4</sup>.

Eugène Forsey s'est montré très critique vis-à-vis de ce projet. Il estimait, en effet que les conventions devaient rester informelles car elles encourageaient les

---

<sup>2</sup> G. J. BRANDT, « The Constitutional Amendment Act (Bill C-60) », *University of Western Ontario Law Review*, vol. 17, 1978-1979, p. 267 à 294.

<sup>3</sup> On notera par exemple l'article 42 qui encadre la désignation du gouverneur-général.

On notera également l'apparition d'un nouvel organe le Conseil d'Etat organe qui représente un exécutif élargi. L'article 53 consacre la fonction élective du Parlement.

Un extrait du texte est reproduit à l'annexe.

<sup>4</sup> D. E. SMITH, *The Invisible Crown, the First Principle of Canadian Government*, Toronto, University of Toronto Press, 2014 (première édition 1995), p. 49.

discussions et les débats fondés sur le bon sens<sup>5</sup>. Benoît Pelletier souligne que le projet de révision porté par le Premier ministre Pierre Elliott a été particulièrement mal reçu et très sévèrement critiqué par les provinces notamment<sup>6</sup>.

Le cas de la Nouvelle-Zélande est encore plus frappant. Le projet Palmer/Butler, dernier en date (2016<sup>7</sup>) propose de codifier et de systématiser les éléments centraux de l'ordre constitutionnel néozélandais sans apporter toutefois de réponse sur la question des conventions de la constitution. Philip Joseph fait valoir des réserves vis-à-vis de l'ensemble de ces projets<sup>8</sup>. S'agissant de la proposition Palmer/Butler il souligne, notamment, un affaiblissement du dispositif mis en œuvre depuis l'adoption du *New Zealand Bill of Rights* de 1990. Par ailleurs, l'auteur insiste sur le caractère détaillé et éminemment prescriptif de la proposition. Cela aurait pour conséquence de rendre difficile le fonctionnement institutionnel et aboutir à une judiciarisation de la vie politique<sup>9</sup>.

La raison de l'échec de ces projets de codification des conventions de la constitution est évidente ; ces règles n'ont pas vocation à devenir du droit codifié. Elles sont déjà considérées comme du droit constitutionnel positif<sup>10</sup>, il n'est nul besoin de les faire entrer dans un code. Elles complètent le droit positif, lui donnent de la substance en le fondant sur des principes directeurs<sup>11</sup>.

L'intérêt du titre était ainsi de s'attarder sur les différentes formes et degré de codification. Il ne faut pas perdre de vue que la codification est une forme contraignante de formalisation. Elle vise à reconnaître une règle, à en donner une substance, une définition, en définir de manière plus ou moins précise les modalités d'exercice et à

---

<sup>5</sup> Cité dans F. MILLIGAN, *Eugene A Forsey, An Intellectual Biography*, Calgary, University of Calgary Press, 2004, p. 232.

<sup>6</sup> B. PELLETIER, « Chapt. 12 – Amending the Constitution of Canada » (p. 253 à 275), dans P. OLIVER, P. MACKLEM, N. DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 257.

<sup>7</sup> G. PALMER, A BUTLER, *A Constitution for Aotearoa New Zealand*, Wellington, Victoria University Press, 2018, pp. 256.

<sup>8</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>ème</sup> éd., Wellington, Thomas Reuters, 2021, p. 178 (l'auteur liste les projets depuis 1961).

<sup>9</sup> P. JOSEPH, *Constitutional and Administrative Law*, *op. cit.*, p. 183 à 185.

<sup>10</sup> J. JACONLLI, « Do Constitutional Conventions Bind? », *Cambridge Law Review*, vol. 64, n°1, p. 149 à 176. O. DIXON, « The Law and the Constitution », *Law Quarterly Review*, vol. 51, 1935, p. 590 à 614.

<sup>11</sup> B. HARRIS, *New Zealand Constitution, an Analysis in terms of Principles*, Wellington, Thomson Reuters, 2018, p. 17 et 45 et suivantes.

prévoir le cas échéant des sanctions en cas de violation. La codification est donc une entreprise visant à figer le droit. Ce que les présents développements ont démontré c'est qu'il est impossible de figer le droit constitutionnel. En effet, cet œuvre est le fruit d'une histoire et d'un équilibre complexe au-delà de la norme formelle.

Un autre élément qu'il convient de mentionner est le fait que la codification renforce le risque de traitement judiciaire de la question des conventions de la constitution. L'idée qui revient depuis le début de cette recherche est que les conventions opèrent dans le domaine des idées, des débats politiques et non dans les prétoires. Codifier ces règles ouvre nécessairement une possibilité de contrôle juridictionnel. Il est vrai que ce contrôle se renforce de plus en plus, comme en témoigne la jurisprudence canadienne ou britannique. Cette évolution, relativement prudente pour l'instant, appelle à la judiciarisation des rapports politiques. Cette évolution, si elle venait à se généraliser conduirait à redéfinir l'équilibre institutionnel. A l'image du juge suprême britannique, une telle intervention n'est justifiée qu'en cas de détournement évident d'une règle constitutionnelle. Il s'agit en l'espèce de priver le Parlement de sa faculté de contrôle et *in fine* de priver le souverain politique d'un choix.

En conclusion, la codification a démontré ses limites tant elle complexifie l'exercice du droit institutionnel sans apporter de réelle solution aux éventuelles difficultés qui pourraient voir le jour. Toutefois, les conséquences des événements rapportés ont démontré le besoin de clarifier les règles sans perdre leur qualité essentielle, leur flexibilité. Dans cette démarche d'équilibre, de conciliation entre formalisation et flexibilité, le recours aux outils de reconnaissance informelle que sont les *Cabinets manuals* pourrait apparaître comme une solution intéressante, comme une forme de renouveau du formalisme. Il s'agirait d'un formalisme officiel, un formalisme de consensus se bornant à un constat, une forme de reconnaissance des règles du jeu politique invitant les joueurs à les appliquer tout en les laissant libre de les adapter.

## TITRE 4 – RECONCILIER L’IDEE ET LA PLUME – LE RENOUVEAU DU FORMALISME

*« Les choix politiques et la conduite des affaires de l’Etat sont une affaire désordonnée. La réalité ne peut être décrite par des schémas précis et formalisés<sup>1</sup> ».*

Le fil directeur de la présente recherche est bien de démontrer les limites du processus de codification et justifier que la constitution est d’abord et avant tout une idée du gouvernement, une idée d’un projet de société. Ce projet en forme de normes, qu’il soit codifié ou non, ne saurait se résumer au document en forme solennel du nom de constitution ou de loi constitutionnelle. Il s’agit d’un labyrinthe de règles issues de l’Histoire.

En définitive, une constitution est le résultat d’un consensus opératoire né de désaccords entre les autorités chargées de sa mise en œuvre. Ainsi, la constitution telle qu’elle est devient la plus acceptable des normes de gouvernement. C’est donc là tout l’intérêt du système de gouvernement.

Comme nous l’évoquions dans le titre précédent, la codification de règles jusqu’ici reconnues comme des conventions avait dans l’esprit des rédacteurs un double objectif, d’une part poser de façon précise et rigoureuse une règle et d’autre part, cristalliser une norme de comportement. Les codifications par le biais de révisions constitutionnelles ou législatives apparaissent comme « *des tentatives (souvent infructueuses) de corriger le système [de gouvernement] dans l’hypothèse d’un problème de pratiques<sup>2</sup>* ». Tout l’intérêt de la coexistence entre les règles conventionnelles et les sources consolidées et codifiées réside dans l’élaboration d’un système de gouvernement en évolution constante, sans qu’il ne s’enferme dans des

---

<sup>1</sup> D. BUTLER, *The Canberra Model: an Essay on Australian Government*, Melbourne, Cheshire, 1973, p. 8.

<sup>2</sup> N. ARONEY, « Chapt. 2 – Law and Convention » (p. 24 à 50), dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 45.

carcans. C'est en préservant la flexibilité de la norme constitutionnelle par la reconnaissance part de règles non codifiées qu'elle demeure.

Nous l'évoquons dans les développements précédents, les entreprises de codification, qu'elles soient ponctuelles, comme ce fut le cas pour la loi britannique sur la dissolution en 2011 ou la loi sur le calendrier électoral canadien de 2008, ou des projets plus systématiques comme au Canada 1978 ou en Australie de 1983 et 1985 se sont révélées contre-productives voir irréalistes<sup>3</sup>.

D'une manière générale, les lois visant à codifier l'existence et le fonctionnement d'un organe sont, dans le système de Westminster, particulièrement rares. Le Professeur Baranger souligne que le titre de premier des ministres apparaît à partir de 1770 et préfigure une construction de la fonction<sup>4</sup> qui se consolidera avec Benjamin Disraeli. Au Canada, les prérogatives du premier ministre furent codifiées pour la première fois dans un ordre en Conseil de 1896<sup>5</sup>.

L'exemple qui revient le plus régulièrement est la loi britannique de 1937<sup>6</sup> sur le salaire des ministres. Soulignons que la première mention formelle de la fonction apparaît dans le *Chequers Estate Act* de 1917<sup>7</sup>. La différence réside dans le fait que la loi de 1937 mentionne également le chef de l'opposition. Cette logique de reconnaissance de la fonction de chef de l'opposition par le biais de lois relatives au salaire des ministres existait déjà dans les dominions puisque les lois de l'Australie Occidentale de 1911<sup>8</sup>, du Commonwealth australien de 1920<sup>9</sup>, de Tasmanie de 1927<sup>10</sup>

---

<sup>3</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, Portland, Hart Publishing, 2015, p. 76.

P. H. RUSSELL, « Chapt. 13 – Codifying conventions », (p. 233 à 248) dans B. GALLIGAN, BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies*, op. cit., p. 233.

<sup>4</sup> D. BARANGER, *Le parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999, p. 128.

<sup>5</sup> D. E. SMITH, *The Invisible Crown, the First Principle of Canadian Government*, Toronto, University of Toronto Press, (1995), 2014, p. 60.

<sup>6</sup> *Ministers of the Crown Act 1937* (1 Edw. VIII & 1 Geo. VI, c. 38).

<sup>7</sup> *Chequers Estate Act 1917* 7 & 8 Geo V, c. 55. Sur le même sujet mentionnons également le *Prime Minister (Office, Role and Functions) Bill 60* introduit en novembre 2001 à la Chambre des communes britannique.

<sup>8</sup> En Australie Occidentale le terme de chef de l'opposition apparaît à compter de 1905 et une disposition relative au traitement de ce dernier apparaît à l'article 3 du *Parliamentary Allowances Act 1911* (n°33).

<sup>9</sup> En Australie le terme apparaît dans les débats de la Chambre des représentants en 1920 et le traitement dans le *Parliamentary Allowances Act*, n°12, article 7.

<sup>10</sup> *Tasmanian Government Officers' Salaries Attachment Act 1927*, n°52.

ou celle de Nouvelle-Zélande de 1933<sup>11</sup> prévoyaient déjà une telle reconnaissance. Plus récemment, le terme de chef de l'opposition sera formellement utilisé dans la le *Parliament of Canada Act* de 1985<sup>12</sup> notamment aux articles 62 et suivants relatifs de nouveau à une question de traitement. Toutefois, la reconnaissance de la fonction au Canada est plus ancienne encore. En effet, à l'occasion d'un débat à la Chambre des communes canadienne en 1905, le statut de chef de l'opposition fut reconnu officiellement. Une résolution fut adoptée en ce sens, précisant qu'un traitement particulier devait être versé à la personne reconnue comme telle par le Parlement. A cette occasion le Premier ministre Wilfred Laurier déclara : le « *chef de l'opposition dans notre système [de gouvernement] fait tout autant partie du système constitutionnel de gouvernement que le Premier ministre lui-même*<sup>13</sup> ». Dans l'Etat du Queensland la fonction reçut également une reconnaissance formelle à l'occasion des débats relatifs à l'adoption du *Constitution Act Amendment Act* de 1909 qui prévoyait également un traitement versé à ce dernier<sup>14</sup>.

Cette fonction et le rôle de l'opposition seront progressivement formalisés dans les *Standing Orders*. Ainsi, la logique de reconnaissance permet de limiter les conséquences regrettables de la consolidation ou de la codification, à savoir la perte de flexibilité du système de gouvernement. La logique de reconnaissance à l'œuvre visant à poser les modalités de fonctionnement du système de gouvernement n'est pas nouvelle. En effet, de nouveaux instruments tendent à apparaître. Certains partisans comme les *Cabinet manuals* par exemple (**chapitre 7**) visant à décrire les mécanismes et les processus à l'œuvre dans les travaux du gouvernement alors que d'autres, se voulant plus neutres, sont consacrés à une question précise comme l'intérim gouvernemental (**chapitre 8**) dont l'enjeu est de prévenir des contentieux ou les risques de paralysies institutionnelles.

---

<sup>11</sup> *Financial Act* 1933, n°2.

<sup>12</sup> *Parliament of Canada Act* - R.S.C., 1985, c. P-1.

<sup>13</sup> Séance du 17 juillet 1905, *Official Report of the Debates of the House of Commons of Canada*, Ottawa, S. E. Dawson, vol. 53, p. 9729. Pour une analyse détaillée voir D. E. MCHENRY, « Formal Recognition of the Leader of the Opposition in Parliaments of the British Commonwealth », *Political Science Quarterly*, vol. 60, n°3, 1954, p. 438 à 452.

<sup>14</sup> Art. 1 du *Constitution Act Amendment Act* of 1909 (9 Edw VII, n° 18. Débat du 20 décembre 1909, Hansard, Parliamentary Debates, Legislative Assembly Queensland, 1909, p. 1058 à 1062.

## Chapitre 7 – Les *Cabinet manuals* outils de reconnaissance de la flexibilité constitutionnelle

*« Le contenu [des] Cabinet Manuals n'est pas statique, et l'adoption de nouvelles lois, l'évolution des conventions ou des modifications des procédures internes du gouvernement signifieront que les pratiques et les processus qu'ils décrivent évolueront avec le temps. Si [les] Cabinet Manuals doivent continuer à jouer un rôle utile en tant que guide des opérations et des procédures du gouvernement, ils devront être mis à jour périodiquement pour refléter ces évolutions<sup>1</sup> ».*

L'écrit peu importe sa nature occupe une place centrale dans le droit, que ce soit par le biais d'une constitution formelle, d'une loi, d'un discours politique ou d'un travail académique<sup>2</sup>. L'ensemble de ces éléments contribue à construire un discours du droit constitutionnel. La nature diverse des documents aboutit en définitive à articuler une pensée et une modélisation d'un système de gouvernement. Ainsi, les modèles constitutionnels issus de Westminster ne dérogent pas à la règle. En effet, au-delà de l'adoption de constitutions formelles, parfois même très précises, les énoncés sur la véritable nature et les réels contours du système de gouvernement sont à rechercher ailleurs. Nous l'évoquons dans la première partie notamment, le système de gouvernement colonial et l'évolution jusqu'à l'autonomie locale se trouvent formalisés dans les déclarations des assemblées et également dans les échanges entre la métropole et ses représentants dans les colonies. La recherche d'un énoncé constitutionnel susceptible de décrire avec acuité le fonctionnement institutionnel se révèle une quête que l'on pourrait considérer comme aussi vieille que la constitution formelle elle-même.

---

<sup>1</sup> Gus O' Donnell dans la préface au Cabinet manual précise explicitement ce point, *The Cabinet Manual - A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*, 1<sup>ère</sup> éd., Londres, Cabinet Office, 2011, p. iv.

<sup>2</sup> X. MAGNON, A. VIDAL-NACQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n°6, 2018, p. 107 à 128.

L'écrit a toujours servi de refuge, comme en témoigne l'adoption de la *Magna Carta* en 1215 que l'on peut considérer comme l'une des premières expériences modernes de codification<sup>3</sup>.

Toutefois, derrière cette quête de certitude réside une difficulté. La codification au sens de la formalisation juridiquement contraignante d'un énoncé<sup>4</sup> peut conduire à cristalliser une règle qui ne devrait pas l'être ou qui perdrait à le devenir. La codification est une entreprise qui doit toujours être menée avec prudence et mesure. Ce rapide rappel reprend les conclusions formulées au titre précédent. Elles s'inspirent également des conclusions du Comité constitutionnel britannique de 2006<sup>5</sup> chargé de réfléchir à la formalisation des conventions de la constitution.

Devant les difficultés inhérentes à la codification un phénomène ancien va avoir tendance à se renouveler. Il s'agit de la formalisation dans des guides de conduites ou des documents improprement qualifiés de « *code* ». La littérature a pris l'habitude de faire référence à ce type de document de nature officielle mais n'ayant pas de portée normative contraignante, comme de la *soft law*<sup>6</sup> ou droit mou. Bien qu'elle ait l'avantage de la nouveauté, nous n'y souscrivons. Cette expression est impropre à définir convenablement un phénomène de formalisation intéressant, une logique de reconnaissance<sup>7</sup>. Cette expression laissera maladroitement supposer que ce type de document serait secondaire ou accessoire. Par ailleurs, et c'est là l'élément de critique central, cette expression de « droit mou » suppose que l'existence du droit se résume à son appréhension et son application par la juridiction ; or, notamment en droit constitutionnel, une telle réduction ne rend pas justice à l'étendue de la discipline ou à la notion même de constitution.

---

<sup>3</sup> Il est également évident de penser la Loi des XII Tables de Rome (-451 à -449 avant J. -C.) ou au code d'Hammurabi (-1750 avant J. -C.).

<sup>4</sup> D. ALFANGE, « Jeremy Bentham and the Codification of Law », *Cornell Law Review*, vol. 55, n°1, 1969, p. 58 à 77.

<sup>5</sup> House of Lords/ House of Commons Joint Committee on Conventions, *Conventions of the UK Parliament*, first report, vol. 1 (HL Paper265-I, HC 1212-I), 2006, p. 70 et suivantes.

<sup>6</sup> Etude annuelle du Conseil d'état, « *Le droit souple* », 2013, <https://www.vie publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000280.pdf>.

<sup>7</sup> T. GUILLUY, *Du « Self-Government » des dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon Assas, p. 213. G. MARSHALL, G. C. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Hutchinson University Library, 1971, p. 34 et suivantes.

La recherche de transparence et de responsabilisation des acteurs publics a conduit à une réflexion des décideurs politiques visant à faire de la constitution, un objet à la portée de tous dont les règles de fonctionnement sont formalisées. Le phénomène de formalisation est ancien mais celui des guides de conduite est d'apparition plus récente. Il porte les objectifs d'une légitimation de l'action de l'Etat et représente une œuvre pédagogique en mettant à la portée de chacun le fonctionnement des organes de l'Etat.

Les *Cabinet manuals* ne sont pas des outils normatifs, ils n'ont pas vocation à instituer une obligation juridiquement contraignante. Leur sanction n'est que politique. Ils tentent de décrire, sans prescrire, les mécanismes de fonctionnement du système de gouvernement (**section 1**). Cette entreprise a toutefois des conséquences sur tous les pans du système de gouvernement (**section 2**).

### **Section 1 – Genèse et développement de l'outil**

L'ambition de rendre compte de façon précise et systématique des modalités de fonctionnement de la Constitution britannique n'est pas nouvelle. Il ne sera pas ici question des entreprises de codifications ou des ouvrages scientifiques visant à décrire sans prescrire les mécanismes du système de gouvernement. La présente section est consacrée aux documents de reconnaissance produit par les organes eux-mêmes (**sous-section 1**). Cette formalisation des règles institutionnelles par des organes politiques existe également dans les pays héritiers de la Grande-Bretagne (**sous-section 2**).

#### **Sous-section 1 – Le développement du phénomène en Angleterre**

Tenter d'appréhender ou de décrire le fonctionnement institutionnel d'un système de gouvernement ou de rendre compte de la constitution matérielle par-delà la constitution formelle n'est pas nouveau. Toutefois, avec la recherche croissante de

transparence, le phénomène de formalisation (sans codification) a tendance à se généraliser.

### A – Un phénomène ancien

L'une des premières traces de formalisation de règles, de principes ou des règles de conduites applicables à certains groupes prenait la forme des coutumiers d'Ancien Régime ou plus encore des codes de chevalerie<sup>8</sup>. La particularité des coutumiers réside dans le fait que la parenté de ces documents est difficile à attribuer. Ce trait particulier se retrouve également dans les *Cabinet manuals* attribués systématiquement au Premier ministre, alors même qu'il s'agit d'une œuvre des services du cabinet. Les codes de chevalerie, comme les codes de conduites plus modernes posent des énoncés censés clarifier un comportement attendu. Ces documents ont vocation à formaliser un idéal à atteindre dans l'éthique chevaleresque ou l'art de gouverner.

Lier la chevalerie et le gouvernement ne semble pas si évident que cela. Toutefois, lorsque l'on garde à l'esprit l'histoire constitutionnelle britannique ce lien vient rapidement à l'esprit. Les chevaliers ou les barons formaient le premier Conseil du Roi. En effet, le Conseil privé, l'une des seules institutions qui survécut jusqu'à nos jours est la démonstration de cette tradition<sup>9</sup>. Le *Cabinet manual* britannique précise même que « *le cabinet est le comité exécutif du Conseil privé*<sup>10</sup> » cela montre bien cette parenté. En 1553, Edouard VI rédigea un document ayant vocation à formaliser les règles de fonctionnement du conseil du roi. Andrew Blick révèle par ailleurs, qu'un autre document plus précis fut publié la même année<sup>11</sup>. L'auteur cite par exemple le paragraphe 15 dont l'objet est de hiérarchiser les questions soumises au conseil pour ne se concentrer que sur les questions les plus complexes ou délicates<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> L'un des exemples de ce type de document est le *livre de chevalerie* qui lui est attribué

<sup>9</sup> Le serment des membres du Conseil privé fut institué en 1570.

<sup>10</sup> Point 1.14 du *The Cabinet Manual : A guide to the laws, conventions and rules on the operation of government*, Londres, Cabinet Office, , 2011, p. 9.

Les pratiques 12 et 13 reconnues par la Convention constitutionnelle australienne de 1983 consacrent une survivance du Conseil privé.

<sup>11</sup> *A Method for the Proceedings in the Councils*, cité dans A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, Londres, Hart Publishing, 2016, p. 18.

<sup>12</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 19.

La Première Guerre mondiale marqua également un tournant dans l'organisation des services du cabinet. Durant cette période sera également adopté le *Rules of Procedure*, un document à la disposition de tous les ministres et secrétaires. La Seconde Guerre Mondiale fut l'occasion de l'adoption de l'*Establishment Officers Code (Estacode)<sup>13</sup>*, un document adopté afin de systématiser l'ensemble des informations et des documents consacrés à la marche de la fonction publique. Par ailleurs, le *Rules of Procedure* changera de forme pour devenir à partir de 1943 le *Question of Procedure for Ministers* qui ne sera rendu public qu'en 1992. Ce document consacre déjà la primauté primo-ministérielle et institue un mécanisme de délégation de compétences aux autres ministres. Il restera le centre de la procédure de fonctionnement de Downing Street jusqu'à sa mise à disposition du public en 1992. Le dernier grand document britannique de ce type est le *Precedent book* de 1954. Andrew Blick relève que « *le Precedent Book est un référencement de règles préexistantes et inhérentes au fonctionnement du gouvernement de cabinet<sup>14</sup>* ».

L'intérêt de ces documents réside dans la définition de la constitution britannique comme un acte mixte formel et issue de pratiques qui n'avaient pas à être formalisées.

## B – Un phénomène renouvelé

A partir des années 90<sup>15</sup>, le phénomène prendra une nouvelle ampleur puisqu'il irriguera tous les pans du gouvernement et de l'administration de l'Etat. On trouvera un développement des codes de conduite à l'attention des fonctionnaires. Ces codes de conduite auront vocation à instituer des standards de comportement.

Le tournant majeur réside dans l'adoption du *Cabinet Manual* de 2011. Ce document est le fruit d'une œuvre de consolidation de document existant. Il revêt

---

<sup>13</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 22.

<sup>14</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 27 à 32.

<sup>15</sup> A. MCHARG, « Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law », *The Modern Law Review*, vol. 17, n°6, 2008, p. 853 à 877.

également une dimension supplémentaire car son ambition est de lever le voile sur le fonctionnement du gouvernement. Le projet fut annoncé en février 2010 et associa les chambres du Parlement à une démarche de consensus dans la rédaction. Le travail qui en résulta fut un ouvrage d'une particulière précision comme par exemple une définition du rôle du Premier ministre et de sa place dépendant d'une majorité<sup>16</sup>. Le point 2.8 évoque également le rôle du premier ministre démissionnaire s'agissant du choix de son remplaçant<sup>17</sup>. L'ensemble vise à asseoir la prédominance du chef du gouvernement.

## Sous-section 2 – Les *Cabinet manuals* dans les épigones de Westminster

Ce phénomène apparaît également dans les anciens dominions. L'expérience néozélandaise a servi de modèle au document britannique de 2011.

### A – L'apparition du phénomène

La première trace de formalisation en Australie remonte à 1927. Le Premier ministre Tony Abbott, dans la préface du *Cabinet Handbook* de 2015<sup>18</sup>, identifie les sources des règles de fonctionnement du gouvernement<sup>19</sup>. Avant l'adoption d'un document de systématisation en 2015, l'Australie a mené, comme nous l'évoquions, plusieurs expériences de codifications qui se sont toutes soldées par une expérience peu concluante, en dehors de l'exercice scientifique qu'elles représentaient. Le *Handbook* australien est toujours en vigueur aujourd'hui et il est régulièrement mis à jour.

Au Canada, le *Manuel des procédures du gouvernement du Canada*<sup>20</sup> de 1968 est le plus ancien exemple. Ce document n'a produit l'effet d'autorité escompté. Ce n'est qu'en 2003 qu'un document ayant vocation à présenter les rouages du gouvernement

---

<sup>16</sup> Point 3.1 du *The Cabinet Manual: A guide to the laws, conventions and rules on the operation of government*, op. cit., p. 21.

<sup>17</sup> Point 2.8 du *The Cabinet Manual: A guide to the laws, conventions and rules on the operation of government*, op. cit., p. 14

<sup>18</sup> *Cabinet Handbook*, 14<sup>ème</sup> éd., Australian Government, Canberra, Department of Prime Minister and Cabinet, 2020.

<sup>19</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 77.

<sup>20</sup> *Manuel des procédures du gouvernement du Canada*, Ottawa, Service du cabinet, 1968.

fera son apparition. D'abord intitulé « *Pour un gouvernement responsable*<sup>21</sup> », le titre évoluera en 2015<sup>22</sup> en devenant « *Pour un gouvernement ouvert et responsable* ». L'ajout de l'adjectif « *ouvert* » à cette édition souligne l'ambition de ces documents visant à rendre accessible au public le fonctionnement du gouvernement. L'objectif est de renforcer l'idée que le gouvernement agit pour le bien du peuple.

En Nouvelle-Zélande, le document est « *apparu de manière silencieuse à partir de 1979*<sup>23</sup> », d'abord comme un document interne au gouvernement avant de ne devenir public en 1996 (et accessible en ligne à compter de 1998). Il s'agit d'une consolidation systématique des règles, procédures et conventions du cabinet<sup>24</sup>. Le *Cabinet manual* néozélandais<sup>25</sup> est le plus détaillé et le plus précis de tous, notamment en raison du peu de codification des règles constitutionnelles en Nouvelle-Zélande. Il a servi lui-même de guide et d'exemple à l'adoption du *cabinet manual* britannique, qui y fait d'ailleurs référence.

### B – Le poids des *Cabinet manuals*

Les trois documents mentionnés sont tous construits selon le même modèle<sup>26</sup>. Ils insistent sur des questions soumises à des conventions telles que la formation du gouvernement, la responsabilité collective et individuelle des ministres. Il est également question des rapports entre les ministres et les autres branches de l'Etat comme le parlement. Ces questions particulières sont également l'objet classique des *standing orders* propres à chaque assemblée<sup>27</sup>. Sur le fond, les documents dans leur ensemble insistent sur la nécessité pour le gouvernement de faire corps, de présenter un front uni. Cette recherche de l'unité incombe au Premier ministre en charge de la

---

<sup>21</sup> *Pour un gouvernement responsable*, Ottawa, Bureau du Conseil Privé, 2011.

<sup>22</sup> *Pour un gouvernement ouvert et responsable*, Ottawa, Bureau du Conseil Privé, 2015.

<sup>23</sup> RUSSELL, « Chapt. 13 – Codifying conventions », (p. 233 à 248) dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 234.

<sup>24</sup> G. DUNCAN, « New Zealand's Cabinet Manual: How Does It Shape Constitutional Conventions? », art. cit.

<sup>25</sup> *Cabinet Manual*, Wellington, Cabinet Office, Department of Prime minister and Cabinet, 2017.

<sup>26</sup> Pour une analyse détaillée A. BLICK, « chapt. 3 – Codification in perspective », *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 75 à 101.

<sup>27</sup> Soulignons le travail de formalisation du fonctionnement du Parlement britannique, pour ne prendre que cet exemple de la *lex parliamentaria*, attribué à George Petyt en 1690.

discipline au sein du cabinet<sup>28</sup>. Un élément essentiel faisant également l'objet d'une étude réside dans l'importance de l'avis remis au chef de l'exécutif avant l'usage d'une prérogative. On note, après un examen approfondi, que l'ensemble des éléments du système de gouvernement est bien présent.

Ces documents présentent l'ensemble des énoncés constitutionnels sans les prescrire. L'autorité de ces documents tient dans une mise à jour ponctuelle et leur adoption au-delà des organes de l'Etat et des clivages partisans. En définitive, ces documents posent un cadre institutionnel renouvelé du fonctionnement de l'Etat. Ils mettent en exergue et réaffirment le rôle central des pratiques et des conventions de la constitution dans la marche de l'Etat. Ils mettent en lumière le système de gouvernement à l'œuvre, la constitution telle qu'elle est. Ils sont construits sur une entreprise visant à asseoir la place centrale du Premier ministre. En effet, le poids de ces documents repose sur le premier ministre. Ce dernier en est l'auteur et le gardien.

La force contraignante des règles qui y sont formulées se fonde sur la volonté du Premier ministre de les faire appliquer. On constate un renforcement de la fonction. Cela est notamment mis en valeur par le rapport de la Chambre des communes de 2014 consacré au rôle du premier ministre<sup>29</sup>.

Nicolas Barber souligne que le phénomène des *Cabinet manuals* est en lui-même porteur d'une nouvelle convention. Il souligne que les ministres sont tenus de respecter ces codes<sup>30</sup>. Il milite à ce titre pour que la force obligatoire des codes soient pleinement reconnue<sup>31</sup>. On peut toutefois douter de la validité de cette idée. En effet, cette nouvelle convention si tant est qu'elle existe, repose seulement sur le fait que le chef du gouvernement assure le respect des règles.

---

<sup>28</sup> A. C. BANFIELD, « Chapt. 10 – Canada », (p. 189 à 203) dans B. GALLIGAN, BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies*, op. cit, p. 198 et suivante.

<sup>29</sup> House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *Role and powers of the Prime Minister*, First report of session 2014-2015, Londres, Chambre des communes, HC 351, juin 2014, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpolcon/351/351.pdf>.

<sup>30</sup> N. W. BARBER, *The constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 100.

<sup>31</sup> N. W. BARBER, « Laws and constitutional conventions », *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, p. 294 à 309.

## **Section 2 – Les incidences de la reconnaissance**

Les *Cabinet manuals*, comme tout mécanisme de reconnaissance sont de plus en plus présents dans la vie institutionnelle, allant pour certains auteurs, jusqu'à remplacer la constitution formelle<sup>32</sup>. Ils exercent une influence tant sur l'activité juridictionnelle (**sous-section 1**) que sur les règles de fonctionnement des institutions et les conventions (**sous-section 2**).

### **Sous-section 1 – L'appréhension du phénomène par le juge**

Les principes d'indépendance et d'impartialité inhérents au *rule of law* supposent que les fonctions juridictionnelles soient préservées des passions politiques et des aléas du gouvernement. Toutefois, le mouvement de responsabilisation et de transparence à l'œuvre avec d'une part, l'adoption et d'autre part, la publicité des guides et autres orientations n'épargne pas les juges. Il est ainsi intéressant de parcourir les guides de conduites relatifs au statut des magistrats avant de s'attarder sur le recours aux outils de reconnaissance dans le cadre de contentieux.

#### **A – Les règles de conduites appliquées au juge**

La logique des codes et documents relatives au fonctionnement des organes institutionnelles qui ont tendance, aujourd'hui, à supplanter la constitution codifiée permettent de rendre visible et compréhensible des règles de bon sens. Elles agissent comme des standards, des règles de bonne conduite. L'office et la fonction du juge sont également soumis à ce mouvement qui irrigue et parcourt les institutions. Ces guides

---

<sup>32</sup> G. DUNCAN, « Chapt. 12 – New Zealand » (p. 217 à 232) dans, B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 229.

de conduite entendent uniformiser la conduite des affaires de la justice et assurer la probité de la fonction.

L'Angleterre comme les trois épigones ont tous adopté des documents relatifs à la fonction de magistrat qui insistent tous sur le besoin de garantir l'indépendance de la justice, de garantir une justice impartiale et exemplaire, tant le *rule of law* est un élément central du droit constitutionnel du monde anglo-saxon<sup>33</sup>. On trouve dans chacun des exemples une formule posant l'ambition de ces codes. Nous avons retenu l'exemple canadien<sup>34</sup> : « 1. *OBJET* : Le présent document a pour objet de fournir des conseils d'ordre déontologique aux juges nommés par le gouvernement fédéral.

*Principes* : 1. Les *Énoncés, Principes et Commentaires* exposent certaines normes très élevées que les juges s'efforcent de respecter. Il s'agit de principes rationnels, qui s'appliquent en fonction des circonstances pertinentes et qui sont compatibles avec les exigences du droit et de l'indépendance de la magistrature. Le fait que ces *Énoncés, Principes et Commentaires* décrivent une conduite idéale n'exclut pas la possibilité que des juges, pour des motifs raisonnables, manifestent certains désaccords avec le présent document quant à leur application. Le caractère élevé de ces lignes directrices n'implique pas non plus qu'il y aurait inconduite judiciaire si l'on s'en écartait.

---

<sup>33</sup> Cette idée est rappelée avec force dans le guide anglais *Guide to Judicial Conduct*, Londres, Courts and Tribunals judiciary, mars 2020, p. 6.

Le code de conduite australien souligne que « l'exemplarité est la condition nécessaire afin d'assurer la confiance dans la justice, pierre angulaire d'une société démocratique », *Guide to Judicial Conduct*, 3<sup>ème</sup> éd., Melbourne, the Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated, 2020, p. 1.

Le guide néozélandais se réfère aux Principes de Bangalore sur la conduite des juges adoptés par les Nations Unies en 2003. Il précise que l'indépendance et l'impartialité sont les fondements du *rule of law*. *Guidelines for Judicial Conduct*, Auckland, Judiciary of New Zealand, 2019, p. 4.

L'exemple canadien est encore plus parlant puisque le guide s'intitule *Principes de déontologie judiciaire*. La structure de ce document est assez originale puisqu'il pose des énoncés qui sont ensuite commentés.

Par exemple : §2 Indépendance de la magistrature

*Énoncé* : « L'indépendance judiciaire n'est pas un droit qui appartient en propre à chaque juge, mais plutôt le fondement de l'impartialité judiciaire et un droit constitutionnel détenu par chaque citoyen ».

Suivent les principes : « 1. Les juges exercent leurs fonctions de façon indépendante, à l'abri de toute influence extérieure [...] ».

Puis le commentaire « L'indépendance judiciaire n'est pas un droit qui appartient en propre à chaque juge, mais plutôt le fondement de l'impartialité judiciaire et un droit constitutionnel détenu par chaque citoyen. [...] », *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, Conseil Canadien de la Magistrature, 2019, p. 7 et suivantes.

<sup>34</sup> *Principes de déontologie judiciaire*, op. cit., p. 3 à 6.

Dans le cas néozélandais il est indiqué que « ces principes n'ont pas vocation à être un code de conduite. Il s'agit plutôt de conseils visant à aider les magistrats dans leurs choix », *Guidelines for Judicial Conduct* Nouvelle-Zélande, op. cit., point 3, p. 3.

Formule que l'on retrouvera dans le document britannique (*Guide to Judicial Conduct*, Angleterre, op. cit., p. 4) ou australien (*Guide to Judicial Conduct*, Australie, point 1.3, p. 2 l'énoncé va jusqu'à rejeter l'utilisation du terme éthique pour éviter toute maladresse).

*2. Les Énoncés, Principes et Commentaires se veulent de simples recommandations. L'objectif visé est, d'une part, d'aider les juges à trouver des réponses aux épineuses questions d'ordre déontologique et professionnel auxquelles ils sont confrontés, et, d'autre part, d'aider le public à mieux comprendre le rôle des juges. Ils ne constituent pas un code ou une liste de comportements prohibés et ils ne doivent pas être utilisés comme tels. Ils n'énoncent pas de normes définissant l'inconduite judiciaire. [...]*

*Commentaires : [...] 3. De par sa nature, un document comme celui-ci ne saurait prétendre apporter une réponse définitive sur un sujet aussi important et complexe. La publication des présents Énoncés, Principes et Commentaires coïncide avec la création d'un comité consultatif de la magistrature auquel les juges pourront soumettre des questions précises en vue d'obtenir des avis. Ce processus contribuera à l'examen et à l'approfondissement continus des questions traitées dans les Principes, et il permettra de soulever et de traiter de nouveaux problèmes qui n'y sont pas abordés. Fait plus important, le comité consultatif veillera à ce que les juges qui recherchent des conseils puissent aisément recevoir de l'aide ».*

Soulignons également que dans trois des quatre documents (exception faite pour le cas anglais) sont prévues des recommandations sur la conduite des magistrats en dehors de leur fonction et une fois à la retraite, idée qui peut tout à fait se comprendre, compte tenu de l'exemplarité attendue d'un magistrat. Plus surprenant toutefois et qui se comprend moins, une partie en fin de document est relatif au cadre familial. En ajoutant un développement consacré au cadre familial, il s'agit de limiter ou de prévenir les risques de partialité ou de parti-pris et de violation du secret des jugements.

Cette rapide présentation des lignes directrices, de ces guides montre que l'organe judiciaire, pourtant préservé des considérations ou des enjeux politiques, a lui aussi tendance à se prémunir contre toute accusation de manque de transparence. Dans une certaine mesure, les magistrats doivent également ouvrir leur prétoire à une forme de contrôle éthique de leur quotidien. Si une violation ou une application plus tempérée des règles présentées n'est pas susceptibles de justifier une sanction, il serait naïf de

penser que cela n'exerce pas une influence certaine, sinon déterminante sur le comportement de l'individu auxquels ces guides sont destinés.

## B – Le juge face à la reconnaissance des règles conventionnelles

Le juge s'est toujours refusé à sanctionner une règle constitutionnelle qui n'avait pas fait l'objet d'une consécration législative ou constitutionnelle. Chaque fois que cela a pu arriver, comme c'est notamment le cas au Canada, le juge s'est limité à reconnaître l'existence de la règle sans la sanctionner. Lorsque la question de la sanction s'est posée le juge s'est toujours retranché derrière un fondement codifié, si éthéré soit-il comme la structure de la constitution<sup>35</sup>.

Sur le fond, ces documents sont des outils internes au fonctionnement du gouvernement et le contrôle de leur application demeure entre les mains du chef du gouvernement. Leur sanction est principalement politique puisqu'elle aboutit souvent à une demande de démission. Ainsi, en Angleterre, Andrew Blick rapporte le renvoi plus ou moins assumé de certains ministres qui auraient violé les règles du *ministerial code*<sup>36</sup>. Ces codes en définitive, assoient et réaffirment la place centrale du Premier ministre<sup>37</sup> dans l'administration des affaires du gouvernement. Ce dernier est en charge de faire respecter et sanctionner les éventuels manquements aux règles de fonctionnement interne au cabinet et au gouvernement plus largement. Le chef du gouvernement est également le « *chef de l'interprétation des conventions qui guident l'application des règles*<sup>38</sup> ».

Les règles sont certes formalisées mais la particularité réside dans l'absence de sanction juridictionnelle<sup>39</sup>. Tout au plus, le juge de la Chambre des Lords a eu

---

<sup>35</sup> On peut rappeler la doctrine de la structure fondamentale de la constitution en Inde *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) 4 SCC 225 ou plus mesurée en Australie *Australian Capital Television Pty Ltd v. the Commonwealth* (1992) 177 CLR 106.

<sup>36</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 51.

<sup>37</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 74.

<sup>38</sup> P. WELLER, « chapt. 4 – Cabinet Government », art. cit., p. 74.

<sup>39</sup> Ce n'est toutefois pas le cas de toutes les règles conventionnelles comme cela a pu être relevé dans le chapitre 6 relatif à la prérogative royale si l'on pense aux contentieux canadiens et anglais relatifs à la prorogation de la chambre populaire pour éviter une censure.

l'occasion de poser l'existence « *d'attentes légitimes que le public est en droit d'attendre de ses gouvernants*<sup>40</sup> ».

Le *Cabinet manual* britannique, le seul à préciser ce point, indique que le document n'a pas de portée contraignante judiciairement<sup>41</sup>. Cette référence explicite est une référence directe à l'affaire *Crossman* de 1975 qui a connu une issue dans la décision *Jonathan Cape Ltd*<sup>42</sup>. Affaire déjà citée pour être l'une des premières reconnaissances juridictionnelles des conventions de la constitution en Angleterre. Dans le fond, cette affaire porte sur la question de la publication par Richard Crossman de carnets qu'il a tenus du temps de sa présence au gouvernement. Afin d'empêcher cette publication, le gouvernement versa aux débats le document intitulé *Questions of Procedure for Ministers*, déjà évoqué, afin de justifier une rupture du principe du secret des délibérations du cabinet. Ce document qui n'avait pas vocation à être communiqué en dehors du *10 Downing Street* orienta la Cour qui reconnut l'existence de la règle de la responsabilité collective des ministres sans la rendre contraignante pour autant.

Ian Killely identifie, dans son ouvrage sur les conventions de la constitution en Australie, un certain nombre de situations récentes qui ont conduit à des litiges à la suite de l'annonce par des ministres sortants de la publication de leurs mémoires de fonctions. Ces épisodes<sup>43</sup> ont systématiquement donné lieu à une autorisation ou une interdiction du cabinet. En effet, il était question, dans le litige de 1975 de lever la règle de la responsabilité collective ou du secret des délibérations du cabinet. Ces exemples tendent à démontrer que ces documents posant un standard et trouvent leur voie dans les prétoires, notamment lorsqu'ils permettent d'établir qu'une recommandation qui y était formulée a été enfreinte ou n'a pas été suivie<sup>44</sup>. Andrew Blick souligne habilement que « *la formalisation d'une convention dans un code [de conduite] rendrait son utilisation devant une cour plus simple et évident qu'en l'absence d'une telle*

---

<sup>40</sup> *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9.

<sup>41</sup> Gus O' Donnell dans la préface au *Cabinet manual* précise explicitement ce point, *The Cabinet Manual - A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*, *op. cit.*, p. iv.

<sup>42</sup> *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd* [1975] 3 All E.R. 484

<sup>43</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, Londres, Anthem Press, 2014, p. 60 et suivantes.

<sup>44</sup> R. RAWLINGS, « Concordats of the Constitution », *Law Quarterly Review*, vol. 116, n°2, 2000, p. 257 à 286.

*reconnaissance. La codification peut attirer l'attention sur l'existence d'une convention et pourrait en faciliter l'usage par les parties à une instance afin d'en revendiquer l'existence et en préciser la nature<sup>45</sup> ».*

Nicholas Barber utilise cet exemple pour asseoir deux idées intéressantes. La première insiste sur le fait qu'en réalité le juge est libre de prendre en considération tout élément qu'il estime pertinent pour rendre une décision. La deuxième, plus intéressante insiste sur l'absence de différence de fond entre une loi et une convention, si ce n'est une question de degré<sup>46</sup>. En effet, le juge se sert souvent de la convention pour interpréter et appliquer la loi.

Un élément de réponse revient à admettre que les conventions posées dans les codes de conduite n'acquièrent pas leur force obligatoire parce qu'elles deviennent des objets formalisés, mais que cette force obligatoire découle de la reconnaissance par les ministres de leur force obligatoire. Cette approche se fonde sur l'analyse de Jennings. Dans le même ordre d'idées, la reconnaissance par un juge de la règle ne lui confère pas *de facto* une force contraignante. Le juge s'est pour l'instant refusé à franchir ce Rubicon qui, s'il venait à être traversé, modifierait de manière significative l'équilibre institutionnel et les rapports de force entre les organes d'un système de gouvernement. Le juge néozélandais, particulièrement actif, a souvent recours aux énoncés du *Cabinet manual* afin de guider son interprétation mais sans jamais lui reconnaître au document une force contraignante. Tout au plus il s'agit d'éléments de contexte<sup>47</sup>. L'un des éléments qui expliquait l'absence de recours à la convention par le juge résidait dans l'absence de clarté de la règle. Avec l'apparition des codes, cette ambiguïté de la règle

---

<sup>45</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 111.

<sup>46</sup> N. W. BARBER, *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 90 et suivantes.

<sup>47</sup> G. PALMER, « The New Zealand Constitution and the Power of Courts », *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2006, vol.15, p. 551 à 577.

G. DUNCAN, « What will the long-term impact of the Cabinet Manual be? Developments in New Zealand may hold the answer », *Democratic Audit UK*, 13 novembre 2015, <http://www.democraticaudit.com/2015/11/13/what-will-the-long-term-impact-of-the-cabinet-manual-be-developments-in-new-zealand-may-hold-the-answer/>.

Pour deux exemples cités dans G. DUNCAN, « New Zealand's Cabinet Manual: How Does It Shape Constitutional Conventions? », *Parliamentary Affairs*, vol. 68, n°4, 2015, p. 737 à 756 *Te Waka Hi Ika O Te Arawa v Hon Douglas Graham & Others*, Court of Appeal, CA277/96, 1996. Le juge Richardson souligne que « le cabinet manual décrit les conventions et les procédures de gouvernement du Cabinet sans base légale particulière ».

Même logique dans *Criminal Bar Assoc. V. Attorney-General and in Boscauwen v Attorney-General*, Court of Appeal, CA606/2012 [2013] NZCA 176

n'est plus et l'on pourrait très bien imaginer que les juges se saisissent de la règle. Il s'agirait alors d'un changement de paradigme, d'un changement de règle de reconnaissance pour reprendre l'idée de Herbert Hart<sup>48</sup>. Ce changement de logique est par ailleurs particulièrement bien démontré par Léonid Sirota qui indique que les juges pourraient tout à fait se saisir d'un contrôle des conventions de la constitution ; ils agissent seulement par auto-limitation<sup>49</sup>.

Les codes de conduites, comme cela a été souligné, n'ont pas vocation à être contraignants. Cette idée a été fermement rappelée par le Comité de la Chambre des Lords en charge de la révision du *Cabinet manual* britannique : « 19. *Étant donné le rôle du Cabinet Manual dans l'enregistrement [reconnaissance] - plutôt que la prescription - des règles constitutionnelles provenant d'un certain nombre de sources différentes, il a un statut différent de documents tels que le Ministerial Code et le Civil Service Code, qui incluent leurs propres mécanismes d'application. En vertu d'un principe constitutionnel, assurer le respect du contenu du Manual, en termes généraux, relèvera en dernier ressort du Premier ministre.*

*20. Nous recommandons que le Premier ministre précise, dans l'avant-propos de la prochaine édition, le devoir de tous les ministres de respecter les principes constitutionnels énoncés dans le Cabinet Manual*<sup>50</sup> ».

Si le gouvernement ou le parlement souhaitent reconnaître aux règles qui y sont reconnues une portée contraignante, il reste la voie de la codification, dans une loi ou la constitution. Ainsi, ces documents de natures diverses peuvent être considérés comme une étape intermédiaire.

---

<sup>48</sup> M. ELLIOTT, « Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order », (2002) 22 *Legal Studies*, vol. 22, n°3, p. 340 à 375.

T. R. S. ALLAN, « Law, Conventions, Prerogative: Reflections Prompted by the Canadian Constitutional Case », *Cambridge Law Journal*, vol. 45, n°2, 1986, p. 305 à 320.

<sup>49</sup> L. SIROTA, « Towards a Jurisprudence of Constitutional Conventions », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 11, n°1, 2011, p. 29 à 51.

<sup>50</sup> *Revision of the Cabinet Manual*, Select Committee on the Constitution, House of Lords, 6<sup>th</sup> report of session 2021-2022, HL Paper 34, 2021, p. 6.

## **Sous-section 2 – Incidence de cette reconnaissance sur les règles conventionnelles**

L'examen de l'essor et du contenu des outils de reconnaissance conduit à mettre en lumière les rouages institutionnels qui jusqu'ici étaient couverts par le secret.

Cette reconnaissance formelle a deux incidences. Elle opère comme une étape intermédiaire avant une codification plus rigide. Elle peut également donner naissance à de nouvelles règles conventionnelles. Il s'agit là d'un phénomène créateur par lui-même.

### A – L'essor de nouvelles pratiques

La publicité des processus de fonctionnement des organes de l'Etat, que ce soit, le Parlement, l'organe judiciaire ou surtout le gouvernement, a forcé ces organes à repenser leur mode opératoire. Cette redéfinition n'est pas un bouleversement et une rupture avec l'état du droit institutionnel. Elle permet la création ou la mise en lumière de nouvelles règles qui ne faisaient pas, jusqu'ici, l'objet d'une formalisation. Elles étaient confinées au royaume du bon sens politique. Nous nous limitons à deux exemples : d'une part, la formalisation d'une règle liée au principe de l'unité des décisions gouvernementales et à la responsabilité collective et d'autre part, une règle instituée de toute pièce devant l'enracinement des *Cabinet manuals* et autres codes de conduite.

Le développement du phénomène de reconnaissance a conduit à la reconnaissance d'une nouvelle règle de validité. Cette règle confère sa légitimité au document. La nouvelle règle vise à asseoir la légitimité du *Cabinet manual* et dans une certaine mesure celle du chef du gouvernement. De fait, le manuel du gouvernement est adopté à chaque nouveau gouvernement et cela au-delà des évolutions et des changements partisans.

Cette pratique est expressément mentionnée depuis la publication de la première version du document en 2008 en Nouvelle-Zélande. Dans toutes les éditions successives, la préface du secrétaire du cabinet est sensiblement la même à quelques exceptions de formules. Toutefois, la première phrase demeure toujours « *l’approbation du Cabinet manual est l’un des points de l’ordre du jour de la première réunion du Cabinet*<sup>51</sup> ». Cette adoption répétée devenue règle de validité démontre deux traits essentiels. L’autorité du document ne fait plus aucun doute pour le gouvernement. Par ailleurs, on retrouvera dans cette pratique les éléments constitutifs de la convention elle-même puisque, c’est par l’adoption répétée au-delà des clivages partisans que le document et les règles qui y sont formalisées, se voient dotés d’une autorité. En précisant cet élément, les services du cabinet des Iles Kiwis entendent insister sur la nature interne du document. Ce document n’a pas vocation à sortir des services du gouvernement.

Soulignons rapidement que cet intérêt pour une approbation renouvelée en début de formation du gouvernement n’a pas d’équivalent dans les autres pays du Commonwealth.

Le comité britannique formé pour réviser le *cabinet manual* mentionne expressément cette pratique et invite le gouvernement du 10 Downing Street à s’en inspirer : « 34. *Nous recommandons qu’à l’avenir, toute mise à jour du Cabinet Manual soit systématiquement examinée au début de chaque législature et approuvée par le Cabinet. Comme pour la première édition, ce processus devrait inclure la consultation des commissions parlementaires, des universitaires et du public sur une version préliminaire*<sup>52</sup>. » Est également proposée une adaptation de la règle en associant étroitement le Parlement à toute modification du document. Il est ainsi précisé que :

---

<sup>51</sup> Cette formule apparaissait sous la plume Diane Morcrom dans la version de 2008 sont les mêmes que ceux employés par Michael Webster dans la version de 2017.

<sup>52</sup> *Revision of the Cabinet Manual*, Select Committee on the Constitution, House of Lords, 6<sup>th</sup> report of session 2021-2022, HL Paper 34, 2021, p. 10.

« [...] 45. *Nous recommandons que les futures ébauches, y compris les ébauches de chapitres individuels, soient partagées avec notre comité et le comité pertinent de la Chambre des communes pour commentaires. Cela peut aider à parvenir à un consensus sur le texte.*

46. *Nous recommandons que le Gouvernement consulte formellement les commissions compétentes des assemblées législatives décentralisées sur toute révision du Cabinet Manual*<sup>53</sup>».

La publicité et l'accès aux documents relatifs au fonctionnement du gouvernement ont donné lieu à une nouvelle logique visant à préserver la cohérence du cabinet. L'idée qui en ressort est d'encadrer une forme de droit au désaccord. Le cabinet est un tout, la logique de responsabilité collective des ministres suppose qu'une fois une décision prise tous les désaccords qui ont pu apparaître durant les débats ne doivent pas transparaître. Ainsi, certains documents reconnaissent une nouvelle règle : « *le droit au désaccord* ».

La Nouvelle-Zélande, ambitieuse dans ce domaine pose comme principe la responsabilité collective des ministres. La responsabilité collective est le fondement de la démocratie néozélandaise<sup>54</sup>. Le contexte institutionnel va également avoir des conséquences sur le fonctionnement du gouvernement. En effet, le document consacre un développement au gouvernement de coalition. Les gouvernements de coalition sont plus fréquents en Nouvelle-Zélande et ont tendance à apparaître de plus en plus en Angleterre. Ils sont plus rares en Australie<sup>55</sup>, raison pour laquelle les documents internes au gouvernement ne reconnaissent pas une telle possibilité. Le Canada<sup>56</sup> ne propose pas

---

<sup>53</sup> *Revision of the Cabinet Manual*, Select Committee on the Constitution, House of Lords, cit. p. 11.

<sup>54</sup> Point 5.24 du *Cabinet manual* de Nouvelle-Zélande, *op. cit.*, p. 77.

<sup>55</sup> Point 20 relatif à la solidarité entre les membres du cabinet : « 20. *Les membres du Cabinet doivent soutenir publiquement toutes les décisions gouvernementales prises par le Cabinet, même s'ils ne sont pas d'accord avec elles. Les ministres du Cabinet ne peuvent pas se désolidariser ou rejeter les décisions de leurs collègues du Cabinet à moins qu'ils ne démissionnent du Cabinet. C'est le rôle du premier ministre en tant que président du Cabinet, si nécessaire, d'appliquer cette solidarité* », *Cabinet Handbook* (Australie), *op. cit.*, p. 9.

<sup>56</sup> Point I.2 sur la responsabilité ministérielle collective : « *Les politiques présentées au Parlement et au public doivent être arrêtées d'un commun accord par l'ensemble du Cabinet. Les ministres ne peuvent se dissocier des décisions prises par le Cabinet ou leurs collègues du Conseil des ministres ni les désavouer, à moins de démissionner du Conseil des ministres. La solidarité ministérielle est renforcée par le serment de conseiller privé, qui oblige les ministres à exprimer leur opinion lors de la prise des décisions et à respecter rigoureusement la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet* », *Pour un gouvernement ouvert et responsable* (Canada), *op. cit.*, p. 2.

non plus de mention de la logique de coalition. Compte tenu de la pratique régulière des gouvernements minoritaires on aurait pu imaginer une mention dans les codes de conduite, toutefois, il n'en est rien.

Ainsi, le point 5.26 du document néozélandais précise que « *Dans un gouvernement de coalition, il est attendu que les ministres fassent preuve de discernement lorsqu'ils se réfèrent à la politique du parti qui diffère de la politique suivie par le gouvernement*<sup>57</sup> ».

Afin de permettre un fonctionnement harmonieux du gouvernement, le document reconnaît « *l'accord pour ne pas être d'accord* ». Les points 5.26 et 27 précisent ainsi les contours de la règle : « *5.26 Les gouvernements de coalition peuvent décider d'établir des processus « d'accord pour ne pas être d'accord », qui permet aux ministres au sein de la coalition de défendre, en public, les différentes positions de leur parti sur questions ou des choix politiques particuliers. Une fois qu'une décision qui a fait l'objet de « l'accord pour ne pas être d'accord » a été déterminée (soit au niveau du Cabinet, soit par un autre accord processus), les ministres doivent mettre en œuvre la décision ou la législation qui en résulte, quelle qu'ait été leur position durant le processus décisionnel. 5.27 [Les questions] soumises à l'accord pour ne pas être d'accord ne peuvent porter que des enjeux partisans différents au sein d'une coalition. Toute dissension publique vis-à-vis des décisions du Cabinet par un groupe de la coalition en dehors de ce qui a été convenu est inacceptable*<sup>58</sup> ». Ces éléments introduits depuis 2008 ont été d'abord posés durant la période au cours de laquelle Helen Clark était Première ministre de Nouvelle-Zélande à la tête d'un gouvernement de coalition<sup>59</sup>.

En Angleterre, cette pratique particulière est apparue dans le *Ministerial code* britannique entre 2010 et 2015. Cette formalisation s'explique par le contexte politique

---

<sup>57</sup> *Cabinet manual* de Nouvelle-Zélande, *op. cit.*, p. 77.

<sup>58</sup> *Loc. cit.*

<sup>59</sup> G. DUNCAN, « Chapt. 13 – New Zealand » (p. 217 à 232) dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies, Changes and Challenges*, *op. cit.*, p. 229.

de l'époque, marqué par un gouvernement de coalition entre les Conservateurs et les Libéraux démocrates. Ainsi, le paragraphe 1.2a du document précise que « *le principe de la responsabilité collective s'applique sauf lorsqu'il est explicitement mis de côté*<sup>60</sup> ». Rappelons que cette règle existait déjà ; elle a notamment été utilisée au moment des débats sur l'adoption de l'*European Communities Act* (c. 68) en 1972. Geoffrey Marshall précise que cette suspension a eu lieu au moment des débats qui ont mené au référendum<sup>61</sup>. Cette règle a disparu formellement de l'édition de 2015 du code bien que le Premier ministre David Cameron ait autorisé ses ministres à faire connaître leurs dissensions dans le contexte de l'organisation du référendum sur le Brexit<sup>62</sup>.

Les nouvelles formes de règles institutionnelles ainsi formalisées démontrent la flexibilité des pratiques de fonctionnement institutionnel. La formalisation et la logique de reconnaissance sans devenir codification agissent ainsi comme une étape intermédiaire, évitant une ossification excessive d'une règle qui, par nature, ne pourrait pas être codifiée de manière satisfaisante.

### B – Palliatif à la cristallisation de règles conventionnelles

La formalisation des règles internes au fonctionnement des organes de gouvernement ouvre les portes du gouvernement, car il serait illusoire de penser que le peuple a conscience de l'existence et des contours des conventions de la constitution. C'est la raison pour laquelle cette formalisation est tout aussi utile que la constitution codifiée<sup>63</sup>. Au-delà de l'objectif pédagogique, la part de plus en plus importante que revêt ce type de documents permet de s'interroger sur leur avenir. Les documents de reconnaissance de règles, jusqu'ici issus de la pratique, peuvent faire l'objet d'une codification, comme ce fut le cas dans la fonction publique, notamment sur la question

---

<sup>60</sup> *Ministerial Code*, Londres Cabinet Office, 2010, p. 1.

<sup>61</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions, The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, (1984), 2001, p. 8. A cette occasion il relève également une suspension en 1932.

<sup>62</sup> A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>63</sup> RUSSELL, « Chapt. 13 – Codifying conventions », (p. 233 à 248) dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies*, *op. cit.*, p. 235 et suivante

de la neutralité des agents publics<sup>64</sup>. Ainsi les guides et codes relatifs à l'éthique des fonctionnaires ont été adoptés et rédigés sur le fondement du *Constitutional Reform and Governance Act* de 2010<sup>65</sup>.

Le risque majeur qui réside dans la codification des règles contenues dans les outils de reconnaissance est une ossification excessive de la règle. En effet, à l'exception des *Parliament Acts* en Angleterre et peut-être des exemples limités de codification du recours à la dissolution ou à la prorogation dans certains Etats australiens<sup>66</sup>, trop rares sont les exemples de codifications réussis. Le *Fixed-Term Parliaments Act* de 2011 est l'exemple le plus révélateur d'une telle difficulté. Cette loi portait en elle les germes d'un renouveau du droit constitutionnel britannique. Toutefois, elle ne fut jamais pleinement respectée. La recherche de clarification initiée dans cette loi, notamment concernant la codification de la confiance accordée par la Chambre des communes au gouvernement ou de la fonction électorale n'a pas produit les effets attendus.

Les expériences australiennes de 1983 et 1985 ont abouti à une conclusion sans appel. La codification est en définitive semblable au Tonneau des Danaïdes. Toute codification appelle par nature davantage de codification. En effet, identifier la règle et parvenir à en circonscrire les modalités de mise en œuvre comme les limites pour produire un énoncé normatif est une entreprise qui au mieux se révélera décevante et au pire impossible.

Une autre conséquence qui résulterait de la codification réside dans l'entrée du juge de plain-pied dans le fonctionnement des autres organes de l'Etat. Cette perspective existe déjà à la marge. Il s'agirait ici de franchir un pas dans la judiciarisation de la vie politique. Alors que les références aux outils de reconnaissance

---

<sup>64</sup> R. HAZELL, « Chapt. 9 – The United Kingdom » (p. 173 à 188), dans B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies*, op. cit., p. 173 et suivantes.

<sup>65</sup> *Constitutional Reform and Governance Act* 2010, (c. 25). La loi décrit en détail la liste des codes de conduite applicable à la fonction publique notamment.

<sup>66</sup> Rappelons-le, dans le cas des états australien il est souvent fait une mention d'une marge de manœuvre dans l'usage de cette prérogative, ce qui limite les effets néfastes de la codification.

dans les décisions des cours n'existent, pour l'instant qu'à la marge, une codification sous forme d'une loi du parlement changerait l'équilibre institutionnel. De documents utilisés à l'appui d'une interprétation ou afin de guider une analyse ou une exégèse, les règles deviendraient contraignantes et l'interprétation en serait limitée.

Cette crainte a clairement été identifiée par les services du cabinet de Nouvelle-Zélande. Le Comité britannique de la Chambre des communes de 2015 souligne que « *le Cabinet manual pourrait évoluer pour devenir plus qu'un guide du fonctionnement de l'exécutif, dans la mesure où il est considéré comme faisant partie des arrangements constitutionnels pour le Royaume-Uni*<sup>67</sup> » et garde à l'esprit le fait que l'utilisation du documents devant les cours pourrait se multiplier<sup>68</sup>.

Il est ainsi essentiel que ces règles de fonctionnement institutionnel ne soient pas ossifiées. Demeurant à l'état de guide ou de documents informatifs et descriptifs plutôt que prescriptifs, ils se révèlent être des aides précieuses dans la compréhension du droit constitutionnel, pour le public mais également les juges. En effet, en attachant une forme d'autorité à la règle contenue dans le code le juge conserve sa neutralité et n'entre pas dans le conflit de définition de la règle. Ce ne serait plus le juge qui dégagerait la règle, mais le cabinet ou le parlement lui-même, le juge se bornerait à prendre connaissance de la formalisation de cette dernière, sans être lié par la formule retenue<sup>69</sup>.

Le développement de guides et seulement de guides paraît, en ce sens, salutaire. Cela pourrait aboutir à renforcer une forme de sérénité constitutionnelle.

Enfin, compte tenu de la nature diverse et éparse de ces documents, il serait intéressant de proposer une consolidation de l'ensemble de ces règles dans un « *code*

---

<sup>67</sup> House of Commons Political Reform Committee, Fifth Report, *Revisiting the Cabinet Manual*, Londres, HC 2014-2015, n°233, 2015, point 16, p. 10.

<sup>68</sup> Point 23 : « *Dans le cas où les tribunaux chercheraient à interpréter le Manual dans des situations d'importance constitutionnelle, le gouvernement doit être prêt à intervenir pour faire connaître son point de vue sur la valeur constitutionnelle du Manual* ». *Revisiting the Cabinet Manual*, Londres, HC 2014-2015, n°233, *op. cit.*, p. 12.

<sup>69</sup> On pourrait également imaginer un autre scénario dans lequel le juge refuse de se saisir de ces documents pour guider son interprétation, initiant un bras de fer avec le Parlement et le Cabinet. Toutefois, cela ne semble pas être le chemin privilégié.

*des codes de conduite* ». Un document faisant autorité et ayant vocation à systématiser l'ensemble des règles et des pratiques reconnus par les organes associés de près ou de loin au fonctionnement de l'Etat. Il s'agirait ici d'un véritable traité du système de gouvernement. Un document qui disposerait de sa propre autorité, serait validé par les organes de l'Etat, et mis à jour régulièrement, tout en conservant la flexibilité des règles constitutionnelles.

## **Conclusion : les *Cabinet manuals*, des miroirs au gouvernement**

Le présent chapitre a révélé le caractère renouvelable du droit institutionnel. En réalité, le mouvement de formalisation à l'œuvre a toujours existé. Les premières entreprises de formalisation des règles du conseil privé datent du règne d'Edward VI. Au XVII<sup>ème</sup> siècle (1690) fut également éditée la *lex parliamentaria*, puis se succédèrent les nombreux traités (comme le célèbre traité de pratique parlementaire d'Erskine May de 1844) de formalisation des règles internes aux organes de gouvernement. Ainsi, les guides de conduite applicables aux gouvernements ne rompent pas avec cette tradition séculaire. Bien au contraire, ils la prolongent, ils la renouvellent. Le droit constitutionnel a connu une grande tradition d'outils de formalisation qui, pour la plupart, étaient dépourvus de force contraignante bien qu'exerçant une influence non négligeable. Cela était le cas des coutumiers qui avaient surtout une portée informative.

A côté de ces documents, on trouvait les miroirs au Roi, documents en forme de traité « *de bon gouvernement* » qui visaient à donner à leur lecteur des conseils sur l'art d'exercer le pouvoir en vue de le conserver. L'un des plus célèbres de ces ouvrages demeurent *Le Prince* de Nicolas Machiavel. Ces documents anciens révèlent bien que gouverner est un art.

Ainsi, les documents du gouvernement proposent un ensemble d'énoncé dont l'ambition assumée est d'exercer les fonctions du gouvernement avec une forme d'éthique. Ces documents s'inscrivent pleinement comme une définition de l'étendue de la responsabilité de toute personne (ministre, fonctionnaire, juge) participant au service de l'Etat. Au-delà d'un guide du service de l'Etat, les outils de formalisation sous-tendent tous les mêmes idées : il s'agit de prescriptions renforçant la cohésion et la responsabilité du gouvernement.

L'ambition de ces miroirs au gouvernement est donc de mieux servir le peuple. Mieux servir le peuple suppose, comme cela a été rappelé, un accès aux règles de

fonctionnement du gouvernement tout en préservant une marge de flexibilité suffisante pour ne pas entraver la bonne marche des affaires de l'Etat.

Alors que les *Standing Orders* s'évertuent à décrire de façon neutre le fonctionnement du parlement. Les *Cabinet manuals* sont des documents de nature éminemment politique, même s'il est vrai que leur reprise par les gouvernements successifs en a renforcé l'autorité. Ils visent au-delà de créer l'union et l'unité du gouvernement à renforcer le système de gouvernement primo-ministériel<sup>70</sup>. Ce glissement vers un système primo-ministériel représente une étape supplémentaire à la logique institutionnelle décrite par Ivor Jennings qui identifiait un gouvernement de cabinet. Tout en réaffirmant la primauté du chef du gouvernement et en se fondant sur des choix politiques les guides étudiés posent des standards de gouvernement. Les documents sont partiels et partisans dans leur façon de présenter les règles de fonctionnement, qu'ils servent un agenda et un objectif politique, et qu'ils sont dépourvus d'une force normative ou d'une sanction juridictionnelle, les guides ont le mérite de limiter l'arbitraire du pouvoir de l'organe exécutif et notamment du cabinet. Cela ne n'induit pas que le gouvernement ne puisse pas s'éloigner des prescriptions posées. Seulement, s'il choisit cette perspective, il doit être prêt à en assumer la responsabilité. Cette nouvelle forme de responsabilisation est intéressante, en Nouvelle-Zélande notamment où il n'existe plus de deuxième chambre susceptible d'exercer un contrôle sur les actions du gouvernement.

A côté de cette codification partisane, nous avons fait le choix de dédier le dernier chapitre à un autre outil de codification. Les mécanismes sont ainsi sensiblement les mêmes. Toutefois, la formalisation des règles en période d'intérim gouvernemental ou en période électorale présente deux particularités : d'une part, les règles reconnues visent d'une part, à prévenir d'éventuelles difficultés institutionnelles dans une période

---

<sup>70</sup> Andrew Blick utilise notamment l'expression de gouvernement présidentiel pour souligner le caractère redondant du cabinet. A. BLICK, G. JONES, *Premiership: the Development, nature and power of the Office of the British Prime Minister*, Exeter, Imprint Academic, 2010, p. 35.

L'auteur critiquera par la suite cette idée en expliquant que « si réellement le gouvernement était redondant, les tenants de cette idée ont oublié d'en avertir les rédacteurs des guides et des codes », A. BLICK, *The Codes of the Constitution*, op. cit., p. 149.

complexe et d'autre part, la formalisation retenue cherche à apparaître plus neutre (politiquement) que celle des *Cabinet manuals*.

## Chapitre 8 – Les règles de transition en période électorale : une pratique institutionnelle fondée sur la logique de réciprocité

« *La dissolution du Parlement conduit à ce qu'il n'y ait plus de chambre populaire devant laquelle le gouvernement est responsable. Par ailleurs, toute élection porte en elle les germes d'un changement de gouvernement*<sup>1</sup> ».

Les règles qui entourent la conduite des affaires de l'Etat en période électorale revêtent un enjeu particulier. En un mot, la période de transition oscille entre un objectif de continuité et de prudence imposé au gouvernement afin d'éviter de lier le gouvernement à venir. Il s'agit alors de maintenir et préserver le *statu quo* jusqu'à la formation du nouveau cabinet<sup>2</sup>, de maintenir ou de préserver une logique de responsabilité. Ces règles ne reposent sur aucun fondement formel. Elles constituent une mise en pratique, une incarnation du fondement constitutionnel cardinal que représente le gouvernement responsable.

Jennifer Menzies et Anne Tiernan soulignent que les règles non codifiées qui entourent une transition visent à modérer et encadrer les avantages que pourrait en retirer le gouvernement au pouvoir. Il s'agit de neutraliser les décisions qui pourraient être prises, le temps qu'un nouveau gouvernement entre en fonction. Au-delà de la préservation d'un certain *statu quo*, d'une certaine neutralité, il est question d'éviter les décisions de « *dernière minute*<sup>3</sup> » prises à la veille d'une élection. Ces règles ont vocation à influencer le comportement des ministres, de l'opposition mais également des fonctionnaires<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Caretaker Conventions and Other Pre-Elections Practices*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Annual Report 1986-87 (Commonwealth Parliament Paper n°302/1987), p. 39 et suivante.

<sup>2</sup> M. LAVER, K. SHEPSLE, « Chapt. 17 - Cabinet government in theoretical perspective », in M. LAVER et K. SHEPSLE (dir.), *Cabinet Ministers and Parliamentary Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 285 à 310.

<sup>3</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, 2<sup>ème</sup> éd., Canberra, Australia National University Press, 2014, p. 35.

<sup>4</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p. 13.

La période de transition débute dès la dissolution prononcée<sup>5</sup>. Dès lors, le gouvernement ne semble plus responsable, il n'existe plus de parlement en fonction, susceptible de contrôler le gouvernement et *a fortiori* susceptible d'engager sa responsabilité.

L'absence de responsabilité « *effective* » du gouvernement fait des conventions et des usages institutionnels les seules règles permettant de limiter, de contrôler ou d'encadrer l'action du gouvernement.

Avec la logique d'encadrement, sont apparus des documents internes à l'exécutif visant à formaliser ces règles<sup>6</sup>. En effet, la responsabilité du gouvernement, sanction ordinaire de la violation d'une convention, est ici absente (le Parlement étant dissous). Il est alors utile de définir un autre foyer de responsabilité du gouvernement. Le rôle des fonctionnaires comme « gardiens du temple » est ainsi extrêmement important.

Les règles de la transition, durant une période électorale, se fondent sur la logique du gouvernement responsable, corps du modèle de Westminster. La nature même de la convention de « transition » est une question débattue. Andrew Heard définit cette pratique comme une « *semi-convention*<sup>7</sup> ». Les semi-conventions sont définies comme des règles qui entendent imposer « *un comportement attendu, mais qui, si elles venaient à être violées n'auraient pas de conséquences significatives sur l'équilibre institutionnel* ». La violation d'une semi-convention ne peut conduire, selon Heard, à une crise institutionnelle. Le caractère non obligatoire de cet usage ne fait aucun doute. Cependant, l'exemple des événements de l'été 1984 en Nouvelle-Zélande ou au Canada en 2015 laisse entrevoir le risque potentiel sur l'équilibre institutionnel qui peut être entraîné par la violation de cette pratique<sup>8</sup>. Ces événements<sup>9</sup> mettent en lumière l'idée que les écarts entraînent des crispations, non des crises institutionnelles comme cela a

---

<sup>5</sup> Voir développements *supra*.

<sup>6</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions » (p. 91 à 115), in B. GALLIGAN, S. BRENTON (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 110.

<sup>7</sup> A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions the Marriage of Law and Politics*, Toronto, Oxford University Press, 1991, p. 146.

<sup>8</sup> Voir développements *supra*.

<sup>9</sup> Voir développements *infra*.

pu être le cas en Australie en 1975. Le « *degré d'obligation* » opère, selon Peter Hogg<sup>10</sup>, comme un curseur entre une convention de la constitution et une pratique institutionnelle. Dans le cas précis de la période électorale, l'absence d'une chambre devant laquelle le gouvernement est normalement responsable affaiblit considérablement les mécanismes de responsabilité politique qui opèrent d'ordinaire dans le système de Westminster.

Il est évident que, comme pour toute règle politique, le concours de chacun des acteurs est essentiel, de même que le sentiment d'obligation. Pour certains auteurs, cette règle non codifiée revêt un intérêt particulier car elle symbolise le glissement de certaines conventions de la sphère politique à la sphère administrative<sup>11</sup>. En effet, le respect de la règle ne repose plus seulement sur la « *bonne volonté des acteurs politiques* » mais fait appel à un tiers : les membres de l'administration. Peu considérés en droit constitutionnel, ils agissent, dans ce cas particulier, comme les gardiens vigilants et neutres de l'équilibre politique<sup>12</sup>.

Il apparaît alors intéressant de rechercher les origines de cette convention aux origines récentes (**section 1**) avant de s'attarder sur ses modalités d'opération et de fonctionnement (**section 2**).

### **Section 1 : Une règle de comportement admise de longue date**

Les règles qui guident et entourent tant la période électorale que la période de transition font partie d'un ensemble de règles qui ne trouvent leur fondement dans aucun texte constitutionnel ; tout au plus sont-elles guidées par le bon sens et la bonne foi (**sous-section 1**). La durée de la transition peut varier en fonction des systèmes de gouvernement (**sous-section 2**). Ces règles incarnent parfaitement la flexibilité de la

---

<sup>10</sup> P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>ème</sup> ed, Toronto, Carswell, 1959, p. 81.

<sup>11</sup> Administration s'entend ici dans une acception institutionnelle, au sens où il s'agit du fonctionnement des pouvoirs publics.

<sup>12</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », art. cit., p. 91 ou 94.

convention, de la règle non codifiée en débordant parfois de la seule sphère politique **(sous-section 3)**.

### **Sous-Section 1 : Une convention fondée sur le bon sens**

Dater précisément l'apparition d'une convention de la constitution relève bien souvent d'une entreprise vouée à l'échec. En effet, fruit d'une pratique institutionnelle et d'une évolution permanente, les conventions de la constitution évoluent, apparaissent et disparaissent au gré du contexte politique<sup>13</sup>. La particularité des règles entourant la transition réside dans le fait qu'elles sont relativement récentes, même si l'on en trouve un exemple en Angleterre sous le ministère de Disraeli<sup>14</sup>. Plus récemment, le « cabinet de guerre » dirigé par Churchill opérait sur une logique de retenue ou de prudence.

Cette pratique est difficile à dater car, à l'image de nombreuses conventions, elle n'a jamais posé la moindre difficulté tant la règle était claire : un gouvernement privé de la confiance du Parlement (soit après une motion de censure, soit après une dissolution) ne peut exercer pleinement ses fonctions.

#### A – Une règle de comportement fondée sur le bon sens, admise de longue date en Angleterre

L'ensemble des conventions qui entourent le comportement des ministres lors d'une période de transition est une question qui a été peu débattue et analysée par la doctrine<sup>15</sup>. Pour cause, il a toujours été admis qu'un gouvernement, dans une période de transition, devait exercer ses compétences avec prudence et retenue. Ce principe

---

<sup>13</sup> Le « cycle de vie » d'une convention de la constitution est notamment décrit par E. A. FORSEY, *The Courts and the Conventions of the Constitution*, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 33, 1984, p. 11 à 42.

<sup>14</sup> S. WEINTRAUB, *Disraeli : a Biography*, New York, Dutton Book, 1993, p. 376 ou G. E. BUCKLE, *The Life of Benjamin Disraeli, Earl of Beaconsfield*, Vol. VI 1876-1881, Londres, John Murray, p. 530 et suivantes.

<sup>15</sup> G. SAWER, *Federation Under Strain Australia 1972-1975*, Melbourne, Melbourne University Press, 1977, p. 204. L'auteur souligne que l'expression « caretaker conventions » est entrée dans le langage courant au moment de la crise australienne.

était déjà intégré au fonctionnement du cabinet et plus largement de l'administration<sup>16</sup>. Cette règle fondée sur une logique de bon sens est considérée pour certains auteurs comme un usage et non une convention<sup>17</sup>. En effet, en Angleterre, comme dans les dominions, rien ne laisse entendre que les gouvernements en période électorale seraient soumis à une obligation de retenue dictée par une convention de la constitution. Arthur Berriedale Keith souligne que le « *ministère est tenu par la bonne foi de n'exercer ses fonctions que, dans la limite de la gestion des affaires courantes afin de ne pas entraver l'action de son successeur*<sup>18</sup> ».

Pour autant, on relèvera le comportement contestable de certains ministères. Ainsi, lors de sa défaite face à Benjamin Disraeli en 1870, Lord Gladstone<sup>19</sup> ne souhaitait pas que son adversaire tire avantage de sa rigueur financière. Dès lors, il demanda à ses conseillers de mener à bien son programme politique jusqu'au dernier moment, déterminé à épuiser les fonds publics. Sur les conseils avisés de ses collaborateurs, Gladstone fit finalement preuve de mesure.

Cet évènement anecdotique relève deux éléments importants sur les composantes des règles qui opèrent dans une période de transition. D'une part, la prise de position de Gladstone confirme l'idée qu'un gouvernement sortant ne doit pas engager de projets politiques qui n'auraient pas été souhaités et validés par le futur gouvernement – se limitant ainsi à une administration des affaires courantes. D'autre part, le rôle des conseillers<sup>20</sup> du Premier ministre apparaît ici comme un contrepoids, un verrou à l'action du chef du gouvernement, en l'absence d'un parlement chargé de contrôler son action.

Cette retenue s'applique tant dans les choix politiques que dans le cadre de nominations et d'attributions de distinctions.

---

<sup>16</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, Londres, Anthem Press, 2014 p. 236.

<sup>17</sup> A. HEARD, « Conventions constitutionnelles et les campagnes électorales », *Revue Parlementaire Canadienne* vol. 18, n°3, 1995, p. 8 à 11 (p. 9).

<sup>18</sup> A. B. KEITH, *The Dominions as Sovereign States, the Constitutions as Governments*, Londres, Macmillan, 1938, p. 224.

<sup>19</sup> R. ALDOUS, *The Lion and the Unicorn, Gladstone vs Disraeli*, Londres, Pimlico, 2007, p. 245.

<sup>20</sup> Conseillers politiques ou fonctionnaires. La mesure des conseillers du Premier ministre sera également un élément déterminant dans l'épisode de la crise néo-zélandais de 1984, évitée de justesse.

Lors de l'élection législative générale suivante, Disraeli se trouva dans la situation que Gladstone avait connue dix années auparavant. Premier ministre sortant, il demanda à la Reine d'anoblir son secrétaire particulier, Montagu Lowry-Corry et de l'élever au rang de premier baron de Rostow. A la veille de son départ, Disraeli fut sollicité de toute part par des sympathisants afin d'obtenir honneurs et distinctions<sup>21</sup>. Il apparaît que ces demandes furent, pour le plus grand nombre, accordées par la Reine.

La distribution des honneurs et titres ne semble pas poser de difficultés particulières. Cette largesse ne s'applique pas aux nominations de hauts fonctionnaires à des postes à responsabilité. En effet, Benjamin Disraeli émit l'idée de nommer Henry Lennox, un ami personnel, au poste de *Chief Civil Service Commissioner*. Cette nomination n'a finalement pas abouti sur les recommandations et les conseils de l'entourage du Premier ministre. Les arguments avancés se fondaient sur un manque d'expérience et de compétence du candidat. La véritable raison tenait davantage au caractère controversé de la personnalité du postulant. Ces limitations semblaient davantage fondées sur des considérations pragmatiques<sup>22</sup> que sur le respect d'une règle de nature constitutionnelle.

La défaite d'Archibald Primrose, Lord Rosebery, en 1895 donne de nouveaux éléments d'analyse et de réflexion. Les événements se sont déroulés au moment de la passation de pouvoir entre Lord Rosebery et Lord Salisbury. Ce dernier craignait que le ministre de la Guerre du gouvernement sortant ne profite de la période de transition et de l'absence d'un Parlement en session pour nommer un nouveau commandant en chef des armées britanniques. Une telle nomination ne pouvait être opérée que par l'usage des Sceaux royaux. Salisbury s'empressa d'en reprendre possession des sceaux, souhaitant empêcher la nomination. Campbell Bannerman refusa d'obtempérer et ne remit les Sceaux qu'à la passation de pouvoir officielle.

---

<sup>21</sup> G. E. BUCKLE, *The Life of Benjamin Disraeli, Earl of Beaconsfield*, vol. VI 1876-1881, *op. cit.*, p. 531 et suivantes. Benjamin Disraeli consacre un développement aux « impertinents de la onzième heure ».

<sup>22</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 237.

Ces anecdotes historiques montrent bien toute la difficulté qui réside dans la qualification d'une convention de la constitution, tant le caractère obligatoire semble subjectif. La prudence et la réserve dont ont fait preuve les gouvernements d'alors semblent davantage mettre en avant l'idée d'un usage fondé sur la bonne foi plutôt que l'existence d'une convention.

Les règles de la transition gouvernementale apparaissent plus précisément à compter de la seconde partie du XX<sup>ème</sup> siècle. La première, la formalisation des règles liées à cette convention de la constitution est apparue au moment du départ de Churchill en 1945<sup>23</sup>. Une fois sa démission remise, Churchill eut pour mission de diriger un gouvernement d'intérim. On attribue faussement à Churchill la paternité de la logique du gouvernement de transition. En effet, Ivor Jennings souligne habilement que le gouvernement intérimaire conduit par Churchill durant la période de la campagne électorale de 1945 ne peut être apparenté à un véritable gouvernement de transition, limité dans son champ d'action. Il explique que : « *il n'est pas dans la tradition britannique de nommer et mettre en place des gouvernements de transition – limités dans leur champ d'action*<sup>24</sup> ». Alors que le mandat de Churchill était clair et devait se limiter à l'administration des affaires courantes, ce dernier n'aura pas hésité à conseiller pleinement la Couronne ou prendre des décisions politiques significatives<sup>25</sup>.

Jennings n'aborde pas les questions de front mais il insiste sur le contexte particulier du Cabinet de l'époque sans s'attarder sur son fonctionnement. Par ailleurs, il semble nier l'existence d'une convention en soulignant justement qu'il est de coutume qu'un gouvernement reste en fonction afin de conseiller le Roi<sup>26</sup> jusqu'à ce qu'un nouveau cabinet soit officiellement formé<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> R. BRAZIER, *Constitutional Practice, the Foundations of British Government*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 44 et suivantes.

<sup>24</sup> I. JENNINGS, *Cabinet Government*, 3<sup>ème</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1959 p. 86 (note 1).

<sup>25</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia : an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 238 rapporte que l'usage de l'arme atomique sur le Japon eut lieu durant une période normalement soumise à la convention.

<sup>26</sup> M. CODD, National Elections: Caretaker Conventions and Arrangements for Transition, *Australian Institute of Administrative Law Forum*, vol. 10, 1996, p. 23 à 27.

<sup>27</sup> I. JENNINGS, *Cabinet Government*, *op. cit.*, p. 86.

Le Professeur Wilson justifie l'existence de la convention de transition par le fait que la Grande-Bretagne opère sur le principe de la souveraineté du Parlement. Ainsi, un Parlement ne peut lier son successeur. On comprendra alors aisément en quoi, un Parlement ne se sentira pas lié par les décisions prises par un Cabinet d'intérim<sup>28</sup>.

Par ailleurs, il n'existe pas, en Angleterre, de réelle reconnaissance de l'ensemble de ces règles<sup>29</sup>. La première formalisation officielle de la règle date de 2001 dans le *Cabinet Office General Election Guidance*. Plusieurs documents internes aux services du Premier ministre tel que le *Head of Department's Personal Handbook*, remplacé plus tard par le *Civil Service Guidance*, le *General Election Guidance* (publié en 2010 et 2015), ou plus largement le *Cabinet Manual*, publié en 2011, reconnaissent l'existence de cette pratique institutionnelle.

Les auditions devant le *Justice committee* de la Chambre des communes mettent en lumière l'existence de pratiques qui opèrent lors d'une transition. Ces règles imposent retenue et prudence. Les auditions insistent également sur le besoin de clarifier<sup>30</sup> ces conventions de la constitution<sup>31</sup>. Ce besoin de clarification s'est fait notamment ressentir lors des élections législatives générales de 2010, aux résultats incertains. En effet, cette absence de majorité claire engendra une transition plus longue<sup>32</sup>.

L'analyse liminaire de l'exemple britannique ne reconnaît pas formellement l'existence d'une convention, préférant l'idée d'un usage, d'une règle de bienséance

---

<sup>28</sup> J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 18, n°4, 1995, p. 12 à 19.

<sup>29</sup> L'expression de « *caretaker conventions* » n'apparaît jamais directement. On préférerait l'expression « *purdash* » en référence à un rideau ou un voile symbole de l'idée de ne pas promouvoir la politique du gouvernement. Dans le *cabinet manual* de 2011 on retrouvera l'expression « limites à l'activité du gouvernement ». L'expression « *caretaker* » n'apparaît que dans le cas du gouvernement de Churchill en 1945. Elle est reprise par I JENNINGS, *Cabinet Government*, *op. cit.*, p. 521 note 18.

<sup>30</sup> J. W. J. BOWDEN, N. A. MACDONLAD, Writing the Unwritten: The Officialization of Constitutional Convention in Canada, the United Kingdom, New Zealand and Australia, *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 6, n°2, 2012, p. 365 à 400.

<sup>31</sup> House of Commons Justice Committee 2010, *Constitutional Processes Following a General Election*, Fifth Report of Session 2009-10, HC 396, 2010.

<http://publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmjust/396/396.pdf>.

<sup>32</sup> Cette question se pose dans le cas de *hung parliaments*, situation dans laquelle une claire majorité parlementaire n'apparaît pas à l'issue du scrutin.

institutionnelle<sup>33</sup>. Pour autant, ces doutes quant à l'existence d'une convention sont loin d'être partagés dans les dominions<sup>34</sup>, qui, dans une large mesure ont admis l'existence d'une convention de la constitution.

## B – Une existence reconnue et formalisée récemment dans les dominions

Il existe une distinction sur la façon dont s'accordent la nation mère et les nations héritières sur la question de la transition. La règle est logique : il s'agit d'un usage fondé tout à la fois sur la bienséance et la bonne foi, sans pour autant être reconnu comme une convention de la constitution, au sens de règle obligatoire<sup>35</sup>. En effet, le non-respect des principes de retenue et de prudence n'a pas conduit à une crise institutionnelle majeure. Les entorses n'ont donné lieu qu'à des protestations et des condamnations de l'opposition ou de l'opinion publique<sup>36</sup>.

Fidèles à leur héritage, les dominions admettent l'existence de ces règles auxquelles ils ont reconnu le statut de convention<sup>37</sup>. L'existence des règles relatives à la transition gouvernementale apparaît sous la plume de Robert Menzies, Premier ministre australien, en 1951. Il est souvent fait référence à une lettre de ce dernier à l'attention des membres de son cabinet, à la suite de la double dissolution de 1951<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> R. HAZELL, P. RIDDELL, *A Draft Caretaker Convention for the UK Modelled on that in Australia and New Zealand*. Supplementary Memorandum to Justice Committee, 21 février 2010.

<sup>34</sup> A l'exception peut-être de la Nouvelle-Zélande où le Premier ministre Robert Muldoon nie l'existence de cette pratique.

<sup>35</sup> Voir ici la référence à l'ouvrage de Peter Hogg précédemment cité : *Constitutional Law of Canada*, op. cit., p. 81.

<sup>36</sup> La prudence agit comme un outil politique afin d'éviter les critiques de l'opinion publique comme ce fut être le cas au Canada en 1993 ou en Nouvelle-Zélande en 1984.

<sup>37</sup> Qualification somme toute discutable. Le point 1.9 du *Guidelines on Caretaker Conventions* de l'Etat de Victoria souligne que « la convention de transition reflète des pratiques suivies par les gouvernements successifs, pour autant elles ne sont pas légalement obligatoires. Le respect de ces règles repose sur le Premier ministre et le gouvernement collectivement », *Guidelines on Caretaker Conventions, Guidance on Handling Government Business During the Election Period*, 2014, Department of Premier and Cabinet of Victoria, 2014, p. 5.

Les points 1.6 à 1.10 du *Guidelines on Caretaker Conventions* de la Tasmanie souligne notamment que « les conventions ne sont pas légalement contraignantes et ne sont pas des règles strictes et rigoureuses », *Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operation of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Department of Premier and Cabinet, Tasmanian Government, 2014, p. 2. La même expression est utilisée dans le *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Australian Government, 2016, p. 2.

Le gouvernement de l'Australie Méridionale donne une définition éclairante : « les conventions sont des règles non juridiques visant à éclairer la pratique politique là où la Constitution reste silencieuse [...] Les conventions ne sont ni des règles légalement obligatoires ni des règles strictes et rigoureuses », *Caretaker Conventions and Pre-Election Practices, A Guide for South Australian Government Agencies* Department of the Premier and Cabinet, Government of South Australia, Janvier 2014, p. 3.

<sup>38</sup> *Cabinet manual*, Department of the Prime Minister and Cabinet 1987 (Australie), p. 40.

Le Premier ministre sortant souligne « *qu'il convient de continuer à prendre toutes décisions que vous estimez nécessaires en lien avec l'administration des affaires courantes du ministère dont vous avez la responsabilité. Il convient de ne prendre aucune décision de nature politique ou n'emportant pas consensus, sans en avoir, au préalable délibéré avec moi*<sup>39</sup> ». Les instructions de Robert Menzies, ainsi rédigées et adressées aux ministres, incarnèrent la première formalisation claire et explicite des règles de transition. Toutefois, à l'image de l'Angleterre, ces règles sont connues de tous les Premiers ministres et existent donc, au moins, de façon officieuse<sup>40</sup>.

A compter de 1961, l'usage s'est installé pour le premier ministre, à l'approche de la période de transition, d'adresser à chacun de ses ministres une lettre les invitant ces derniers à ne prendre aucune décision politique, ou de nature à engager le futur gouvernement. Il est question de reporter les nominations importantes<sup>41</sup>. Il est également admis que le gouvernement sortant consulte les membres de l'Opposition sur les questions qui dépasseraient l'administration des affaires courantes<sup>42</sup>. En effet, la continuité des affaires de l'Etat revêt une dimension importante. La consultation des membres de l'opposition souligne les principes de réciprocité et de continuité qui sous-tendent la règle.

Le gouverneur-général Sir Paul Hasluck souligna, dans le cadre d'une conférence en 1972, le contenu des règles encadrant une transition : « *aucune décision de politique majeure ne doit être prise, aucune nomination dans la haute administration ne doit être effectuée. L'intérêt de cette convention est d'éviter qu'une décision prise par un gouvernement sortant soit, quelques mois plus tard, annulée par le futur gouvernement. Un engagement politique de fond doit être soumis aux électeurs. Dès lors, il semble qu'un gouvernement ne puisse, à lui seul, engager le gouvernement à venir sans avoir*

---

<sup>39</sup> *Cabinet manual*, Department of the Prime Minister and Cabinet 1987, p. 40 (Australie).

<sup>40</sup> M. S. KEATING, « Caretaker conventions post an election », *Australian Journal of Public Administration* vol. 61, n°2, 2002, p. 119 à 120.

<sup>41</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>42</sup> Cette idée est notamment soulignée par l'intervention de Philip Lucock membre de la Chambre des représentants le 9 décembre 1976, Hansard, Australian House of Representatives, n°50, 9 décembre 1976, p. 159.

*consulté le peuple [...]. Il est évident que l'administration du pays ne peut être suspendue et il peut arriver que, dans l'urgence, des décisions soient prises sans attendre. Dans ce cadre particulier, il est important que le ministre confronté à un tel cas, respecte la convention et défère la question au Premier ministre, qui pourrait éventuellement en débattre avec le Cabinet<sup>43</sup> ». Paul Hasluck laisse ici sous silence une autre composante importante de la convention, l'idée selon laquelle les décisions urgentes sont, d'ordinaire, prises en consultation avec l'opposition, ou dans le cas où le résultat des élections est connu, sur les orientations du futur gouvernement.*

La définition donnée par le gouverneur-général Hasluck sera reprise dans l'ensemble des documents officiels. Lors de la séance du 5 juin 1987, le Sénateur Gareth Evans présente les lignes directrices à suivre durant une période électorale. Il insiste sur les liens que doivent entretenir les fonctionnaires de l'exécutif et les membres de l'Opposition. Au-delà de cette particularité, l'ensemble des éléments relevé par Sir Paul Hasluck sont présents dans l'intervention du sénateur Evans : « *De façon générale la conduite des affaires de la nation par le gouvernement se poursuit en période électorale, cela s'applique aux affaires courantes. [...] (a) A la suite d'une dissolution, le gouvernement assure une fonction d'intérim et en application des conventions, il évitera : (i) de prendre de grandes décisions susceptibles d'engager le gouvernement suivant. (ii) de faire suppléer à la vacance d'un poste important. (iii) de s'engager dans de grands projets ou contrats. (b) Dans le cas de nominations significatives appelées à prendre effet après la dissolution, les Ministres devraient (i) différer la nomination ou (ii) si la nomination est nécessaire, préférer une nomination temporaire, le temps de la campagne électorale ou (iii) si cela n'est pas envisageable procéder à ladite nomination après consultation des membres de l'Opposition compétents<sup>44</sup>. »*

---

<sup>43</sup> P. HASLUCK, *The Office of Governor General*, 1979, Melbourne University Press, p. 18, reproduction de *Queale Memorial Lectures* du 24 octobre 1972.

<sup>44</sup> Soulignons que le Sénateur Evans poursuit son analyse en développant de façon très détaillée les différents cas de figures susceptibles de se présenter. Hansard, Senate, n°121, 5 juin 1987, p. 3668.

La Commission constitutionnelle de 1983 adoptera une résolution visant à reconnaître et codifier précisément les règles de la transition. Ainsi le point 32 précise que « *aucune nouvelle initiative ne doit être prise ou aucune nomination à un poste important actée, par un gouvernement dans la période précédant une élection générale de la Chambre des représentants, à moins que de tels engagements ne soient justifiés par l'intérêt national*<sup>45</sup> ».

Finalement, les règles ainsi rappelées seront par la suite formulées dans les *cabinets manuals*<sup>46</sup>. Les règles applicables en Australie sont dès lors définies comme : « [d]es conventions fondamentales [qui] exigent que, en période de transition, un gouvernement évite de mettre en œuvre des grandes politiques, d'effectuer des nominations importantes, de conclure des contrats d'envergure, d'entreprendre des grands projets et d'engager les fonctionnaires dans les activités électorales. Les conventions fondamentales s'appliquent aux décisions effectivement prises et non leur [simple] annonce. Ainsi, il n'y a aucune violation des conventions lorsque, des décisions prises avant la période de transition sont annoncées pendant celle-ci. Cependant, il est préférable, si ces décisions touchent des questions importantes, qu'elles soient annoncées avant la période de transition afin d'éviter toute controverse<sup>47</sup> ».

Ces règles sont mises à jour à la veille de chaque élection, par les membres du cabinet ou les fonctionnaires attachés à l'exécutif<sup>48</sup>. Des circulaires, guides et mémorandum, exclusivement consacrés à ces questions, se sont également multipliés au niveau des Etats australiens et des provinces canadiennes.

---

<sup>45</sup> *Resolutions adopted at the Australian Constitutional Convention*, Parliament House, Adelaide, Government Printer, 26 to 29 April 1983, également reproduit dans I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia : an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 312.

<sup>46</sup> Outils internes à l'exécutif ayant vocation à formaliser les règles de fonctionnements de l'organe. La majorité des Etats australiens ont pris le soin de rédiger de tels documents exclusivement consacrés aux règles de la transition. Par contraste, les provinces canadiennes, à quelques exceptions près (l'Ontario ou la Colombie Britannique) n'ont pas ressenti le besoin de formaliser ces règles.

<sup>47</sup> « *Caretaker Conventions and Other Pre-Election Practices* », Department of the Prime Minister and Cabinet (DPMC) 1987, *Annual Report 1986-87*, AGPS, Canberra, 1987, p. 39.

<sup>48</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « *Chapt 5, Caretaker Conventions* », art. cit., p. 92.

Au Canada, à l'image de la lettre adressée par Robert Menzies à ses ministres, Mackenzie King a indiqué que : « *durant la période courant jusqu'à la prochaine réunion du Parlement, le gouvernement entend s'abstenir de procéder à des nominations au-delà de celles qui seraient nécessaires à la conduite des affaires de l'Etat* ». Pour autant, la littérature est souvent restée muette sur cette convention dont on peut tracer les premières références précises à 1953<sup>49</sup>. L'absence de formalisation ou de reconnaissance de la règle ne sous-entend pas nécessairement que celle-ci ne soit pas appliquée. En effet, le *Manual of Official Procedure of the Government of Canada* publié en 1968 semble asseoir l'existence d'une convention de la constitution fondée sur la prudence et la retenue. Le document retient cependant une définition bien plus restrictive<sup>50</sup> que celle avancée dans le cas australien. En effet, la règle ne trouve à s'appliquer que dans le cas où il est avéré que le gouvernement ne dispose plus de la confiance<sup>51</sup> de la Chambre des communes. Cette analyse restreint donc sensiblement l'impact de la convention qui s'applique, comme on l'a vu, *a minima*, à compter de la dissolution du Parlement. La règle de la retenue s'entend comme « *une limitation devant s'appliquer aux décisions politiques majeures, aux nominations importantes et durables. Les mesures urgentes et courantes nécessaires à la conduite des affaires du gouvernement ne sont en aucune façon affectées*<sup>52</sup> ». A l'appui de l'existence de la convention, le document cite un certain nombre de précédents, notamment datés de 1896. Lors des élections de 1896, le cabinet de Charles Tupper fut mis en minorité. Peu de temps après cette défaite, le Premier ministre sortant, sollicita le gouverneur-général Lord Aberdeen pour de nombreuses nominations de dernière minute (notamment au Sénat et à la Cour suprême). Eu égard à l'importance des nominations considérées, le gouverneur-général refusa d'accéder à la demande de son Premier ministre<sup>53</sup>. Le *Cabinet manual* cite également la période de transition de 1963, période durant laquelle

---

<sup>49</sup> J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : La convention de transition au Canada », art. cit.

<sup>50</sup> J. W. J. BOWDEN, N. A. MACDONALD, *The Manual of Official Procedure of the Government of Canada: an Exposé*, *Constitutional Forum*, vol. 20, n°1, 2011, p. 33 à 39.

<sup>51</sup> « *La règle de la retenue ne s'applique qu'en tenant compte de la situation et de la volonté du gouvernement de lui accorder de la valeur. Une défaite précédant une dissolution ou une défaite lors des élections impose au gouvernement d'agir avec retenue* », in H. F. DAVIS et A. MILLAR, *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Ottawa, Privy Council Office, 1968, p. 89 et suivantes.

<sup>52</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, 1968, op cit., p. 89.

<sup>53</sup> Le Professeur Keith rapporte que Tupper déposa une motion contre Lord Aberdeen, qui n'aboutira pas. A. B. KEITH, *Constitutional Law of the British Dominions*, Londres, Macmillan, 1933, p. 152.

aucune nomination ne fut envisagée<sup>54</sup>. Au Canada, la question des nominations pendant une période de transition semble clairement arrêtée. Lorsqu'il était clairement établi que le gouvernement ne disposait plus de la confiance des électeurs, toutes les tentatives pour forcer des nominations de dernière minute furent refusées ou annulées par la suite<sup>55</sup>.

Cette anecdote semble confirmer l'idée que la limite portée à la marge de manœuvre d'un gouvernement lors d'une période de transition réside dans la bonne foi, dans « *la décence institutionnelle* ». A l'inverse, Mackenzie King a recommandé, en 1940 et 1945, la nomination de sénateurs, faisant entorse à la règle. De telles entorses n'ont plus eu lieu depuis 1962 et, les rares nominations qui eut lieu dans les années 90 relève davantage de la gestion que des affaires courantes<sup>56</sup>.

John Wilson rapporte un échange entre l'ancien greffier de la Chambre des communes, Arthur Beaudesne et le Professeur Mallory, publié dans le *Ottawa Journal*. La divergence de point de vue entre ces deux personnalités permet d'établir l'existence de la règle.

Arthur Beaudesne souligne : « [qu'] *il a toujours été d'usage dans les démocraties britanniques que le Cabinet, pendant la période courant de la dissolution aux élections générales, agisse uniquement quand cela s'avère absolument nécessaire pour régler les affaires courantes. Nos ministres ne font alors pas partie du Parlement tout simplement parce qu'il n'y a pas de Parlement. Ils sont des simples citoyens. Au Royaume-Uni, l'administration en place durant une telle période est appelée « gouvernement de transition » et ses actes doivent se limiter aux affaires courantes*<sup>57</sup> ».

---

<sup>54</sup> *Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, 1968, *op cit*, p.91.

<sup>55</sup> S'agissant des refus de nominations ou des révocations, voir J. T. SAYWELL, *The Office of the Lieutenant-Governor, a Study in Canadian Government and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1957, p. 47 et suivantes.

<sup>56</sup> J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : La convention de transition au Canada », art. cit.

<sup>57</sup> *Ottawa Journal*, 1er et 7 juillet 1953, reproduit dans J. WILSON « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : La convention de transition au Canada », art. cit.

L'affaire du contrat de l'aéroport de Pearson en octobre 1993 a été l'occasion de clore définitivement la question de l'existence de la convention de transition. Madame Jocelyne Bourgon, sous-ministre des Transports, lors d'une audition au Sénat souligne l'existence de cette convention. Elle souligne : « [qu'] *il y a une règle qui impose que l'on agisse avec prudence dès que le Parlement est dissous. Si l'on demande des directives, c'est pour s'assurer que ceux qui disposent de la faculté de prendre ces décisions sont bien ceux qui vont les prendre et non pas ceux qui n'en ont pas le pouvoir. Il était donc nécessaire de s'assurer que le ministre souhaitait bien faire avancer le dossier, et celui-ci a fait connaître très clairement son intention. Après la dissolution du Parlement, il y a une règle générale qui s'applique à la condition du fonctionnaire. Ce n'est pas un article de loi. C'est une règle générale qui veut qu'à partir de ce moment-là, il faille agir avec prudence. La question se pose alors de savoir qui va décider et si l'on agit ou non avec prudence. Il ne revient pas aux fonctionnaires d'en décider. Il faut s'adresser au ministre ou au Premier ministre selon les circonstances*<sup>58</sup> ». Elle insiste sur le besoin pour le gouvernement en exercice et les membres de l'opposition de communiquer mais également sur l'idée, déjà mise en avant dans la lettre de Robert Menzies, que dans le cadre d'une transition, le dernier maillon de la chaîne de décision est le Premier ministre<sup>59</sup>.

Le Canada, à l'image de l'Australie ou de l'Angleterre adoptera des documents internes à l'exécutif expliquant le plus clairement possible les modalités de fonctionnement de l'organe exécutif en période électorale. Ce document est réédité et amendé à chaque échéance électorale<sup>60</sup>. Les provinces, quant à elles n'obéissent pas toutes à la règle. Ainsi l'Ontario et la Colombie Britannique adoptent des mémorandums qui sont adressés aux membres de l'administration avant chaque élection. *A contrario*, le Québec n'adopte aucun document particulier<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Délibérations du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, séance du 14 septembre 1995, fascicule 19 disponible sur :

[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/30415tx-f.htm?Language=F&Parl=35&Ses=1&comm\\_id=23](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/30415tx-f.htm?Language=F&Parl=35&Ses=1&comm_id=23).

<sup>59</sup> Délibérations du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, séance du 14 septembre 1995, fascicule 19.

<sup>60</sup> La première version du document n'était pas publique, celle de 2008 l'est devenue : <https://jameswjbowden.files.wordpress.com/2011/07/guidelines-cartaker-convention1.pdf> et une version d'août 2015 est disponible sur le site du Privy Council Office : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=eng&page=convention&doc=convention-eng.htm>.

<sup>61</sup> Information recueillie à la suite d'un échange avec le responsable des services du Cabinet du Premier ministre du Québec le 18 mai 2016.

En Nouvelle-Zélande, l'existence de la convention pose moins de difficulté et n'a pas suscité l'intérêt de la doctrine ou des membres de l'exécutif. On en trouve trace dans le premier *Cabinet manual* publié en 1979<sup>62</sup>. D'abord considéré comme un document interne à l'exécutif, il sera rendu public à partir de 1996<sup>63</sup>. L'introduction d'un système de représentation proportionnelle en 1993 rend la codification de ces règles importante. En effet, la probabilité d'avoir, à l'issue du scrutin, un Parlement sans majorité clairement définie est devenu une situation plus courante en Nouvelle-Zélande. Cette nouvelle donnée institutionnelle impose que le document soit mis à jour à l'approche de la campagne électorale<sup>64</sup>.

La règle, bien que reconnue depuis 1979, n'est pas assortie de véritables précédents. Cette absence de précédents engendra la crise de juillet 1984 lorsque le Premier ministre sortant, Robert Muldoon, refusa de dévaluer en urgence le dollar néo-zélandais sur les conseils du futur Premier ministre David Lange. Dans son récit de la crise, Jim McLay<sup>65</sup>, Vice-Premier ministre, souligna la difficulté de la situation. Alors que les membres du gouvernement admettaient que la défaite aux élections les plaçait dans une situation de « *gestionnaires des affaires courantes* », Robert Muldoon se considérait comme Premier ministre plénipotentiaire jusqu'à la prise de fonction officielle du futur gouvernement. Toute la dialectique entre le droit constitutionnel écrit et non codifié se résume dans cette crise. Le *Constitution Act* de 1852 fait de Robert Muldoon le seul Premier ministre, alors que les règles relatives à la transition commandent que le gouvernement agisse sur les recommandations du futur cabinet.

La raison d'être des règles non codifiées est de permettre un fonctionnement harmonieux des institutions<sup>66</sup>. En l'absence de précédents, la retenue et la mesure qui

---

<sup>62</sup> R. KITTERIDGE, « The Cabinet Manual: Evolution with Time », *8th Annual Public Law Forum*, 20-21 mars 2006, <http://www.dpmc.govt.nz/sites/all/files/reports/the-cabinet-manual-evolution-with-time.pdf>.

<sup>63</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », op. cit., p. 97.

<sup>64</sup> R. KITTERIDGE, « The Cabinet Manual: Evolution with Time », art. cit.

<sup>65</sup> J. MCLAY, « 1984 and All That: Opening Address to the EmpowerNZ Workshop », *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 10, 2012, p. 267 à 286.

<sup>66</sup> I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, University of Londres Press, 1959, p. 102.

devaient guider le gouvernement semblaient « la bonne chose à faire<sup>67</sup> », comme un appel à la bonne foi.

Les événements de juillet 1984 appelleront une formalisation plus attentive de la règle dans les *Cabinet manuals*<sup>68</sup> successifs et une tentative de résolution par l'adoption de l'article 6 dans le *New Zealand Constitution Act 1986*<sup>69</sup>.

L'analyse historique qui vient d'être conduite permet de mettre en lumière la difficulté qui peut exister dans la définition d'une convention. En effet, constitutionnellement parlant, rien n'empêche un gouvernement au pouvoir de prendre des décisions. Rien ne l'en empêche, si ce n'est la retenue qui doit être observée. Cette réserve découle de l'obligation liée d'une part au principe démocratique du gouvernement responsable et d'autre part au principe de réciprocité. L'absence d'une chambre populaire impose le respect du principe de retenue.

Par ailleurs, il est intéressant de souligner que ces règles n'ont été formalisées que dans la seconde partie du XX<sup>ème</sup> siècle.

Après avoir défini un cadre général, il est maintenant intéressant de s'attarder sur la durée de cet intérim gouvernemental.

La pratique dans les dominions et en Angleterre révèle des approches différentes. Pour autant, ces règles et pratiques semblent guidés par le bon sens. L'apparition de nouveaux phénomènes comme les *hung parliaments*, parlements sans majorité apparente à l'issue du scrutin a conduit à entretenir le débat sur la portée des règles non codifiées applicables en période de transition.

---

<sup>67</sup> J. MCLAY, « 1984 and All That: Opening Address to the EmpowerNZ Workshop », art. cit.

<sup>68</sup> Article 6.24 du *New Zealand Cabinet Manual 2008*, New Zealand Government, Cabinet Office, Department of Prime Minister and Cabinet, Wellington, avril 2008.

<sup>69</sup> K. J. KEITH, « Constitutional Development – an Introduction », *Victoria University of Wellington Law Review* vol. 15, 1985, p. 5 à 11.

## Sous-Section 2 : la durée variable de la période de transition

La période de transition connaît des durées variables et notamment des débuts sensiblement différents. Chacun des dominions débute la période de transition à partir de la date de la dissolution (parfois au-delà de la date de la dissolution). L'élément original et particulier se retrouve dans les opérations post-électorales. En effet, l'apparition du phénomène des parlements sans claire majorité (*hung parliament*) a forcé chacun de ces régimes parlementaires à étendre le champ d'application des conventions de transition au-delà de la date du scrutin, le temps de la formation du futur gouvernement.

### A – L'annonce de la dissolution, point de départ de la transition (la période pré-électorale)

La littérature, ou les *cabinets manuals* par exemple, précisent, dans une large mesure<sup>70</sup>, le début de la période de transition. La période d'intérim débute à la date de la dissolution de la chambre populaire et dure jusqu'à ce que le résultat des élections législatives soit connu. Elle prend fin s'il est établi que le gouvernement dispose de la majorité à la chambre ou dans le cas d'un changement de majorité, cette période de transition dure jusqu'à ce que le nouveau gouvernement entre en fonction.

Le Queensland, par exemple, souligne qu'une attention et une retenue particulière doivent être exercées entre l'annonce et la dissolution effective de l'Assemblée Législative<sup>71</sup>. Il est intéressant de préciser que le début de la période de transition est annoncé par le responsable administratif des services du cabinet<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> *A contrario*, le point 2.27 du *Cabinet Manual* britannique ne précise pas exactement le début de la période de transition. Au contraire le document souligne que le Cabinet reste pleinement à la direction du gouvernement durant cette période, tout en ajoutant qu'il est « de convention d'observer une certaine retenue durant la période précédant directement les élections ». Voir *The Cabinet Manual – A Guide to Law, Conventions and Rules on the Operation of Government (UK)*, Cabinet Office, 1er octobre 2011, p. 17 et suivantes.

<sup>71</sup> Point 9.2 du *Queensland Cabinet Handbook, Governing Queensland*, Department of Premier and Cabinet, Brisbane, avril 2015, p.119.

<sup>72</sup> Point 9.3 du *Queensland Cabinet Handbook, Governing Queensland*, Department of Premier and Cabinet, Brisbane, avril 2015, p.120.

Dans le même sens, pour la Nouvelle-Galles du Sud<sup>73</sup>, la Tasmanie<sup>74</sup> et l'Etat de Victoria<sup>75</sup>, la période de transition débute à l'expiration du mandat de l'Assemblée législative ou dès sa dissolution.

Le Territoire de la Capitale Australienne prévoit une période de 37 jours précédant la date d'appel aux urnes<sup>76</sup>. L'Australie-Méridionale<sup>77</sup> ou l'Australie-Occidentale<sup>78</sup> prévoient précisément que la période de transition débute dès l'émission des brefs d'élections<sup>79</sup> par le gouverneur et prend fin au moment où le résultat des élections est clair. La clarté des résultats se comprend comme la certitude que le gouvernement au pouvoir conserve une majorité à la Chambre, ou qu'une nouvelle majorité issue des urnes formera un gouvernement. Enfin, le Territoire du Nord est le seul à prévoir expressément que la période de transition débute à la date de la prorogation de l'Assemblée législative<sup>80</sup>. En effet, en pratique, les parlements sont prorogés avant d'être dissous. Bien souvent, ces deux étapes sont réunies en un seul et même acte, pris par les exécutifs locaux ou nationaux<sup>81</sup>.

Au niveau fédéral, rappelons que la durée normale de la législature est de trois<sup>82</sup> ans. Cette période peut être interrompue par une dissolution prononcée par le

---

<sup>73</sup> « Caretaker » *Conventions and Other Pre-Election Practices – 2015 General State Election*, New South Wales Government, Department of Premier and Cabinet, 20 novembre 2014, p. 3. Avant les élections de 1991 le Directeur général des services du Premier ministre a adressé un mémorandum à tous les chefs de services soulignant « qu'avec l'envoi des brefs d'élections de nouvelles conventions s'appliquent à compter de cette date. L'objectif de ces conventions est d'assurer que les décisions prises par le nouveau Cabinet ne soient pas prématurées. Il convient d'appliquer scrupuleusement les deux principes suivants : 1. Aucune nomination à un poste de haut fonctionnaire ne devra être faite entre l'envoi des brefs d'élection et la formation du nouveau gouvernement. 2. Les grands contrats qui ne seraient pas nécessaires et qui n'auraient pas été annoncés avant la période électorale doivent être reportés jusqu'à la formation d'un nouveau gouvernement », RG Humphry 3 mai 1991, cité dans G. WINTERTON, « Tasmania's Hung Parliament 1989 », *Public Law*, 1992, p. 423 à 451.

<sup>74</sup> *Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of the Government during the Caretaker Period – State Election 2014*, Tasmania Government, Department of Premier and Cabinet, janvier 2014, p. 1.

<sup>75</sup> *Guidelines on the Caretaker Conventions – Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, Victoria, Department of Premier and Cabinet, 2009, p. 5.

<sup>76</sup> *Australian Capital Territory – 2016 General Election – Guidance on Caretaker Conventions*, ACT Government, décembre 2015, p. 3-4. Il est intéressant de relever également que le document renvoie au *Electoral Act 1992* pour fixer la date des élections.

<sup>77</sup> *Caretaker Conventions and Pre-Elections Practices – Guide for South Australian Government Agencies*, Government of South Australia, Department of the Premier and Cabinet, janvier 2014, p. 4.

<sup>78</sup> *Caretaker Conventions – Guidelines Applying in Western Australia During the State General Election Period*, Government of Western Australia, Department of Premier and Cabinet, 2013, p. 5.

<sup>79</sup> Brefs d'élections : documents officiels indiquant les dates de fin de scrutin, et le retour des résultats.

<sup>80</sup> *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Chief Minister, Northern Territory Government, 2013, p. 1.

<sup>81</sup> Entre 1998 et 2010, la pratique est admise en Australie de ne prendre qu'un acte pour la prorogation et la dissolution (une exception toutefois, en 2007, deux actes furent adoptés fixant la prorogation et la dissolution à la même date), H. EVANS, R. LAING, *Odger's Australian Senate Practice*, 13<sup>ème</sup> éd., Canberra, CanPrintsCommunications PtyLtd, 2012, p. 645.

<sup>82</sup> Art. 28 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*.

gouverneur-général<sup>83</sup>. A la suite de cette annonce de dissolution, le gouverneur-général émet les brefs d'élections<sup>84</sup>. L'absence de règles précises et claires relatives à l'articulation entre dissolution et émission des brefs d'élections a conduit à une modification du *Commonwealth Electoral Act 1918*<sup>85</sup>. Ainsi, la durée exacte de la période de transition<sup>86</sup> n'est pas uniforme.

Cette période a bénéficié, au niveau fédéral, de la modification des règles relatives à l'adoption des brefs d'élections et la précision des dates du scrutin. La période de transition prend fin dès que le gouvernement est reconduit ou jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement prenne ses fonctions.

Le Parlement de Nouvelle-Zélande opère selon une logique monocamérale depuis 1950, qui ne peut excéder trois ans. La transition débute à la date de la dissolution de la Chambre des représentants. La convention ne trouve à s'appliquer avant les élections que dans le cas où le gouvernement a perdu la confiance de la chambre<sup>87</sup>. Cependant, les gouvernements ont pris l'habitude d'exercer une certaine réserve et retenue dans la période précédant directement l'élection<sup>88</sup>. Si la Chambre des représentants parvient à son échéance normale, la période de transition débute trois mois avant l'élection générale<sup>89</sup>. Si la dissolution est prononcée avant le terme normal, la période de retenue durera de l'annonce de la dissolution à l'élection générale<sup>90</sup>.

---

<sup>83</sup> Art. 5 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* dispose que le gouverneur-général prononce la dissolution ou l'article 57 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* dispose qu'en cas de désaccord persistant entre les chambres il peut être procédé à une double dissolution.

<sup>84</sup> Lors des élections fédérales australiennes de 1983, Malcolm Fraser fut accusé d'avoir manipulé la convention relative à l'émission des brefs d'élections. Ce contentieux donna lieu à la décision de la Haute cour *R. v Pearson ; Ex parte Spika*, [1983] HCA6, 24 février 1983, (1983) 152 *Commonwealth Law Reports* 254.

Voir l'analyse de John Crowe et Peta Stephenson: J. CROWE, P. STEPHENSON, « An Express Constitutional Right to Vote? The Case for Reviving Section 41 », *Sydney Law Review*, vol. 36, 2014, p. 205 à 230.

<sup>85</sup> Modification de la loi en 1983 avec l'introduction d'un article 155 qui dispose que les élections auront lieu le septième jour suivant l'adoption des brefs d'élections.

<sup>86</sup> Cette difficulté a donné lieu à des controverses. Le 30 août 2004, un comité spécial du Sénat australien fut réuni afin de conduire une série d'auditions relatives aux demandeurs d'asile. Ces auditions se sont tenues alors que le Premier ministre avait annoncé les élections la veille. Pour justifier la poursuite de son travail le Sénat souligna que les brefs d'élections n'avaient pas encore été émis. Ils le furent le 31 août 2004.

<sup>87</sup> *New Zealand Cabinet Manual 2008*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>88</sup> *Guidance for the 2014 Election Period: States Servants, Political Parties, and Elections*, New Zealand Government, State Services Commissions, p. 4.

<sup>89</sup> *New Zealand Cabinet Manual 2008*, *loc cit.*, p. 76

<sup>90</sup> *New Zealand Cabinet Manual 2008*, *op cit.*, p. 77.

Enfin, le cas du Canada, déjà souligné, est particulier par la rareté des documents officiels à la disposition du public. Seul un document est disponible sur le site du gouvernement d'Ottawa<sup>91</sup>. L'argument invoqué est tiré de l'idée que les conventions qui opèrent lors d'une transition ont souvent été l'objet de controverses. Bien que légitime, cet argument ne paraît pas justifier une telle opacité<sup>92</sup>. Les *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale* soulignent clairement que la période de transition « commence dès que le gouvernement perd en raison d'un vote de confiance ou que le Parlement est dissous. Elle prend fin avec l'assermentation d'un nouveau gouvernement ou quand les résultats d'une élection reportent un gouvernement sortant au pouvoir ». Il est ainsi intéressant de souligner que la retenue n'opère que dans le cas où le gouvernement au pouvoir a effectivement perdu la confiance de la Chambre des communes. Cette vision restrictive, valable à une certaine époque, est depuis battue en brèche par une vision plus réaliste de la règle<sup>93</sup>.

Cette redéfinition confirme que le gouvernement exerce, dans une période pré-électorale, une certaine retenue. La différence est tenue entre un gouvernement qui a perdu son pouvoir de gouverner parce qu'il a perdu les élections ou qu'il a été défait à la Chambre des communes. Cela s'explique par le fait que le gouvernement est soumis en réalité à la pression de l'opinion. Les choix du gouvernement sont alors scrutés et cette « exposition directe » le conduirait à la prudence<sup>94</sup>.

Les précédents historiques portent essentiellement sur des exemples liés aux nominations ou aux décisions politiques d'une importance certaine et n'emportant pas un consensus.

---

<sup>91</sup> *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil Privé, août 2015, <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=convention&doc=convention-fra.htm>.

<sup>92</sup> M. JARVIS, « Why Does Canada Not Disclose Its Rules Concerning « Caretaker » Government ? », *National Post*, 4 avril 2015. Par ailleurs, il apparaît que seul le gouvernement fédéral ait mis à disposition les lignes directrices. Aucun document n'est publiquement accessible s'agissant des provinces. Les documents obtenus pour la Colombie Britannique et l'Ontario l'ont été grâce à la bonne volonté des exécutifs provinciaux.

<sup>93</sup> J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », art. cit.

<sup>94</sup> J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », art. cit.

Pour les provinces, des mémorandums internes sont adressés avec des dates précises<sup>95</sup>.

L'intérêt de la convention précédant les élections réside dans le fait de priver le gouvernement d'un avantage certain par rapport aux autres partis politiques. Le gouvernement ne doit pas faire usage des moyens à sa disposition, comme l'administration et les services de l'Etat afin d'avantager un parti, un candidat ou un programme politique.

La convention en période pré-électorale trouve à s'appliquer aux annonces à caractère politique. On admet toutefois que le gouvernement au pouvoir continue à communiquer avec le public sur des questions d'une importance certaine comme, par exemple, la défense et les affaires étrangères<sup>96</sup>. Il est également admis que, le gouvernement continue à communiquer aux moyens des services de l'Etat sur des « *chantiers politiques* » en cours. Encore faut-il que ceux-ci aient été engagés avant l'annonce des élections<sup>97</sup>.

Le Canada propose sur cette question une distinction intéressante entre « *les annonces des ministres en lien avec les affaires courantes* » d'une part et « *les annonces à caractère partisan* », d'autre part<sup>98</sup>. Les documents officiels distinguent la prise de décision du moment où celle-ci est publiquement annoncée. Cette distinction revêt une certaine importance en ce qu'elle permettrait à un gouvernement de bénéficier de « *l'effet d'annonce* » d'une nouvelle politique pendant la période de l'élection (si tant est que cette nouvelle politique ait été décidée avant l'annonce de la dissolution et des nouvelles élections)<sup>99</sup>. On ne peut que souligner le manque de clarté de cette

---

<sup>95</sup> Le mémorandum du 5 mai 2014 indique une date de début au 7 mai pour la Province de l'Ontario. Le mémorandum du 15 mars 2013, indique la date d'émission des brefs d'élections du 16 avril 2013 comme début de l'intérim pour la Colombie Britannique.

<sup>96</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p.44.

<sup>97</sup> Tel est notamment le cas pour les Etats de Victoria ou du Queensland.

<sup>98</sup> Point 2, « maintien des activités gouvernementales », *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Bureau du Conseil privé, Ottawa, août 2015.

<sup>99</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p.36.

Point 2.3 *Guidelines on the Caretaker Conventions – Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, Victoria, Department of Premier and Cabinet, 2009, p.6.

composante de la convention. En effet, il est difficile d'arrêter la date précise à laquelle une décision a été prise et *a fortiori* d'établir de façon certaine que l'annonce de la nouvelle politique n'oppose pas à la règle de retenue normalement applicable. Ce flou dans la règle contribue à donner un avantage indirect au parti au pouvoir.

Aussi, la convention de transition s'applique, normalement, de l'annonce de l'élection à celle des résultats. Cependant, il arrive, de plus en plus, que les élections ne fassent pas ressortir de majorité claire. La situation, dans laquelle aucun parti ou aucune formation politique, ne parvient à obtenir une majorité de sièges au sein de la chambre basse se produit de plus en plus fréquemment. Les *hung parliaments* sont un élément récemment entré dans le paysage institutionnel des dominions. Issu de l'introduction du système proportionnel en Nouvelle-Zélande ou en Tasmanie<sup>100</sup>, il est le produit des urnes dans le cas de l'Australie, du Canada ou de l'Angleterre.

Cette incertitude quant à la formation du gouvernement a conduit au maintien de la période de transition au-delà de l'élection. Ainsi, de nouvelles conventions post-électorales se sont développées en tenant compte de cette nouvelle donnée.

### B – Les *hung parliaments* : prolongement de la période de transition au-delà des élections

Les élections ne produisent pas nécessairement de résultats clairs. A l'issue du scrutin, il n'est pas certain que le gouvernement au pouvoir conserve la majorité de la future chambre populaire. *A contrario*, il n'est pas certain qu'un nouveau gouvernement puisse être formé sans une coalition. Le Parlement semble sans « claire majorité<sup>101</sup> », il est alors nécessaire de maintenir les conventions de la transition jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement émerge.

---

<sup>100</sup> Révision de 1993 pour la Nouvelle-Zélande et introduction du système en Tasmanie en 1977.

<sup>101</sup> C. MORRIS, « The Governor-General, The Reserve Powers, Parliament and MMP: A New Era », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 25, 1995, 345 à 372.

Le prolongement, le maintien de la période de transition est apparu avec le développement du phénomène de *hung parliament*<sup>102</sup>.

Ce nouveau phénomène pour l’Australie<sup>103</sup> et l’Angleterre est, dans le cas de la Nouvelle-Zélande et du Canada (depuis 2004 notamment), pleinement intégré par le gouvernement. La nouveauté du phénomène explique le fait que la question du maintien de la convention de transition ne se soit posée que très récemment<sup>104</sup>.

Les élections du Parlement de Tasmanie du 18 mai 1989 n’ont pas permis d’identifier un parti majoritaire<sup>105</sup>. Le *Liberal party* du Premier ministre sortant Robin Gray conservait la majorité des sièges et son parti était le dernier à avoir obtenu la confiance de la chambre populaire. Il semblait dès lors évident que ce dernier conserverait le mandat accordé par le Gouverneur Sir Phillip Bennett. Au lendemain des élections, les partis les plus importants ont tenté de conclure un accord avec les indépendants. Du côté du *Liberal party*, les négociations sont restées vaines, ce qui ne fut pas le cas du *Labor party*. Les deux formations politiques ont formalisé un accord donnant ainsi la majorité à l’opposition. L’élément singulier de cette situation réside dans le fait que la coalition entre les partis d’opposition n’est apparue qu’après le scrutin. Si cette entente avait été une composante de l’élection, le résultat n’aurait posé aucune difficulté. Compte tenu de cela, il aurait été souhaitable que le Premier ministre Gray démissionne avant que le nouveau parlement ne se réunisse<sup>106</sup>. Or, en l’absence d’une majorité unique ou composite, le gouvernement au pouvoir durant la période électorale était en droit d’attendre un vote de défiance au retour de la Chambre populaire<sup>107</sup>. L’importance de maintenir le dernier gouvernement ayant disposé de la confiance de la chambre basse, réside dans l’idée qu’une coalition de dernière minute

---

<sup>102</sup> Le phénomène n’est pas nouveau, la question nouvelle qui se pose ici est celle de l’absence d’une majorité claire à la chambre populaire en lien avec le travail du gouvernement durant la période de transition. Murphy souligne : « *lorsque le résultat des élections générales n’est pas certain le gouvernement reste au pouvoir en qualité d’intérimaire* ». Cette formulation donne des éléments sur le comportement à adopter par le gouvernement, pas sur la durée de la transition.

<sup>103</sup> G. DAVIS, A. LING, B. SCALES, R. WILKINS, « Rethinking Caretaker Conventions For Australian Governments », *Australian Journal of Public Administration*, vol. 60, n°3, 2001, p. 11 à 26.

<sup>104</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », art. cit., p. 100.

<sup>105</sup> Le *Liberal party* est « arrivé en tête » avec 17 sièges, le *Labor party* totalise 13 sièges et les *Green Independents* 5 sièges.

<sup>106</sup> En application d’une règle attribuée à Disraeli en 1868, I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, op. cit. p. 73.

Un contre-exemple à cette règle, le Premier ministre de l’Australie Méridionale en avril 1968 ne démissionna pas avant d’avoir été censuré.

<sup>107</sup> Ainsi Robin Gray essuya une motion de censure constructive le 28 juin 1989. Ce fut également le cas en Ontario en 1985.

peut ne pas aboutir. Dès lors, un changement de commission trop rapide pousserait le Chef de l'Etat à se déjuger. Ainsi, cela justifie le fait que la transition dure de l'annonce de la dissolution à la date d'entrée en fonction du nouveau gouvernement. Le gouvernement continuera à conseiller le chef de l'Etat et limitera son action à l'administration des affaires courantes en évitant toute décision susceptible d'engager le gouvernement. Le point le plus important réside dans le fait qu'un parlement sans majorité prive le gouvernement de toute légitimité<sup>108</sup> Cette formulation plus large tient compte des éventuelles difficultés inhérentes à la formation d'un gouvernement en l'absence d'une majorité claire.

Les élections dans l'Etat de Victoria en 1999 ont également conduit à une période de transition d'un mois. Cette durée considérée comme excessive<sup>109</sup>, particulièrement difficile pour l'administration, a renouvelé le besoin de codification<sup>110</sup>.

On relèvera également que la formation d'un gouvernement minoritaire n'entraîne que rarement des blocages institutionnels dans les provinces ou les Etats australiens<sup>111</sup>.

L'introduction en 1993 du système de représentation proportionnelle<sup>112</sup> en Nouvelle-Zélande entraîna le développement des gouvernements minoritaires. Cette singularité institutionnelle permet d'insister sur l'importance des pratiques institutionnelles entourant une transition et sur le rôle central échu au Vice-roi dans la formation du gouvernement. En 1996, l'impossibilité de former un gouvernement minoritaire a conduit à une période de transition de neuf semaines. Cette durée excessive a conduit le gouvernement néo-zélandais à adopter une circulaire concernant

---

<sup>108</sup> G. DAVIS, A. LING, B. SCALES, R. WILKINS, « Rethinking Caretaker Conventions For Australian Governments », art. cit.

<sup>109</sup> Durant cette période s'ajoute le décès d'un candidat le jour de l'élection, imposant la tenue d'une élection partielle.

<sup>110</sup> G DAVIS, A LING, B SCALES, R WILKINS, « Rethinking Caretaker Conventions For Australian Governments », art. cit.

<sup>111</sup> G. WINTERTON, « Tasmania's hung Parliament, 1989 », art. cit.

En Nouvelle-Galles du Sud, l'élection de 1991 provoquera une crispation rapidement dissipée durant la période post-électorale.

<sup>112</sup> Sur les effets du système de représentation proportionnelle : P. JOSEPH, « MMP and the Constitution », *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 7, 2009, p. 111 à 134. Voir également M. CHEN, « Remedying New Zealand's Constitution in Crisis: Is MMP part of the Answer? », *New Zealand Law Journal* 1993, p. 22 à 39.

la conduite à tenir en période post-électorale<sup>113</sup>, afin de guider les membres du gouvernement mais également les fonctionnaires.

Le système électoral de l'Australie et de l'Angleterre favorisant l'apparition d'une majorité, la question des gouvernements minoritaires ne s'est posée que rarement. Elle est apparue, dans les deux cas, lors des élections générales de 2010.

Le caractère inédit de cette conjoncture électorale a poussé l'exécutif australien à adopter un document uniquement consacré à la période post-électorale et à la consultation entre l'administration et le pouvoir politique<sup>114</sup>. Ce document frappe par son contenu uniquement destiné aux membres de l'administration. En effet, dans un souci de transparence les membres de l'administration sont autorisés, après l'aval du Premier ministre et information au chef de l'opposition, à communiquer, sur des données exclusivement factuelles, avec les membres des partis indépendants<sup>115</sup>.

L'Angleterre dut, à la hâte, adopter un document posant les règles de la période de transition au-delà des élections. Sur le modèle des circulaires australiennes et néo-zélandaises, il s'agit surtout de guider l'administration dans ses rapports avec les partis politiques<sup>116</sup>. L'absence de formalisation précise des règles, en période post-électorale, relance le débat et l'importance d'une reconnaissance de la règle<sup>117</sup>.

La règle de prudence et de retenue qui guide la convention de transition tend à s'appliquer jusqu'à ce que le nouveau gouvernement soit assuré de la confiance de la chambre basse, dans l'hypothèse où le résultat des urnes ne le révèle pas clairement. La logique reste la même, il s'agit d'éviter pour le gouvernement au pouvoir d'une part,

---

<sup>113</sup> *Constitutional Procedures After The Election*, Cabinet Office Circulars, 28 juillet 2014 (pour la dernière version en date).

<sup>114</sup> *Guidelines for Post-election Consultations with Independents Members*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2010.

<sup>115</sup> La communication entre les hauts fonctionnaires et les membres de l'Opposition est admise dès l'annonce de la dissolution ou de l'élection. Il s'agit de tenir informé un « éventuel » gouvernement. Par exemple voir point 2.21 (p.16) du *Cabinet Manual (UK), a guide to laws, conventions, and rules on the operation of government*, Londres, Cabinet Office, octobre 2011. Point 8.16 (p. 111) du *New Zealand Cabinet manual*, Cabinet Office, Department of Prime Minister and Cabinet, juin 2008.

<sup>116</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », art. cit., p. 102.

<sup>117</sup> Public Policy Forum 2012, *Towards Guidelines on Government Formation: Facilitating Openness and Efficiency in Canada's Governance*, Final report.

<https://www.ppforum.ca/sites/default/files/Towards%20Guidelines%20on%20Government%20Formation-Eng%20May%2031-21.pdf>.

d'engager son successeur dans une politique qui n'aurait pas été souhaitée et d'autre part, de tirer avantage de sa position. A cela, s'ajoute un besoin de transparence, pour la conduite de l'Etat, mission qui incombe au personnel de l'administration. Alors que les usages de la période électorale semblent bien établis et fondés sur une logique de réciprocité et de responsabilité, tel n'est pas le cas dans la période post-électorale. La période s'ouvrant après les élections comporte une part d'inconnue. Certains auteurs insistent sur le besoin de limiter les risques en défendant une volonté de codifier ces règles<sup>118</sup>.

Le développement de guides et circulaires souligne la nature hybride de cet usage institutionnel. En effet, en l'absence de mécanisme de responsabilité politique, les fonctionnaires deviennent les gardiens de la neutralité institutionnelle.

### **Sous-Section 3. Une pratique institutionnelle de nature hybride**

Les événements rapportés plus haut mettent en lumière toute la difficulté qui existe dans la qualification d'une règle institutionnelle non codifiée. Alors que la convention de la constitution se définit comme une règle visant à faciliter le fonctionnement des institutions dont la sanction est politique, l'absence d'une chambre basse devant laquelle le gouvernement serait responsable, semble priver les règles de la transition de cette valeur de convention. En effet, l'absence de chambre populaire rend, de fait, le gouvernement irresponsable. Cette irresponsabilité fait des fonctionnaires les remparts contre les abus éventuels du gouvernement.

#### A – Une règle liée à l'art de gouverner

Les exemples de tensions qui seront développés plus loin mettent en lumière la difficulté qui existe dans l'appréciation des règles entourant la période électorale et la

---

<sup>118</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 261.

formation du gouvernement. En effet, à compter de la dissolution, la chambre basse cesse de contrôler le gouvernement. Toute la difficulté réside dans cette absence de contrepoids aux décisions du cabinet. Les règles qui entourent une élection sont une déclinaison, une mise en pratique, une incarnation du fondement constitutionnel sur lequel repose le système de gouvernement de Westminster : le gouvernement responsable.

Le fondement, selon lequel le gouvernement demeure responsable devant le Parlement, est maintenu et l'obligation de retenue, qui incombe au gouvernement en période électorale, est une application de ce principe. La règle du gouvernement responsable devient une règle de *fair play* politique. Une violation de la règle de retenue en période de transition ne peut, en soi, aboutir à une censure du gouvernement, mais à une condamnation par l'opinion publique, première étape d'une éventuelle défaite électorale<sup>119</sup>. La règle de la transition se résume à une idée de réciprocité. En effet, les gouvernements seront enclins à exercer une part de retenue et de réserve dans la prise de décision, de même qu'à consulter les membres de l'opposition dans le processus de prise de décision. La consultation de l'opposition ne s'entend pas comme une demande d'avis conforme. Il s'agit uniquement d'un moyen de maintenir, d'une part, un semblant de transparence et d'autre part, la continuité dans les affaires de l'Etat<sup>120</sup>. Cela souligne également que l'opposition porte en elle les germes d'un gouvernement potentiel. Tout l'enjeu pour un gouvernement est de continuer à gouverner, sans prendre de décisions qui seraient perçues, notamment par les électeurs, comme une violation de la règle de prudence.

La seule véritable sanction pour le gouvernement est, au-delà de la conséquence électorale et politique, une condamnation morale<sup>121</sup>. L'argument de la violation de la

---

<sup>119</sup> La défaite du Parti conservateur aux élections fédérales de 1993 au Canada est imputée à une violation de la convention de transition, voir, J. WILSON, Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada, art. cit.

A. HEARD, « Conventions constitutionnelles et les campagnes électorales », art. cit.

<sup>120</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 243.

<sup>121</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 17

convention devient un argument politique<sup>122</sup> mis en avant par l'opposition pour faire valoir le manque d'éthique du gouvernement et, par voie de conséquence, son incapacité à gouverner, à être maintenu au pouvoir.

Les directives et circulaires insistent, à l'image de la lettre de Mackenzie King, sur le fait qu'en cas de doute sur une éventuelle violation de la règle en vigueur au moment d'une transition, seul le chef du gouvernement est habilité à trancher la question. Cet élément met en lumière la nature politique de la règle de la transition, le Premier ministre demeure l'ultime décideur<sup>123</sup>. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir qui peut, au-delà de la sanction morale ou politique assurer le maintien du *statu quo*.

De nombreux auteurs s'accordent sur le rôle central des membres de l'administration. Les fonctionnaires sont, d'une part, les « gardiens autoproclamés » de la convention mais aussi de la neutralité du gouvernement<sup>124</sup>. Le rôle qui est accordé aux fonctionnaires est, d'autant plus important que, ces derniers, par la reconnaissance des règles dans les circulaires et directives, agissent comme la mémoire vivante des institutions. Ils enrichissent au gré des élections les règles non codifiées relatives à la transition.

Assurément, la place de l'administration est renforcée en période de transition. Pour autant, cette place renouvelée n'implique aucunement que les fonctionnaires endossent, pendant cette période incertaine, la responsabilité des décisions qui seraient prises par le gouvernement<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>123</sup> A. HEARD, « Conventions constitutionnelles et les campagnes électorales », *art. cit.*

Cette idée est confirmée par l'ensemble des directives et circulaires qui prennent le soin de préciser que la décision demeure *in fine* avec le pouvoir politique.

<sup>124</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », *art. cit.*, p 91.

<sup>125</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia : an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, *op. cit.*, p. 244.

La mission de l'administration remplace celle de l'organe législatif. Il ne s'agit pas, ici, de sanctionner le gouvernement, mais de préserver une part de neutralité contre les pressions du pouvoir politique.

### B – Le rôle grandissant des fonctionnaires : gardiens du *statu quo*

La nature particulière de la règle non codifiée, qui organise la période électorale et la formation du gouvernement, met en lumière l'existence d'une règle hybride. Cette règle est de nature politique par essence. Le premier ministre reste le seul à prendre les décisions finales. Il est le dernier maillon du commandement jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement soit formé et dispose de la confiance de la chambre populaire.

Politique, cette règle ne l'est pas seulement. En effet, il s'agit également d'une convention « *de nature administrative*<sup>126</sup> ». Ce caractère administratif est révélé par deux éléments centraux :

- le fait que les fonctionnaires et le personnel de l'administration deviennent une cheville indispensable de la neutralité de l'Etat en période électorale ;
- les documents et directives qui reconnaissent et officialisent la convention insistent particulièrement sur le comportement attendu des agents publics.

Elevée au rang de gardien de la neutralité de l'Etat, l'administration n'en reste pas moins soumise au choix du politique. Les agents de l'Etat sont pris entre deux obligations qui paraissent contradictoires : d'une part, l'obligation d'obéir aux titulaires du pouvoir politique, d'autre part, éviter que le gouvernement ne tire un avantage excessif de la situation.

La reconnaissance des règles de la convention, au-delà de l'intérêt qu'elles représentent pour le pouvoir politique, permet d'établir un standard de comportement

---

<sup>126</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p. 4.

pour les fonctionnaires. Ces directives entendent organiser les rapports entre les fonctionnaires et les équipes ministérielles, permettant de préserver une certaine neutralité<sup>127</sup>. Les documents à notre disposition soulignent souvent que les fonctionnaires ne peuvent faire usage des moyens dont ils disposent pour promouvoir un candidat ou faire campagne eux-mêmes<sup>128</sup>.

Bien souvent les agents publics sont soumis à une règle d'incompatibilité qui les empêche d'être candidat ou d'occuper un poste électif<sup>129</sup>. Les codes de conduite ou les

---

<sup>127</sup> R RHODES, J WANNA, P WELLER, *Comparing Westminster*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 182.

<sup>128</sup> Pour la Nouvelle-Zélande: *Guidance for the 2014 Election Period : State Servants, Political Parties and Elections* Issued by the State Services Commissioner, New Zealand Government, février 2014, p.6.

Les lignes directrices du Canada ne font pas expressément référence à la neutralité mais à « l'impartialité », *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, août 2015,

<http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=convention&doc=convention-fra.htm>

Le mémorandum de l'Ontario insiste sur le fait que les fonctionnaires ne doivent pas soutenir un ministre ou un membre du Parlement en tant que candidat. Les fonctionnaires sont encouragés à faire preuve de discernement, Mémorandum du gouvernement de l'Ontario, 5 mai 2014, p.3.

Le mémorandum du 5 mai 2014 insiste sur la neutralité des fonctionnaires en période électorale en application du *Public Service of Ontario Act*. Mémorandum du Secrétariat du Conseil des ministres de l'Ontario en date 5 mai 2014, p. 2.

Le mémorandum du 15 mars 2013 du Gouvernement de Colombie Britannique souligne que les fonctionnaires doivent exercer leur fonction avec impartialité en application du *Standards of Conduct for Public Service Employees - Human Resources Policy 09* (mis à jour en mai 2016). Ce document souligne que les fonctionnaires peuvent s'engager dans une activité politique hors des heures de travail.

Pour le *Commonwealth* : il est rappelé sur le fondement du *Public Service Act 1999* et de l'*Australian Public Service Code of Conduct* la « valeur d'impartialité » à laquelle sont tenus les fonctionnaires. Ces derniers sont également invités à faire preuve de discernement dans leurs contacts avec les équipes ministérielles. Point 6.4 du *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2016, p.7.

Les directives applicables en Australie Occidentale soulignent dans le point 14.2 que les fonctionnaires doivent se comporter en « guides » et user de discernement (point 14.6), *Caretaker Conventions, Guidelines Applying in Western Australia during the State General Election*, Department of the Premier and Cabinet, Government of Western Australia, 2013, p. 14-15.

Le point 4(m) des directives applicables au Territoire de la Capitale Australienne (p. 12) insiste sur « la perception de l'impartialité des fonctionnaires » (renvoi au *Public Sector Management Act 1994*). L'annexe 1, point 3 renvoi à « l'intégrité et l'impartialité des fonctionnaires » (p. 14), *Guidance on Caretaker Conventions*, 2016 General Election, Australian Capital Territory Government, Décembre 2015.

Le point 9.5 des directives applicables au Queensland insiste sur le besoin de préserver l'impartialité des fonctionnaires afin de leur permettre de servir tout gouvernement, *The Queensland Cabinet Handbook, Governing Queensland*, Department of Premier and Cabinet, Brisbane, avril 2015, p.120.

Les point 1.8 et 6.20 des directives applicables à l'Etat de Tasmanie soulignent qu'il est important de préserver la nature apolitique des services de l'Etat, *Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Department of Premier and Cabinet, Tasmania Government, p. 1 ou 13 et suivante.

L'esprit est le même pour l'Etat de Victoria, *Guidelines on the Caretaker Conventions, Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, 2014 Victorian Election, Department of Premier and Cabinet, points 1.11, p. 6 ou 6.33, p. 13.

Le point 3.7 des directives applicables en Nouvelle-Galles du Sud reste plus général et insiste sur l'impossibilité pour un fonctionnaire de faire état de ses opinions, « *Caretaker Conventions and Other Pre-Election Practices*, 2015 General Election, Department of Premier and Cabinet, New South Wales Government, p. 8.

Le point 7. 1 des directives applicables au Territoire du Nord insiste sur le besoin de ne pas utiliser les moyens du gouvernement à des fins politiques, *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Chief Minister, Government of Northern Territory of Australia, mars 2012, p. 13. Le principe de neutralité est rappelé dans le *Northern Territory Public Service employees and elections – Guidelines for public sector employee conduct during election periods and Procedures for contesting Federal, State and Territory or Local Government elections*.

Le point 2.3 des directives applicables à l'Australie Méridionale insiste sur l'impartialité des services de l'Etat, *Caretaker Conventions and Pre-Election Practices, A Guide for South Australian Government Agencies*, Department of Premier and Cabinet, Government of South Australia, janvier 2014, p. 4.

<sup>129</sup> Pour la Nouvelle-Zélande: *Guidance for the 2014 Election Period: State Servants, Political Parties and Elections*, Issued by the State Services Commissioner, New Zealand Government, février 2014, p.7-8.

*Public Service Acts* rappellent l'obligation de neutralité et peuvent prévoir un ensemble de sanctions allant de l'avertissement au licenciement. Anne Tiernan et Jennifer Menzies insistent sur l'idée que cette obligation de neutralité est permanente<sup>130</sup>. Pour autant, elle est renforcée en période électorale et il est attendu des fonctionnaires de promouvoir l'intérêt de l'Etat plutôt que les décisions politiques qui seraient prises<sup>131</sup>. Ces obligations légales sont conçues comme un moyen pour les fonctionnaires de se protéger des pressions qui pourraient être exercées par le pouvoir politique<sup>132</sup>.

D'une façon plus pratique, les directives insistent particulièrement sur les rapports que doivent entretenir les fonctionnaires avec les membres des équipes

---

Les lignes directrices canadiennes insistent sur l'obligation d'obtenir la permission de la Commission de la Fonction Publique. Si cette permission est accordée le fonctionnaire doit prendre un congé sans solde le temps de la campagne et démissionner une fois élu. *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, août 2015, <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=convention&doc=convention-fra.htm>.

L'article 79 du *Public Service Of Ontario Act 2006*, c. 35 organise les cas dans lesquels le fonctionnaire doit obtenir une autorisation de prendre un congé sans solde pour se porter candidat à une élection. L'article 108 de la même loi dispose que le fonctionnaire élu est considéré comme démissionnaire.

Le mémorandum du 15 mars 2013 du Gouvernement de Colombie Britannique souligne que les fonctionnaires doivent obtenir du ministre adjoint un congé sans solde de 90 jours avant le début de l'élection. Si ce dernier est élu, il peut obtenir de la part du *British Columbia Public Service Agency* un congé sans solde d'une durée maximum de cinq ans (p. 8). Tout fonctionnaire nommé ministre de la Couronne est réputé démissionnaire (p. 9).

L'article 44 du *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* dispose que l'on ne peut se porter candidat à une élection fédérale en étant titulaire d'une autre activité rémunérée.

L'article 32 du *Public Service Act 1999 (Commonwealth)* dispose qu'un fonctionnaire doit démissionner de son emploi avant de se porter candidat. Cet article permet à un fonctionnaire qui aurait perdu une élection de retrouver son emploi.

Pour l'Australie Occidentale le point 14.1 des directives souligne qu'un « fonctionnaire qui entend se porter candidat à une élection est encouragé à rechercher auprès d'un conseil indépendant des informations relatives à ses droits et obligations », *Caretaker Conventions, Guidelines Applying in Western Australia during the State General Election*, Department of the Premier and Cabinet, Government of Western Australia, 2013, p. 14.

L'annexe 1 point 24 souligne que les fonctionnaires doivent démissionner afin de participer à une élection. En application des articles 111 et 118 du *Public Management Act 1994* les fonctionnaires ont le droit de retrouver leur emploi sous certaines conditions, *Guidance on Caretaker Conventions*, 2016 General Election, Australian Capital Territory Government, Décembre 2015, p. 17.

Une directive particulière de l'Etat de Queensland liste les cas où une démission est souhaitable (élection fédérale notamment) ou les cas dans lesquels un congé sans solde est envisageable (certaines élections locales) durant une campagne électorale, *Circular 03/14, Public Sector Employees Contesting Elections*, <http://www.psc.qld.gov.au/publications/circulars/assets/2014-3-Public-sector-employees-contesting-elections.pdf>. Cette analyse est la même pour l'Etat de Tasmanie, *Practices, Procedures and Standards n°3 – Contesting Federal, State and Local Elections*, 5 février 2013, point 5, l'Etat de la Nouvelle-Galles du Sud, *Circular C 2013-04 Contesting Elections*, Department of Premier and Cabinet Circular, <http://arp.nsw.gov.au/c2013-04-pscc-2013-03-contesting-elections>.

Le *Northern Territory Public Service employees and elections – Guidelines for public sector employee conduct during election periods and Procedures for contesting Federal, State and Territory or Local Government elections* expose les règles applicables aux fonctionnaires-candidats.

Le point 6 des directives applicables à l'Australie Méridionale souligne que les fonctionnaires souhaitant se porter candidat doivent démissionner avant le début de la campagne. Ils peuvent retrouver leurs fonctions en cas de défaite (interruption considérée comme un congé sans solde), *Caretaker Conventions and Pre-Election Practices, A Guide for South Australian Government Agencies*, Department of Premier and Cabinet, Government of South Australia, janvier 2014, p. 14.

<sup>130</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », art. cit., p.110.

<sup>131</sup> Pour un exemple de formulation positive voir le point 6.1 (p.9) des directives applicables en Tasmanie. Pour un exemple de formulation négative voir le point 6.4 (p.9) des directives applicables dans l'Etat de Victoria.

<sup>132</sup> Dans les cas les plus critiquables de violation des règles de réserve lors d'une transition il est constant qu'une commission d'enquête soit réunie notamment pour connaître la prise de participation des fonctionnaires. Tel a été le cas en 1995, la commission d'enquête du Sénat canadien fut réunie pour se prononcer sur les conditions dans lesquelles les accords de l'aéroport de Pearson furent conclus en 1993. Son enquête mit en lumière des pressions exercées sur les fonctionnaires.

ministérielles. Les fonctionnaires doivent souvent résister aux demandes excessives des membres du gouvernement. Le rôle des fonctionnaires est exercé, à l'image du gouvernement, sur la base d'une retenue. Les conseils et analyses sont limités à des données et éléments factuels<sup>133</sup>. Ils doivent éviter de donner un avis politique sur la mise en place d'une décision. Il est généralement attendu des fonctionnaires qu'ils fassent preuve de discernement. En effet, les directives en vigueur au *Commonwealth* soulignent que « *le fonctionnaire est en droit de refuser une demande faite par le membre d'un cabinet ministériel si celle-ci vise à utiliser les moyens de l'administration pour en tirer un avantage durant la campagne électorale*<sup>134</sup> ». Cela met en lumière le besoin de préserver la neutralité de l'administration. Au surplus, cette obligation de réserve est également applicable aux agences gouvernementales. En effet, il est admis que les responsables des agences exercent le même discernement vis-à-vis des demandes faites par les cabinets ministériels<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Les lignes directrices du Canada font expressément référence à des « renseignements factuels existants », *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, août 2015, <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fr&page=convention&doc=convention-fra.htm>

Le mémorandum du 15 mars 2013 du Gouvernement de Colombie Britannique souligne que les demandes adressées doivent respecter les principes de neutralité et d'impartialité de l'administration.

Pour le *Commonwealth* le point 6.5.1 insiste sur le fait que les ministres peuvent recevoir des informations factuelles, *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2016, p.8.

Les directives applicables en Australie Occidentale soulignent dans le point 11.1.3 que les fonctionnaires ne doivent pas aborder de décisions politiques et se limiter « au fonctionnement du gouvernement », *Caretaker Conventions, Guidelines Applying in Western Australia during the State General Election*, Department of the Premier and Cabinet, Government of Western Australia, 2013, p. 13.

Le point 3(e) des directives applicables au Territoire de la Capitale Australienne insiste sur le fait qu'il serait inadéquat que les informations fournies servent à des fins politiques, *Guidance on Caretaker Conventions*, 2016 General Election, Australian Capital Territory Government, Décembre 2015, p. 6.

Le point 9.6 des directives applicables au Queensland est plus large, il insiste sur le fait que les ministres ne peuvent mettre en place de nouvelles politiques mais peuvent requérir des informations factuelles, *The Queensland Cabinet Handbook, Governing Queensland*, Department of Premier and Cabinet, Brisbane, avril 2015, p.121.

Le point 5.3 des directives applicables à l'Etat de Tasmanie souligne que les ministres doivent continuer à être informés sur la base d'éléments factuels, *Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Department of Premier and Cabinet, Tasmania Government, p. 6.

L'esprit est le même pour l'Etat de Victoria, *Guidelines on the Caretaker Conventions, Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, 2014 Victorian Election, Department of Premier and Cabinet, points 6.39, p. 13.

Le point 2.2 des directives applicables en Nouvelle-Galles du Sud ne s'applique qu'aux agences gouvernementales, « *Caretaker* » *Conventions and Other Pre-Election Practices, 2015 General Election*, Department of Premier and Cabinet, New South Wales Government, p. 5.

Le point 3.3.1 des directives applicables au Territoire du Nord utilise une référence aux « données factuelles », *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Chief Minister, Government of Northern Territory of Australia, mars 2012, p. 6.

Le point 4.1 des directives applicables à l'Australie Méridionale insiste sur l'impartialité des services de l'Etat représentée par le fait de transmettre des données factuelles, *Caretaker Conventions and Pre-Election Practices, A Guide for South Australian Government Agencies*, Department of Premier and Cabinet, Government of South Australia, janvier 2014, p. 8.

<sup>134</sup> Point 6.4.3 du *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2016, p.7.

<sup>135</sup> Voir notamment *Caretaker Conventions and Pre-Election Practices, A Guide for South Australian Government Agencies*, Department of Premier and Cabinet, Government of South Australia, janvier 2014, p. 8.

Cette obligation d'information et de neutralité s'étend au-delà des institutions gouvernementales. En période électorale<sup>136</sup>, il est admis que les membres de l'opposition<sup>137</sup> prennent contact avec l'administration afin d'obtenir des informations sur le fonctionnement du gouvernement. Cette possibilité fait écho au principe de réciprocité sur lequel opère la règle. Pour autant, toute demande doit nécessairement être validée par un membre du gouvernement, au besoin le Premier ministre<sup>138</sup>. Ainsi, ces entretiens (parfois privés<sup>139</sup>) doivent nécessairement se limiter à des questions liées au seul fonctionnement des institutions étatiques<sup>140</sup>. Ils ne peuvent porter sur des questions de nature politique. Ceci souligne la volonté d'assurer la continuité de l'Etat. Jennifer Menzie et Anne Tiernan soulignent que cette possibilité offre malgré tout aux fonctionnaires l'occasion de se rapprocher du futur gouvernement afin d'obtenir une éventuelle promotion<sup>141</sup>.

Aussi, cette double allégeance des fonctionnaires semble mettre en lumière un inversement du mouvement « ordinaire de la convention ». En effet, au lieu d'être à la seule destination du corps politique – faite part, à l'attention de et garantie par le corps politique – les fonctionnaires apparaissent comme les nouveaux garants des conventions de la constitution durant la période de transition.

Cette nouvelle dimension a pu conduire certains auteurs à conclure que la règle de transition représente un exemple de « *dépolitisation des conventions, une exception à la règle relative à l'évolution de la convention par la seule volonté du corps politique*<sup>142</sup> ». Cette conclusion semble quelque peu excessive. En effet, sans nier la dimension particulière de cette pratique et sa singularité en ce qu'elle reconnaît à un

---

<sup>136</sup> Cette pratique s'exerce jusqu'à ce que le résultat des élections soit connu. Parfois, comme en Nouvelle-Zélande, lorsque la formation du gouvernement est plus longue, il arrive que l'opposition soit consultée et ait accès à l'administration au-delà de la période des élections (*Cabinet manual* 2008, p. 111 et suivantes).

<sup>137</sup> Le point 7.5 du *Guidance on Caretaker Conventions* du *Commonwealth* prévoit la procédure de consultation adressée par l'Opposition au gouvernement, p. 11.

<sup>138</sup> Le point 7.5.3(iii) du *Guidance on Caretaker Conventions* du *Commonwealth* prévoit que la demande doit être validée par le Premier ministre (p. 11). Une démarche similaire est prévue au point 4(f) du *Guidance on Caretaker Conventions*, 2016 General Election, Australian Capital Territory Government, Décembre 2015, p. 8-9.

<sup>139</sup> Par exemple point 4(f) du *Guidance on Caretaker Conventions*, 2016 General Election, Australian Capital Territory Government, Décembre 2015, p. 9.

<sup>140</sup> Voir par exemple le point 11.1.3. *Caretaker Conventions, Guidelines Applying in Western Australia during the State General Election*, Department of the Premier and Cabinet, Government of Western Australia, 2013, p. 13.

<sup>141</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, op. cit., p. 53.

<sup>142</sup> J. MENZIES & A. TIERNAN, « Chapt. - 5 Caretaker Conventions », art. cit., p 92.

tiers – l’administration – un rôle particulier, on ne saurait admettre que cette règle non codifiée sorte de la sphère politique. Effectivement, les fonctionnaires sont, à n’en pas douter, gardiens de la neutralité gouvernementale. Pour autant, il est certain que les ministres, notamment le Premier ministre, chef du gouvernement restent, en période d’élection, comme en toutes circonstances l’ultime titulaire du pouvoir de décision. Les fonctionnaires peuvent certes attirer l’attention du gouvernement sur une éventuelle violation de la règle mais ils ne pourront en aucune façon s’opposer à la décision, sans risquer de sanction.

Comme dans le cas de toute convention, une appréciation théorique ne saurait suffire à rendre compte de la profondeur de la règle. Les cas particuliers, qui ont donné lieu à des crises ou des difficultés, dans l’application de la règle de transition, permettent de s’intéresser à la portée (relative) des conventions soumises à la bonne volonté des acteurs politiques. Ces exceptions symbolisent le fait que les règles non codifiées sont davantage liées à l’art politique, à l’art de gouverner plutôt qu’à des normes juridiques rigides.

## **Section 2 : la pratique de la convention de transition, reflet d’une pratique politique**

La période de transition s’étend de la dissolution à la prise de fonction du nouveau gouvernement. Durant cette période, il est attendu que le gouvernement n’engage pas de grands chantiers politiques (**sous-section 1**). Dans le même ordre d’idée, les nominations à des postes importants doivent être repoussées ou réalisées sur la base d’une nomination temporaire avec le consentement de l’opposition (**sous-section 2**). Enfin, le gouvernement en charge des affaires courantes limitera tant que possible l’engagement de l’Etat dans des contrats importants (**sous-section 3**).

Ces trois domaines représentent le corps<sup>143</sup> des limites apportées à la marge de manœuvre d'un gouvernement de transition. Il s'agira d'éviter les controverses et d'essayer de préserver la neutralité de l'administration, d'assurer une transition sereine et pacifiée. Pour chacun des domaines mentionnés, les documents à disposition de l'exécutif arrêtent des définitions précises et des solutions aux éventuelles difficultés qui pourraient apparaître.

### **Sous-Section 1 : la question des décisions politiques « significatives »**

Chacun des systèmes étudiés a développé des instruments afin d'assister le gouvernement et l'administration dans la prise de décision durant cette période « sous tension<sup>144</sup> ». La limite apportée au processus de décision est importante, en ce qu'il s'agira d'éviter que le gouvernement sortant, qui ne sera éventuellement pas reconduit, engage le futur gouvernement dans un choix politique. La logique du système parlementaire britannique repose sur l'idée d'un gouvernement responsable. Il est alors question d'imputation de la responsabilité. Un gouvernement sortant, irresponsable, ne doit pas être en mesure de prendre une décision significative. Par ailleurs, on ne saurait imputer ses choix au gouvernement à venir<sup>145</sup>.

#### A – Contour général de la règle

La réserve que l'on attend d'un gouvernement durant une période de transition s'explique, comme cela a été souligné, par le besoin d'imputer la responsabilité d'une décision. L'absence de responsabilité devant le Parlement fonde le principe de cette retenue. A l'image du principe applicable au Parlement britannique, un gouvernement

---

<sup>143</sup> D'autres domaines sont souvent abordés comme l'usage de l'internet et des sites officiels ou encore la question des déplacements officiels.

<sup>144</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, op. cit., p.43 et suivantes. Les auteurs soulignent l'existence d'un climat relativement difficile tant pour les membres de l'administration que pour les politiques. Elles insistent sur la politisation grandissante des périodes électorales, moment où la mauvaise foi de certains acteurs apparaît. L'interprétation de certaines règles non écrites peut être détournée à des fins politiciennes pour arguer d'une violation de la règle sans que celle-ci soit réellement avérée.

<sup>145</sup> I. JENNINGS, *Cabinet Government*, op. cit., p. 328 et suivantes. Il rejette l'idée d'une imputation rétroactive de la responsabilité. Son exemple porte sur une décision de dissolution prononcée par le monarque. Pour autant, cet exemple est tout à fait transposable à la question de la prise de décision d'un gouvernement sortant.

en fin de mandat ne doit pas être en mesure de lier son successeur et prendre une décision qui serait sujette à controverses, notamment vis-à-vis de l'opposition.

Ce qui constitue une décision importante n'est pas clairement défini. Le besoin de définir le sens de « *décision importante* » peut sembler incongru. En effet, quelle décision, relative à la conduite des affaires d'une nation, ne revêt pas un caractère important ou significatif ? N'y a-t-il pas, dans la question elle-même une contradiction ? En réalité, chaque décision prise par un gouvernement mérite de s'y attarder et le fait de poser la question suffit parfois à révéler l'intérêt de la décision<sup>146</sup>. Ian Killely souligne, pour sa part, que rien ne s'oppose, en toute logique, à l'idée de prendre une décision. Ce qui semble, selon lui, critiquable est l'idée d'engager l'Etat dans un chemin que serait forcé de suivre le futur gouvernement<sup>147</sup>.

Les circulaires et *Cabinet manuals* identifient les décisions dites « importantes » sans réellement les définir<sup>148</sup>. Pour sortir de cette impasse sémantique, les documents distinguent souvent entre « *la prise de décision* » et la « *mise en mouvement d'une nouvelle décision politique* ». Le Territoire de la Capitale australienne<sup>149</sup> et le Territoire du Nord<sup>150</sup>, en se fondant sur la même lecture de la règle que la Nouvelle-Zélande<sup>151</sup> reprennent l'idée que « *le gouvernement devrait éviter toute décision susceptible de lier le futur gouvernement* ». Ainsi, la mise en place de nouvelles politiques ne sera pas considérée comme une violation de la réserve attendue lors de la période de transition si cette dernière a été faite avant le début de la période électorale et annoncée durant celle-ci<sup>152</sup>. Les documents relatifs au Territoire de la Capitale Australienne et au

---

<sup>146</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 245

<sup>147</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 246.

<sup>148</sup> La majorité des directives préfère poser des critères comme l'impact budgétaire de la décision, son urgence ou son caractère controversé.

<sup>149</sup> Point 3(a) *Australian Capital Territory – 2016 General Election – Guidance on Caretaker Conventions*, ACT Government, décembre 2015, p. 4. Il est ainsi souligné que la restriction ne s'applique pas aux décisions prises avant le début de la période de transition.

<sup>150</sup> Les points 2.2.1 et 2.2.2 des directives applicables au Territoire du Nord, *Guidance on Caretaker Conventions*, Département of the Chief Minister, Government of Northern Territory of Australia, mars 2012, p. 3.

<sup>151</sup> Point 6.20 (c) du *New Zealand Cabinet Manual*, Cabinet Office, Department of the Prime Minister and Cabinet, Wellington, 2008, p. 78 et 79.

Par ailleurs, les point 6.20 (b) ou 6.21 soulignent que la restriction ne s'applique pas aux décisions prises avant le début de la période de transition.

<sup>152</sup> Point 2.3 du *Guidelines on the Caretaker Conventions, Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, 2014 Victorian Election, Department of Premier and Cabinet, p. 6.

Territoire du Nord soulignent que « *la restriction ne saurait s'appliquer à la mise en place de décisions politiques qui auraient été prises et annoncées avant le début de la période électorale*<sup>153</sup> ».

Dans le même sens, le *Commonwealth* admet que le parti au gouvernement puisse annoncer des engagements politiques, si tant est que ces derniers soient un élément de la plateforme du parti<sup>154</sup>.

Ces deux exemples représentent des exceptions. En effet, la pratique largement admise entend limiter l'avantage qu'un gouvernement pourrait tirer de sa position. Il est porté une attention particulière sur la chronologie de la prise de décision. Les conseillers du gouvernement veilleront à décourager toute tentative de communication sur une initiative politique prise avant la dissolution mais qui n'aurait pas été annoncée de longue date. Cette réserve est renforcée, particulièrement pour des initiatives politiques sujettes à caution<sup>155</sup>. Une nouvelle fois, l'idée qui préside à cette retenue vise à éviter les prises de décisions de dernière minute et détourner le travail de l'administration à des fins partisans.

Anne Tiernan et Jennifer Menzies relèvent très justement que la question des engagements politiques est souvent détournée par l'Opposition, pour mettre en avant la mauvaise foi du gouvernement<sup>156</sup>. Toutefois, il convient de souligner que la règle générale connaît quelques exceptions. En effet, il est admis que le gouvernement continue à communiquer avec l'opinion publique sur des questions notamment relatives à la défense nationale, aux affaires étrangères ou à l'économie nationale<sup>157</sup>.

---

Voir également point 2.3 *Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Department of Premier and Cabinet, Tasmania Government, p. 3.

<sup>153</sup> *New Zealand Cabinet Manual*, Cabinet Office, Department of the Prime Minister and Cabinet, Wellington, 2008, p. 77 et suivantes.

<sup>154</sup> Point 2.3 du *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2016, p. 2.

<sup>155</sup> Tasmanie (*Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Tasmanian Government, Department of Premier and Cabinet), point 2.3, p. 3.

<sup>156</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, op. cit., p. 36 Les auteurs relèvent que le secret des réunions du Cabinet rend l'évaluation de la date de décision très difficile. Argument que l'opposition n'hésite pas à utiliser à son avantage.

<sup>157</sup> Voir développements *supra*.

L'esprit de la règle est précis et compréhensible, pourtant son interprétation donne lieu à quelques heurts entre gouvernement et opposition, symptomatiques de la portée toute relative des conventions.

### B – Une application à géométrie variable au regard du sujet considéré

L'application du principe a connu quelques exemples topiques qui ont causé des difficultés. Ces exemples soulignent la valeur relative des règles applicables. Les pratiques qui commandent une période électorale apparaissent davantage comme un ensemble de pratiques institutionnelles fondées sur la bonne foi ou le bon sens.

Durant la campagne australienne de 2013, le gouvernement *Labor* de Kevin Rudd prit la décision de poursuivre la campagne d'informations « *by boat no visa*<sup>158</sup> ». La question des entrées illégales sur le territoire était un véritable sujet de controverse dans toute la classe politique. La règle ordinaire impose que toutes les campagnes médiatiques soient évaluées par le cabinet et le ministère des Finances. Par la suite, une décision est prise en consultation avec les autres partis politiques quant à leur éventuel maintien durant la campagne<sup>159</sup>.

Il s'agissait alors pour le gouvernement de recueillir l'accord des différents partis pour maintenir la campagne « *by boat, no visa* ». Le leader de l'opposition Tony Abbot informa le gouvernement que son parti ne souhaitait pas maintenir cette campagne durant les élections<sup>160</sup>. Le gouvernement décida malgré tout de maintenir la communication. Tony Abbot s'adressa au secrétaire du Cabinet, Ian Watt pour lui demander de « mettre en application les règles conventionnelles relatives à la période électorale ». Ce dernier répondit comme suit : « *que le respect de la convention incombe en dernier ressort [...] lorsqu'ils sont concernés aux ministres ou au Premier*

---

<sup>158</sup> Une campagne médiatique visant à réduire l'immigration par bateau. H. DAVIDSON, « « By boat, no visa », ads to deter asylum seekers could cost \$37m », *The Guardian*, 2 août 2013, <http://www.theguardian.com/world/2013/aug/02/asylum-seeker-ads-could-cost-37m>.

<sup>159</sup> Par exemple, point 6 (p.9) pour les directives applicables en Tasmanie. Point 6.5 (p.9) pour les directives applicables en Victoria. Point 2.2 (p.5) pour les directives applicables en Nouvelle-Zélande.

<sup>160</sup> Tony Abbot dans une conférence du 6 août 2013 critique notamment l'aspect éminemment partisan de la campagne.

*ministre. Les responsables politiques, notamment les ministres, ne sont pas limités dans leur marge de manœuvre, car les conventions ne sont pas obligatoires. Le secrétariat n'a pas la faculté d'imposer le respect de la convention*<sup>161</sup> ».

Ian Watt insista également sur l'idée que les membres de l'administration étaient tenus légalement d'obéir aux décisions des ministres<sup>162</sup>. Le ministre de l'Immigration fut saisi et souligna, d'une part que la convention ne revêt pas un caractère obligatoire et d'autre part, que la convention de transition ne faisait que poser une règle relative à la consultation des partis politiques, règle qui était, en l'espèce, respectée<sup>163</sup>. Saisi d'un recours en violation de la convention, le contrôleur général McPhee insista sur l'idée que les ministres restaient décisionnaires, la convention ne revêtant pas de caractère impératif<sup>164</sup>.

Le gouvernement Keating en 1993 annonça un accord entre le gouvernement fédéral et les Etats de Victoria et de Nouvelle-Galles du Sud qui prévoyait le renouvellement du financement d'un programme d'assurance maladie pour les hôpitaux. Cette initiative devait permettre d'injecter 300 millions de dollars sur cinq ans. La situation s'est révélée discutable car cette initiative, qui engagerait le prochain gouvernement, fut entérinée juste avant l'annonce de la dissolution<sup>165</sup>. On peut relever plusieurs éléments qui semblent abonder dans le sens d'une entorse à la règle.

La mesure du gouvernement Keating annoncée quelques instants avant la dissolution du 3 février 1993 avait été confirmée à plusieurs reprises lors de la

---

<sup>161</sup> Ian Watt, cité dans J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », *art. cit.*, p.103.

<sup>162</sup> Notamment par le biais des *Public Service Acts*. Ce recours à l'argument légal peut être considéré comme une tentative pour préserver la neutralité du personnel administratif.

<sup>163</sup> M, ROSS, « Government accused of violating caretaker conventions over asylum seeker at blitz », *ABC News*, 10 août 2013. <http://www.abc.net.au/news/2013-08-09/burke-says-asylum-seeker-ad-campaign-will-continue/4876804>.

Australian Associated Press, « Labor is lying over government asylum seeker ads, says Coalition », *The Guardian*, 10 août 2013, <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/10/labor-is-lying-over-government-asylum-seeker-ads-says-coalition>.

J. SWAN, « Public servant 'had to obey' Labor government over controversial asylum seeker ads », *The Sydney Morning Herald*, 29 mai 2014, <http://www.smh.com.au/federal-politics/political-news/public-servant-had-to-obey-labor-government-over-controversial-asylum-seeker-ads-20140529-396y4.html>.

<sup>164</sup> A. MOROZOW, « Asylum seeker policy ads fine to run during election campaign, Auditor-General rules », *ABC News*, 15 août 2013, <http://www.abc.net.au/news/2013-08-15/auditor-general-rules-asylum-seeker-ads-ok-during-election/4890146>.

F. BRENNAN, « Salvaging Justice for Asylum Seekers? Reflections on a Wicked Political Problem », *ABC News*, 31 mai 2016, <http://www.abc.net.au/religion/articles/2016/05/31/4472941.htm>.

<sup>165</sup> J MENZIES, A TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, 2nd ed, Canberra, Australia National University Press, 2014, p. 37.

campagne électorale<sup>166</sup>. En effet, l'annonce du gouvernement Keating ne violait pas la règle puisque la situation de transition n'avait pas encore réellement débuté. Le gouvernement s'est alors servi de la chronologie des événements pour faire valoir d'une part, son droit de gouverner pleinement et d'autre part, l'absence d'obligation de consulter l'opposition. Critiquée fermement durant la campagne, cette situation fut sans conséquence, Paul Keating fut reconduit à la tête du gouvernement.

Dans le même ordre d'idée, la crise néo-zélandaise de juillet 1984 constitue également un excellent exemple. Dans un contexte économique difficile, la première mesure qui s'imposait au nouveau gouvernement était une dévaluation du dollar néo-zélandais. Le 15 juillet, au lendemain des résultats, le « *futur* » Premier ministre, David Lange, demanda au gouvernement d'intérim de dévaluer la monnaie de façon significative. A l'occasion d'un entretien télévisé, Robert Muldoon déclara publiquement, le lundi 16 juillet, son désaccord avec la politique du nouveau gouvernement et informa la nation qu'il ne dévaluerait pas la monnaie. Pire encore, il préférerait remettre au gouverneur-général la démission de son gouvernement<sup>167</sup>.

Devant cette impasse, tant politique que constitutionnelle, le ministre de la Justice McLay jugea opportun de rappeler à M. Muldoon les obligations du Premier ministre sortant : « *La logique constitutionnelle est pourtant claire. Lorsqu'un gouvernement perd les élections législatives générales, il reste légalement au pouvoir jusqu'à ce que les nouveaux membres du Parlement soient déclarés élus (ces derniers peuvent alors désigner les membres du Cabinet et du Conseil exécutif). Les nouveaux membres du Parlement ne seront définitivement connus qu'une fois le dernier vote pris en compte, la semaine suivante. [...] Pendant cette période de latence, la conduite des affaires de la nation par le gouvernement sortant est soumise à une convention ou une entente de nature constitutionnelle suivant laquelle :*

(1) - *le gouvernement sortant ne prendra aucune initiative de nature politique ;*

---

<sup>166</sup> Discours de Paul Keating du 24 février 1993 en Nouvelle-Galles du Sud, <http://electionspeeches.moadoph.gov.au/speeches/1993-paul-keating>.

<sup>167</sup> *Auckland Star*, 20 juillet 1984.

(2) - *il agira en accord avec les recommandations du gouvernement nouvellement élu sur des matières d'importance nationale, qui nécessitent une action immédiate et qui ne peuvent attendre la prise de fonction effective du nouveau gouvernement ; quand bien même les actions proposées ne seraient pas en accord avec les orientations politiques du gouvernement sortant*<sup>168</sup> ».

Le bras de fer qui opposa Robert Muldoon et David Lange dura trois jours. Au matin du 18 juillet 1984, Robert Muldoon accepta de dévaluer le dollar. Le bon sens politique et la déférence constitutionnelle ayant poussé Robert Muldoon à revenir à de meilleures dispositions n'étaient pas les seules raisons. Il ne fait aucun doute que le caucus du *National Party*, organisé en urgence le même jour, eut raison de la ténacité de Robert Muldoon<sup>169</sup>. Au cours de cette réunion, de nombreux membres importants du parti ont fait entendre leur mécontentement et il fut même envisagé de démettre M. Muldoon de ses fonctions de leader du parti. Dans un documentaire<sup>170</sup> réalisé à l'occasion du dixième anniversaire de la crise, Jim McLay reconnut même qu'il n'aurait pas hésité à solliciter le gouverneur-général Sir David Beattie pour qu'il révoque M. Muldoon de ses fonctions de Premier ministre<sup>171</sup>.

L'application de la règle au Canada a donné lieu à de nombreuses tensions. En effet, alors que John Wilson semble admettre relativement aisément que les règles de la convention sont « *bien vivantes*<sup>172</sup> » et s'appliquent sans difficulté au Canada, quelques exemples permettent de tempérer cette affirmation. La censure du Premier ministre Pierre Elliott Trudeau<sup>173</sup> en mai 1974 n'a pas empêché le gouvernement, en pleine période électorale, de rompre les liens de coopération nucléaire avec l'Inde sans en référer à l'opposition. Alors qu'il est attendu du gouvernement qu'il limite les prises

---

<sup>168</sup> Communiqué de presse du 17 juillet 1984 de M. Jim McLay, cité dans F. M. BROOKFIELD, « The constitutional crisis of July '84 », *New Zealand Law Journal*, vol. 9, 1984, p. 298 à 315.

<sup>169</sup> J. MCLAY, « 1984 and All That: Opening Address to the EmpowerNZ Workshop », art. cit..

<sup>170</sup> Days in July, 10 juillet 1994, voir également, A YOUNG, « McLay: my plan to replace Muldoon », *The New Zealand Herald*, 28 août 2012,

[http://www.nzherald.co.nz/politics/news/article.cfm?c\\_id=280&objectid=10830093](http://www.nzherald.co.nz/politics/news/article.cfm?c_id=280&objectid=10830093).

<sup>171</sup> Dans ce même documentaire, Sir David Beattie confirme qu'il n'était pas opposé à l'idée de limoger M. Muldoon avant la réunion de cabinet du 19 juillet. Voir également, J. MCLAY, « 1984 and All That », art. cit.

<sup>172</sup> J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », art. cit.

<sup>173</sup> Pierre Trudeau aurait volontairement déposé un projet de loi de finance que l'opposition ne pouvait décemment pas cautionner provoquant la censure du gouvernement.

de positions sur la scène internationale ou les rencontres officielles, en 2004, le Premier ministre sortant Paul Martin assista au sommet du G7/8 à Sea Island. Cette initiative, à laquelle l'opposition ne fut pas associée, a été considérée comme une entorse à la règle. En effet, l'opposition redoutait que le Premier ministre en campagne n'en tire un avantage. Le principe de réciprocité et la règle de bonne foi commandent qu'une certaine neutralité soit préservée. Ainsi, les directives en période électorale pour le Canada recommandent « *d'éviter de participer à des activités gouvernementales très médiatisées au pays et à l'étranger, comme [...] des voyages internationaux et la signature de traités et d'accords* ». Si toutefois, l'abstention du Canada cause un préjudice au pays, il faut alors éviter de « *poser des gestes irréversibles pendant la période d'affaires intérimaires, comme la ratification de traité*<sup>174</sup> », le document ajoute « *qu'il peut être souhaitable de consulter l'opposition, notamment si cette décision peut [...] être difficile à annuler pour un nouveau gouvernement*<sup>175</sup> ». Dès lors, la réserve devant être observée durant une période électorale s'applique *a fortiori* aux questions de diplomatie (entendu au sens de représentation)<sup>176</sup>. L'Australie, à l'image du Canada, encourage à reporter d'éventuelles négociations ou visites<sup>177</sup>.

Sur la question des négociations, le *Commonwealth* prend soin d'ajouter la possibilité, si le report est impossible, d'adopter un statut d'observateur (ou si cela n'est pas possible, de se limiter à une présentation factuelle de la position du gouvernement tenue jusqu'ici<sup>178</sup>). A toutes fins utiles, le guide sur la convention de transition souligne : « *Les autres parties aux négociations ne seront, éventuellement, pas familières avec le concept de conventions de transition. Il serait alors souhaitable que le gouvernement apporte des éclaircissements sur les contraintes que la situation impose*<sup>179</sup> ». Au détour de la disposition relative à la diplomatie, il est intéressant de

---

<sup>174</sup> *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Bureau du Conseil privé, Ottawa, août 2015, p.2.

<sup>175</sup> *Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Bureau du Conseil privé, Ottawa, août 2015, p.1.

<sup>176</sup> Le *Cabinet manual* de la Nouvelle-Zélande n'en fait aucune mention.

<sup>177</sup> *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, avril 2016, point 5.3, p. 3.

<sup>178</sup> *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, avril 2016, *loc cit*.

<sup>179</sup> *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, avril 2016, point 5.1, p. 3. S'agissant des visites officielles les dispositions sont sensiblement les mêmes qu'au Canada ou dans les Etats australiens : l'Australie du Sud (*Caretaker Conventions and Pre-Election Practice – A Guide for South Australian Government Agencies*, Government of South Australia, Department of the Premier and Cabinet, janvier 2014, point 4.7, p. 10), la Tasmanie (*Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election

relever la mention d'un dispositif de rétractation<sup>180</sup>. Ainsi, dans le cadre de négociations auxquelles le gouvernement serait tenu de participer pleinement, il convient d'informer les parties « *que toutes issues aux négociations devront être validées par le futur gouvernement ou qu'il serait pertinent de consulter l'Opposition*<sup>181</sup> ». L'Australie Occidentale et le Territoire du Nord insistent sur le besoin pour les agences gouvernementales de rester neutres et d'éviter toute apparence partisane au profit du gouvernement. Il est ainsi souligné que, dans le cadre de réceptions officielles organisées par une agence gouvernementale et auxquelles prendrait part un ministre, la présence du Porte-parole, du candidat ou d'un membre de l'opposition est attendue<sup>182</sup>.

Les éléments qui ressortent des documents à notre disposition mettent en lumière deux idées centrales (au-delà des quelques subtilités relevées relatives, par exemple, à la différence entre « *la prise* » de décision et « *la mise en mouvement* » d'une initiative politique décidée avant l'élection) à l'appui de l'idée du maintien d'un *statu quo* institutionnel :

- il apparaît essentiel de reporter toute prise de décision susceptible d'engager durablement le gouvernement qu'elle soit internationale ou domestique
  
- si le report est impossible, il est recommandé de consulter l'Opposition.

Privées de force contraignante et parfois ignorées, les directives relatives à la transition, permettent, nous l'avons vu, aux fonctionnaires comme à l'Opposition de tenter de tempérer l'action du gouvernement.

---

2014, Tasmanian Government, Department of Premier and Cabinet, point 9.5, p.16), l'Australie Occidentale ou le Territoire du Nord insistent particulièrement sur le report de visites officielles notamment si celles-ci sont susceptibles de déboucher sur la signature de contrats (*Caretaker Conventions – Guidelines Applying in Western Australia During the State General Election Period*, Government of Western Australia, Department of the Premier and Cabinet, point 15.3, p. 13 ou *Guidance on Caretaker Conventions*, Northern Territory of Australia, Department of the Chief Minister, point 2.6, p. 5). Le Queensland remet entre les mains du chef du gouvernement la décision de maintenir une visite officielle. Si celle-ci est maintenue le Premier ministre doit informer le dignitaire étranger des élections à venir (*The Queensland Cabinet Handbook Governing Queensland*, Government of Queensland, avril 2015, point 9.11, p. 123).

<sup>180</sup> Dispositif relativement utile dans le cadre de contrats conclus durant la période de transition. Cette disposition souligne le pragmatisme australien pour prévenir les obstacles et difficultés administratives.

<sup>181</sup> *Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, avril 2016, point 5.3, p. 3. *Guidance on Caretaker Conventions*, Northern Territory of Australia, Department of the Chief Minister, point 2.6, p.8.

<sup>182</sup> *Caretaker Conventions – Guidelines Applying in Western Australia During the State General Election Period*, Government of Western Australia, Department of the Premier and Cabinet, point 15.2, p. 13.

## Sous-section 2 : La question des nominations

Le changement de gouvernement est, parfois, le moment pour le Premier ministre, de s'acquitter de certaines « *dettes* ». Ainsi, Disraeli rappelait le nombre de sollicitations reçues à la veille de son départ de *Downing Street*, des « *impétrants de la onzième heure*<sup>183</sup> ».

La prérogative de nomination déléguée par le jeu de la responsabilité descendante<sup>184</sup> donne parfois lieu à des abus ou, à tout le moins, des comportements malavisés de la part des chefs du gouvernement sortant. Entre les nominations de peu d'importance<sup>185</sup> ou celles qui permettront à leur titulaire de peser sur les institutions<sup>186</sup>, l'attribution de postes et honneurs en fin de mandat revêt, à n'en pas douter, un intérêt certain qui fait l'objet d'une attention particulière. Les circulaires soulignent une conception et une application unanime de la règle. Ainsi, on privilégiera, comme pour les décisions importantes, le report. En cas d'impossibilité plusieurs mécanismes allant de la simple consultation à la nomination à titre intérimaire sont prévus. Ces précautions n'ont pas empêché les écarts, sources de crispations.

### A – Contour général de la règle

Dans l'ensemble<sup>187</sup>, chacun des systèmes de gouvernement a prévu, de façon plus ou moins précise et détaillée le cas des nominations de « dernière minute ». Le fait pour un Premier ministre sortant de nommer à certains postes honorifiques ses collaborateurs

---

<sup>183</sup> Voir *supra*.

<sup>184</sup> Ph. LAUVAUX, C. M. PIMENTEL, Régime non parlementaire, dans D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, tome 2, p. 196 et suivantes.

<sup>185</sup> Membres de chambres hautes, par exemple, ou positions honorifiques.

<sup>186</sup> Postes éminemment politiques tels que membres de cours suprêmes, directeurs d'administration ou d'une entreprise publique.

<sup>187</sup> Il convient de souligner que la Nouvelle-Zélande ou le Canada n'ont pas prévu spécifiquement le cas des nominations durant une période électorale. Dans le même ordre d'idée, le Territoire de la Capitale Australienne se limite à deux exemples (*Australian Capital Territory – 2016 General Election – Guidance on Caretaker Conventions*, ACT Government, décembre 2015, point 3(b) p. 5), la Colombie Britannique ne propose aucune définition mais insiste toutefois sur l'idée que les nominations en suspens doivent être effectuées avant le début de la période de transition, *Memorandum* du 15 mars 2013, p. 6.

ou de remettre des distinctions en gage de remerciement « pour service rendu » n'est ni nouveau, ni original. Seules les nominations à des postes « significatifs ou influents » posent véritablement un problème.

L'importance de la nomination s'examine à l'aune de deux éléments précis, communs à l'ensemble des systèmes : d'une part « *l'importance* » du poste considéré et la probabilité que la nomination considérée soit soumise à une « *controverse* »<sup>188</sup>.

On relève, dans les directives et autres guides à notre disposition, une nette tendance à la classification, à la définition des postes susceptibles de répondre aux deux critères identifiés ci-dessus. Ainsi, la Tasmanie et l'Australie Occidentale donnent une définition de « *nomination significative* ». La Tasmanie liste les postes de direction ou d'assistantat de direction d'une agence gouvernementale, d'un secteur de l'Etat dont les activités sont considérées comme sensibles ou tout poste défini comme tel par la loi<sup>189</sup>.

La classification arrêtée par l'Australie Occidentale est plus « administrative ». En effet, entrent dans le champ de la convention les emplois définis au « niveau 8 ou supérieur du *Public Service and Government Officers General Agreement 2011*<sup>190</sup> ». La Nouvelle-Galles du Sud propose, quant à elle, une définition de ces emplois et recommande le report du recrutement. Sous couvert d'une définition qui semble plus large, le lecteur sera frappé par la référence aux mêmes critères « d'importance et de controverse »<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Cette définition *a minima* se retrouve au niveau du *Commonwealth (Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, avril 2016, point 3.1, p. 2), en Australie Méridionale (*Caretaker Conventions and Pre-Election Practice – A Guide for South Australian Government Agencies*, Government of South Australia, Department of the Premier and Cabinet, janvier 2014, point 2.6, p. 6), dans le Territoire du Nord (*Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Chief Minister, Northern Territory Government, 2013, point 2.3.1, p. 4), l'Etat du Queensland (*The Queensland Cabinet Handbook Governing Queensland*, Government of Queensland, avril 2015, point 9.4, p. 120). L'Etat de Victoria identifie le cas des nominations significatives (point 3.3, p.7 des *Guidelines on the Caretaker Conventions*) « décidées avant la période transitoire ». De telles nominations doivent débiter avant la transition, auquel cas elle seront rendues caduques et le gouvernement suivant aura la charge du recrutement (*Guidelines on the Caretaker Conventions – Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, Victoria, Department of Premier and Cabinet, 2009, point 3.2 p. 7).

<sup>189</sup> *Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Tasmanian Government, Department of Premier and Cabinet, Point 3 (*Operational Notes*), p. 4.

<sup>190</sup> *Caretaker Conventions – Guidelines Applying in Western Australia During the State General Election Period*, Government of Western Australia, Department of the Premier and Cabinet, point 2.3, p. 6.

<sup>191</sup> « *Caretaker Conventions and Other Pre-Election Practices, 2015 General State Election*, New South Wales Government, Premier and Cabinet, 20 novembre 2014, point 1.2, p.3. « Lorsqu'il est question de définir une nomination comme importante, un intérêt particulier doit être porté à des éléments comme l'expérience, l'importance et le profil du poste, la durée de la nomination et les modalités de désignation. Par ailleurs une attention particulière devra être portée à la controverse éventuelle qui peut entourer la nomination ».

L'intérêt de reporter la nomination repose sur les deux piliers, les deux éléments directeurs de la convention en période électorale :

- préserver une certaine neutralité,
- éviter que le gouvernement sortant ne tire profit de cette situation durant laquelle il n'est temporairement plus responsable.

Pour autant, comme dans le cas des « décisions importantes » étudiées plus tôt, il arrive que des nominations ne puissent être reportées sans causer un préjudice à la continuité de l'Etat. C'est dans ces exceptions que réside la beauté des systèmes issus de l'Empire britannique. La flexibilité institutionnelle, typique de ces systèmes, réside dans la possibilité de procéder à des nominations malgré la réserve posée par la convention. On relève de nombreux cas dans lesquels, des « tempéraments » à la règle sont prévus. Dans le souci de concilier neutralité et continuité, il sera permis de procéder à des nominations « temporaires » pouvant, le cas échéant être confirmées par la suite. L'avis conforme de l'opposition<sup>192</sup> peut également être requis afin de procéder à une nomination durant la période électorale<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Une exception toutefois, cette pratique n'est pas reconnue dans l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud (« *Caretaker* » *Conventions and Other Pre-Election Practices, 2015 General State Election*, New South Wales Government, Premier and Cabinet, 20 novembre 2014, point 1.2, p.3) qui ne fait pas mention de l'Opposition ou l'Etat de l'Australie Occidentale (*Caretaker Conventions – Guidelines Applying in Western Australia During the State General Election Period*, Government of Western Australia, Department of the Premier and Cabinet, point 2.6, p. 7) qui préféra le recours à une commission indépendante.

<sup>193</sup> Le *Commonwealth (Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, avril 2016, point 3.2, p. 2) définit une échelle de degrés, allant du report, à la nomination soumise à la consultation de l'Opposition. Cette formule est la même pour l'Etat de Victoria (*Guidelines on the Caretaker Conventions – Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, Victoria, Department of Premier and Cabinet, 2009, point 3.4 p. 7), l'Etat de Tasmanie (*Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Tasmanian Government, Department of Premier and Cabinet, Point 3.4, p. 4), le Territoire du Nord Australien (*Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Chief Minister, Northern Territory Government, 2013, point 2.3.2, p. 4) ou le Territoire de la Capitale Australienne (*Australian Capital Territory – 2016 General Election – Guidance on Caretaker Conventions*, ACT Government, décembre 2015, point 3(b) p. 3). « Si le report de la nomination est impossible (pour des motifs liés au fonctionnement convenable d'une agence), qu'un tel report aurait des conséquences préjudiciables ou qu'il est imposé par la loi, il existe plusieurs options : une nomination intérimaire lorsque cela est possible/ une nomination temporaire prenant fin à l'issue de la période de transition/ enfin, si les options précédentes ne sont pas réalisables il convient de procéder à ladite nomination. Une telle nomination s'exerce généralement en consultation avec l'Opposition ».

Les Etats du Queensland (*The Queensland Cabinet Handbook Governing Queensland*, Government of Queensland, avril 2015, point 9.4 p. 120), de l'Australie Méridionale (*Caretaker Conventions and Pre-Election Practice – A Guide for South Australian Government Agencies*, Government of South Australia, Department of the Premier and Cabinet, janvier 2014, point 2.6, p. 6), de l'Australie Occidentale (*Caretaker Conventions – Guidelines Applying in Western Australia During the State General Election Period*, Government of Western Australia, Department of the Premier and Cabinet, points 2.4 à 2.6, p. 7) reprennent avec moins de détails la même échelle. La différence notable avec le *Commonwealth*, les Etats de Victoria et de Tasmanie réside dans le fait que les nominations temporaires ne peuvent excéder trois mois.

Il est intéressant de souligner que la limite apportée aux nominations de dernière minute porte sur des postes, bien souvent de nature politique. Les directives restent souvent silencieuses sur les nominations à des postes de directions dans les administrations. L'article 19 du *Public Service Act* 1999 dispose que les ministres du *Commonwealth* ne doivent, en aucune façon, prendre part à des nominations dans l'administration durant une période électorale<sup>194</sup>. Cette séparation qui existe entre l'administration et le politique témoigne d'une volonté (ici légalement contraignante) de préserver la neutralité des fonctionnaires de l'Etat et d'éviter toute pression de « *fin de règne* ». Les nombreux détails qui agrémentent les directives et autres guides à destination de l'exécutif révèlent que l'application de la règle n'a pas toujours été sans difficulté. Cela confirme le caractère éminemment politique et « *volontariste* » des conventions relatives à la période électorale.

### B – Une application uniforme de la règle

L'étude des divers documents officiels met en avant la logique de reconnaissance, d'officialisation de ces règles. Certains n'hésitent pas à qualifier cette démarche de codification des conventions de la constitution<sup>195</sup>. Cette volonté d'identifier les règles non codifiées fait écho à des situations compliquées qui ont pu surgir dans l'application des conventions. En effet, l'existence d'une convention n'est admise qu'à partir du moment où elle a été contrariée. Ce sont les situations conflictuelles qui révèlent les conventions de la constitution, souvent considérées un peu rapidement comme sous-jacentes ou latentes. Sans tomber dans le travers de dresser un catalogue des cas qui ont donné lieu à controverse, il semble intéressant de s'attarder sur quelques cas emblématiques.

Les élections de 1999 dans l'Etat de Victoria<sup>196</sup> n'ont pas apporté de majorité claire. En marge de cette situation, eut lieu une controverse relative à la nomination de

---

<sup>194</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>195</sup> J. W. J. BOWDEN, N. A. MACDONLAD, « Writing the Unwritten: The Officialization of Constitutional Convention in Canada, the United Kingdom, New Zealand and Australia », *art. cit.*

<sup>196</sup> G. DAVIS, A. LING, B. SCALES, R. WILKINS, « Rethinking caretaker conventions for Australian governments », *art. cit.*

l'adjoint du procureur général<sup>197</sup>. Cette nomination avait été annoncée et approuvée avant l'élection et n'aurait pas dû créer de difficulté. Pourtant, le Gouverneur dut reporter la nomination afin de permettre à ce dernier de déménager. La prise de fonction n'avait donc pas été formellement actée. Dans le contexte particulier de l'élection de 1999, l'opposition souligna qu'elle ne s'opposerait pas à la nomination. La nomination ne fut pourtant pas validée jusqu'à ce que le résultat des élections soit connu.

En 1992, toujours dans l'Etat de Victoria<sup>198</sup>, le Premier ministre Joan Kirner<sup>199</sup> proposa la désignation d'un nouveau chef de la police. Cette désignation eut lieu durant la période de transition et bien avant que le remplacement soit réellement nécessaire. Devant la levée de bouclier face à une telle démarche, le Premier ministre renonça. L'abandon du projet fut sans nul doute motivé par la menace du chef de l'Opposition Jeff Kennett d'annuler la nomination une fois arrivé au pouvoir<sup>200</sup>.

Au niveau du *Commonwealth*<sup>201</sup>, la nomination au conseil d'administration du musée de l'*Australian Democracy* de Barrie Cassidy, journaliste à ABC et ancien porte-parole du Premier ministre Bob Hawke, a suscité de nombreuses critiques de la part de l'Opposition. Bien qu'honorifique et de peu d'importance cette nomination, eut lieu à la veille de la dissolution. Le gouvernement se défendit en soulignant que le projet de nomination était prévu de longue date. Barrie Cassidy préféra démissionner, une fois nommé, afin de mettre fin à la polémique.

La nomination de Russell Brown à la Cour suprême du Canada en juillet 2015 fut le point d'orgue d'une controverse. En effet, l'annonce de la nomination eut lieu un mois avant la dissolution du Parlement. Cette décision du gouvernement est apparue comme une véritable violation de la convention de transition. A n'en pas douter un siège à la Cour suprême est une nomination importante. Pour autant, aussi importante

---

<sup>197</sup> *Sollicitor General*.

<sup>198</sup> I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit., p. 242

<sup>199</sup> Première femme à occuper cette fonction.

<sup>200</sup> Jeff Kennett devint en effet Premier ministre de Victoria à l'issue des élections.

<sup>201</sup> B. Packhan cité dans J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, op. cit., p. 39.

soit-elle, de nombreux commentateurs n'ont pas hésité à souligner l'idée que l'urgence et l'empressement avec lequel le remplacement du juge Rothstein avait été orchestré, était une erreur politique<sup>202</sup>. Depuis 1958, toutes les nominations à la Cour suprême durant une période électorale ont été nécessairement reportées<sup>203</sup>. Depuis que la Cour suprême est devenue le dernier maillon de la justice canadienne, les acteurs politiques comme le public ont reconnu l'importance des nominations à celle-ci<sup>204</sup>. Ainsi, ces nominations doivent avoir lieu lorsque le Parlement est réuni.

Les nominations durant la période électorale constituent un exemple de la retenue, la réserve qui doit être observée par le gouvernement. Par ailleurs, la volonté d'instituer une consultation avec l'opposition met en lumière l'idée suivant laquelle la convention de la transition est fondée sur un esprit de réciprocité. Lors de la période électorale, la question des contrats conclus par l'Etat revêt également un intérêt particulier.

### **Sous-section 3 : la question des contrats**

L'Etat est un acteur majeur de la vie économique, ainsi, il est appelé à contracter. La vie des affaires et la vie politique entrent parfois en contradiction. En effet, elles n'obéissent pas aux mêmes contraintes de temps. Ainsi, les contrats conclus durant la période électorale (annoncés avant la dissolution ou conclus par un gouvernement sortant) font l'objet d'une attention particulière.

#### A – Le contour général de la règle

Tous les documents et circulaires relatifs à la transition s'intéressent à la question de la conclusion de contrats durant cette période de tension. L'intérêt est, ici, de réaliser

---

<sup>202</sup> M. PLAXTON, « The Caretaker Convention and Supreme Court Appointments », *Suprem Court Law Review*, vol. 72, 2016, p. 449 à 477. Michael Plaxton insiste sur l'idée que la Cour pouvait tout-à-fait fonctionner pendant une courte période sur la base de huit juges et non neuf. En effet, entre 2013 et 2014, la Cour fut composée de huit juges pendant neuf mois.

<sup>203</sup> M. PLAXTON, « The Caretaker Convention and Supreme Court Appointments », art. cit.

<sup>204</sup> I. GREENE, « Democracy, judicial independence and Judicial Selection for Federally Appointed Judges », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 105 à 112,

R. LEISHMAN, « No Need for Radical Reform of the Federal Judicial Appointment Process », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 112 à 120,

I. COTLER, « The Supreme Court Appointment Process Chronology Context and Reform », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 131 à 146.

que la vie politique tient compte de la vie économique en reconnaissant un besoin de continuité dans la conduite des affaires de l'Etat.

L'attention est portée sur les contrats « *majeurs* » ou d'une particulière importance. La valeur du contrat se définit à l'aune de nombreux critères tels que : la valeur pécuniaire, l'urgence de la conclusion du contrat, les conséquences que pourrait entraîner pour l'Etat l'absence de conclusion. Sont également pris en compte des éléments tels que :

- la question de l'accord ministériel,
- la contradiction qui pourrait naître de la conclusion avec une politique mise en oeuvre par le gouvernement.

Enfin, l'un des critères déterminants reste celui de savoir si la conclusion du contrat aura pour effet de lier un gouvernement à venir<sup>205</sup>.

L'Etat de Victoria propose une analyse intéressante de la question en ajoutant des conditions secondaires. En effet, il est permis au gouvernement de passer un contrat, s'il s'agit d'un contrat subsidiaire à un contrat existant<sup>206</sup>.

D'une manière générale, il est recommandé, à l'image des décisions politiques ou des nominations, de reporter la conclusion du contrat à l'issue de la période électorale. Pour autant, les directives révèlent un certain réalisme quant à la faisabilité d'un tel report. En effet, reporter des négociations se révèle bien souvent difficile ou préjudiciable. Afin de pallier d'éventuelles difficultés, des « *options* » existent. Ainsi, si le report de la signature est impossible, il est attendu du gouvernement qu'il consulte les différents partis politiques. D'un point de vue plus contractuel, sont envisagées deux types de clauses dans les contrats :

---

<sup>205</sup> Le report est notamment la règle au Canada (p.2 des Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale), en Colombie Britannique (p.7 du memorandum), point 3.1 des directives applicables en Australie Occidentale, p. 7, point 4.1 des directives applicables en Tasmanie, p. 5, Point 9.5 des directives applicables au Queensland (*handbook* p.120), point 2.4.1 des directives applicables au Territoire du Nord Australien p. 4.

<sup>206</sup> Point 4.1 des directives applicables dans l'Etat de Victoria p. 7.

- une clause permettant la renégociation du contrat une fois le résultat des élections définitivement connu et le nouveau gouvernement formé ;
- une clause permettant la résiliation du contrat dans l'hypothèse où le gouvernement qui entrerait en fonction ne souhaiterait pas poursuivre un contrat qui aurait été négocié et signé avant son entrée en fonction<sup>207</sup>.

Il est évident que cette « clause de sortie ou de résiliation » est assortie d'une compensation financière pour le cocontractant. Cette garantie tente de créer un équilibre dans les relations contractuelles et entend éviter que le gouvernement ne tire un avantage trop important de sa position.

On remarquera que les systèmes opérant sur une logique d'échéances électorales fixes, sont moins sujets à ce type de difficulté. En effet, les échéances connues précisément à l'avance, permettent aux opérateurs économiques et politiques de prendre les devants et d'éviter des déconvenues, dans l'urgence d'une campagne électorale<sup>208</sup>. Les conflits qui peuvent émerger autour de la conclusion de contrats en période de transition, se résument souvent à une question d'apparence. En effet, les entorses à la convention sont souvent alléguées lorsque la conclusion d'un contrat, à la veille d'une élection ou d'une dissolution, semble donner au gouvernement un avantage dans la campagne à venir ; ou lorsqu'il apparaît que le contrat négocié entend mettre en mouvement un programme politique soumis à controverses. Cela fut notamment le cas dans l'Etat de Victoria ou au Canada.

### B – Quelques cas litigieux

Les exemples de violation de la convention relative à la conclusion des contrats en période électorale sont peu nombreux.

---

<sup>207</sup> Voir par exemple point 4.2 des directives applicables au *Commonwealth* p. 3, point 3.3 des directives applicables en Australie Occidentale p. 7, point 3 (c) des directives applicables à l'Etat du Territoire de la Capitale Australienne p. 5, point 4.3 des directives applicables en Tasmanie p. 5, Point 4.4 des directives applicables dans l'Etat Victoria p. 8, point 2.4.2 des directives applicables au Territoire du Nord Australien p.4.

<sup>208</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, op. cit., p. 41. Voir également I. KILLEY, *Constitutional Conventions in Australia: an Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, op. cit, p. 250.

La particularité de l'élection de l'Etat de Victoria en 1999 et les difficultés avec lesquelles un gouvernement a été formé par la suite ont eu des conséquences sur la conclusion des contrats. Durant la transition, le ministre de la Santé (défait aux élections) préféra confier la conduite des négociations d'un contrat à son directeur d'administration plutôt que de l'assurer personnellement. Le report de la signature aurait entraîné des conséquences financières pour l'Etat. Les négociations furent menées avec la consultation du premier ministre en exercice et les représentants de l'opposition compétents<sup>209</sup>.

Lors de l'élection fédérale de 2013, la modernisation du réseau internet souleva des polémiques. En effet, Malcolm Turnbull se montra très critique vis-à-vis de la politique menée par la *National Broadband Network Company*. Au moment de la démission du directeur général, le conseil d'administration commença à conduire les entretiens pour son remplacement. Devant les attaques et les critiques de l'Opposition, la décision fut prise de suspendre d'une part, toutes les négociations relatives à de futurs contrats et d'autre part, le recrutement du futur directeur général. Cette interruption dura jusqu'à la prise de fonctions du nouveau gouvernement. La *National Broadband Network Company* chercha ici à préserver une certaine neutralité afin de permettre au gouvernement disposant de la confiance du Parlement de gouverner suivant son programme sans hériter de contrats ou d'un directeur général qu'il n'aurait pas été choisi.

En 1979, le Premier ministre canadien Joe Clark a refusé de poursuivre l'exécution d'un contrat d'un montant de deux milliards de dollars visant à acquérir de nouveaux avions militaires. Le Premier ministre décida de son propre chef de ne pas engager le gouvernement dans cette dépense durant la campagne électorale. Selon lui, « *un gouvernement qui a perdu la confiance du Parlement n'est pas habilité à prendre*

---

<sup>209</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, loc. cit.

*une telle décision*<sup>210</sup> ». Cette anecdote montre clairement que la retenue est une règle de comportement attendue, une règle de *fair play* politique.

Quinze années plus tard, le Canada connut également une controverse autour du contrat relatif à la privatisation de l'aéroport de Pearson. L'une des conséquences immédiates de cette privatisation était d'engager le gouvernement pour cinquante-sept ans. Le contrat avait été négocié par le Premier ministre Brian Mulroney et mené à son terme par Kim Campbell. L'urgence<sup>211</sup> avec laquelle avait été menée la conclusion du contrat a suscité de vives critiques<sup>212</sup>. John Wilson souligna, par exemple, qu'à la vue des sondages, la défaite était attendue. Il ajouta alors que Kim Campbell « *a choisi d'autoriser la signature des accords de l'aéroport Pearson tout en sachant pertinemment qu'elle serait incapable d'assumer la responsabilité de cette décision*<sup>213</sup> ». Le chef du gouvernement se mettait déjà en position de perdre les élections et ainsi n'aurait donc pas dû, à l'aune de l'analyse menée jusqu'ici, finaliser le contrat de privatisation. Les événements de l'aéroport de Pearson ont conduit à la réunion d'une commission d'enquête sénatoriale en 1995<sup>214</sup> et à la dénonciation des accords en décembre 1995 par Jean Chrétien. Le rapport du comité spécial est relativement instructif<sup>215</sup>.

---

<sup>210</sup> Cité dans J. WILSON, « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », art. cit., p. 17.

<sup>211</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », art. cit. p. 105, les auteurs relèvent une pression exercée sur le personnel administratif du gouvernement. De la même façon, Jocelyne Bourgon (sous-ministre des transports) souligne les bénéfices pour le Premier ministre, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-ii-f.htm>.

<sup>212</sup> Critiques au sein du gouvernement lui-même notamment par la voix du ministère des finances et l'Opposition par son porte-parole Jean Chrétien.

<sup>213</sup> « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », art. cit. L'auteur souligne également : « *il est à espérer que les doctes personnes qui auront un jour à juger ces événements diront que la défaite des Conservateurs aux élections fédérales de 1993 peut servir de précédent prouvant que les Canadiens ne sont pas disposés à accepter une violation aussi flagrante des règles d'un bon gouvernement et que, de fait, la convention de transition est bien vivante au Canada* ».

Le professeur Wilson lors de son audition devant le Sénat a souligné que « *Le Premier ministre Campbell s'est moquée allégrement des convenances [...] Affirmer que sa décision était un exercice du pouvoir déplacé du point de vue constitutionnel est bien peu dire, selon moi, mais dans le contexte de nos coutumes et celles d'autres régimes parlementaires, cela suffit également pour justifier toutes les mesures qui s'imposent afin d'annuler l'accord* », Comité spécial du sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, Partie II - Rapport minoritaire, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-ii-f.htm>.

<sup>214</sup> Sur les difficultés de la commission : F. MACDONALD, « La difficile chasse aux documents dans l'enquête Pearson », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 20, n°4, 1997, p. 2 à 6.

Soulignons également que la commission s'est inspirée de l'expérience australienne pour statuer sur l'existence de « *la convention de transition* ».

<sup>215</sup> Rapports consultables sur le site internet du Sénat canadien.

Les débats mettent en lumière toutes les difficultés qui peuvent émerger dans l'identification et la valeur d'une règle constitutionnelle non codifiée<sup>216</sup>. Alors que le professeur Wilson<sup>217</sup> reconnaît et défend l'existence d'une convention de la Constitution, les professeurs Malory et Heard<sup>218</sup> se rangent du côté d'une analyse plus fine de la règle. Ils soulignent en effet que le gouvernement dispose de ses pléines compétences jusqu'à ce que le résultat des élections soit connu. Selon ces derniers, la règle de la transition ne s'applique qu'à compter de la défaite du gouvernement devant les électeurs ou la Chambre des communes (expression que l'on retrouve dans la directive). Une fois défait, le gouvernement doit « *éviter de prendre des décisions lourdes de conséquences et d'effectuer des nominations importantes* ». Dès lors, la signature du contrat de l'aéroport Pearson ayant eu lieu après la dissolution mais avant les élections, aucune convention n'a été enfreinte, selon ces derniers.

Les quelques exemples développés plus haut confirment l'analyse menée jusqu'ici. Comme dans le cas des décisions politiques ou des nominations « importantes », il est attendu que les opérateurs politiques fassent preuve d'une certaine retenue. Si toutefois une telle retenue ne peut être observée, il convient de prendre une décision non partisane, neutre.

L'élément plus particulier qui ressort de l'étude des situations de conflits relative à la conclusion de contrat en période électorale réside dans la difficulté d'une part, de limiter l'action du gouvernement (notamment pour les fonctionnaires de l'exécutif) et d'autre part, de sanctionner un gouvernement qui aurait enfreint cette règle<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Alors que le rapport ne semble pas reconnaître l'existence de la convention, se fondant sur l'analyse des Professeurs Mallory et Heard, Rapport du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, Partie 1, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-i-f.htm>.

Le rapport de l'opinion dissidente reconnaît l'existence d'une convention de la Constitution, se fondant sur l'analyse de Jocelyne Bourgon (sous-ministre des transports) et du Professeur John Wilson, Rapport du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, Partie 2, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-ii-f.htm>.

<sup>217</sup> Rapport du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, Partie 1, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-i-f.htm>.

<sup>218</sup> A. HEARD, « Conventions constitutionnelles et campagnes électorales », art. cit.

<sup>219</sup> Dans le cas de l'affaire des accords de l'aéroport Pearson le parti Conservateur fut sanctionné par une défaite aux élections fédérales.

S'agissant des contrats, la convention est certes difficile à établir mais le comportement attendu est clair : il convient d'exercer une certaine retenue et de consulter l'ensemble des acteurs en cas de prise de décision indispensable à la bonne marche du gouvernement.

## **Conclusion : une convention nécessaire mais à la portée discutable**

La période électorale est, comme nous avons tenté de le démontrer, un moment de tension politique et institutionnelle. L'absence d'un parlement susceptible de contrôler et limiter l'action du gouvernement rend cette période propice aux excès. Durant cette période de transition, l'Etat continue à fonctionner et le monarque doit continuer à être conseillé<sup>220</sup> ; pour autant, la pratique a montré le besoin de donner des limites à l'action du gouvernement.

Les limites apportées au gouvernement sont le fruit d'une lente évolution, reflet de la nature flexible des règles non codifiées. Cependant, est-il opportun de qualifier les règles de la transition de convention de la constitution ? Si l'on se réfère aux critères classiques de la convention, notamment le caractère obligatoire que celle-ci doit revêtir, les entorses à la règle semblent fournir une réponse négative<sup>221</sup>. En effet, les nombreux contre-exemples à la règle semblent démontrer que son caractère obligatoire est relatif. Par ailleurs, les nombreuses violations de la règle n'ont pas, en elles-mêmes, causé de crises institutionnelles majeures. Comme le souligne le Professeur Hogg, l'un des éléments à considérer dans l'étude du droit non codifié est l'effet de la violation de la règle<sup>222</sup>.

Le second élément qu'il convient de mettre en avant est le changement de nature de la règle<sup>223</sup>. Le rôle grandissant des administrations et le développement des circulaires tendent à prouver que la convention de transition revêt une nouvelle dimension. Sans tomber dans le travers d'en faire une « convention administrative » ou le symbole d'une « dépolitisation » des conventions de la constitution, cette évolution de la règle montre la nature complexe que peut revêtir le droit constitutionnel non codifié. Ivor Jennings rappelle que la fonction première des règles non écrites est de permettre un fonctionnement harmonieux des institutions<sup>224</sup>. Cet élargissement dans la

---

<sup>220</sup> G. WINTERTON, « Tasmania's Hung Parliament, 1989 », art. cit.

<sup>221</sup> I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 136 ou *Cabinet Government*, op. cit., chapitre 1<sup>er</sup>, p. 1 et suivantes sur les limites de la force obligatoire.

<sup>222</sup> P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, op. cit., p. 81.

<sup>223</sup> J. MENZIES, A. TIERNAN, « Chapt. 5 - Caretaker Conventions », art. cit., p. 111.

<sup>224</sup> I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 102.

sphère administrative en est une illustration. Les règles applicables en période électorale relèvent du *fair play* politique, de la bonne foi institutionnelle. Elles sont des règles de moralité constitutionnelle dont la garantie n'est plus assurée – seulement – par le pouvoir politique mais également par les agents de l'Etat. Il ne saurait en effet reconnaître aux fonctionnaires la seule garantie de la neutralité de l'Etat. Le respect de la règle incombe d'abord et avant tout au Cabinet, la dimension administrative n'intervenant qu'en second lieu et à titre secondaire. Il s'agit là d'une règle institutionnelle qui revêt plusieurs facettes.

Sans doute la crainte d'une dépolitisation de la règle et d'un changement de nature est-elle entretenue par le développement des circulaires et autres codes de conduite, à destination des fonctionnaires. Ce mouvement récent vers une formalisation des règles politiques témoigne de la volonté d'officialisation et de reconnaissance de ces règles non codifiées. Les agents de l'administration sont en recherche de stabilité et de clarté. Les circulaires et *Cabinet manuals* représentent des outils d'analyse politique fondamentaux. Ils sont également des instruments de mémoire institutionnelle à ne pas négliger. Pour autant, ce mouvement vers une reconnaissance des règles politiques ne doit pas prospérer sous peine de se retourner contre son auteur. Rappelons-le, les directives prennent soin de rappeler la nature éminemment morale et politique des règles. Les documents qui reconnaissent les pratiques de la transition ne sont pas « *du droit strict* ». Il s'agit là d'une mise en garde contre le risque que peut représenter une trop grande formalisation. La rigidification de ces règles se révélerait un danger, mirage d'une volonté de codifier le droit politique dans une loi rigide. Il existe cependant des pistes de réflexion pour faciliter la transition. En effet, le passage à des échéances électorales fixes<sup>225</sup> permettrait à tous les acteurs politiques, membres du gouvernement ou de l'opposition de préparer sereinement la campagne électorale. Les pratiques institutionnelles en période électorale apparaissent, à n'en pas douter, comme un rouage essentiel du fonctionnement du système de gouvernement, visant, comme les autres règles de droit non codifiées à maintenir une logique de responsabilité ou de

---

<sup>225</sup> C'est d'ailleurs le choix de la plupart des Etats australiens ou en Angleterre depuis 2011.

limitation du pouvoir. Elles incarnent un seuil minimal, un « *art de gouverner*<sup>226</sup> », un point de référence vers lequel les acteurs politiques doivent tendre.

---

<sup>226</sup> A. HEARD, « Conventions constitutionnelles et les campagnes électorales », art. cit.

## CONCLUSION DU TITRE 4 – UNE CLASSIFICATION DE LA RECONNAISSANCE DES REGLES DE FONCTIONNEMENT DU SYSTEME DE GOUVERNEMENT

« *Le défi pour les décideurs politiques réside dans le fait de faire fonctionner ces constitutions. Depuis une dizaine d'années une série de règles formalisées furent développées, en partie par des administrations, en partie par des premiers ministres afin de définir la conduite et le comportement attendu d'un ministre. Ces règles de fonctionnement sont, au sens plein du terme, une présentation de la constitution en état de marche. Leurs développements progressifs illustrent comme ces règlements formalisés habillent de chair le squelette que sont les conventions<sup>1</sup> ».*

Les documents étudiés dans ce titre sont l'incarnation d'une mémoire institutionnelle et politique. Ils sont le reflet de la nature politique et vivante, flexible du droit constitutionnel. Consciemment ou pas, les auteurs de ces outils de formalisation donnent sa pleine mesure à l'expression de « *droit politique* » pour définir le droit constitutionnel. Les *Cabinet manuals* et autres codes de conduites identifiés renouent en réalité avec la tradition des coutumiers de l'Ancien Régime. Ils servent un objectif immédiat, celui de préserver, de conserver, d'archiver la mémoire politique et institutionnelle. Ces outils nourrissent un deuxième objectif, celui de rendre accessible les règles du gouvernement. Il ne s'agit pas de vulgariser les règles constitutionnelles qui sont censées guider et orienter l'action des gouvernants.

A l'appui de cette idée, Geoffrey Marshall prolonge l'analyse d'Ivor Jennings en expliquant que les conventions sont obligatoires d'abord car l'individu censé y obéir se sent lié par cette obligation. D'après ce dernier, l'important est « *la moralité positive* » plutôt que « *la moralité critique* » de la constitution. En effet, cette substitution permet de porter un regard sur un comportement objectif plutôt que de

---

<sup>1</sup> P. WELLER, « chapt. 4 – Cabinet Government » (p. 72 à 90), dans B. GALLIGAN et S. BRETON, *Constitutional Conventions in Westminster Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 79 à 80.

s’attarder sur un comportement au regard de ce que l’observateur estime qu’il devrait être<sup>2</sup>. Cela permet, dans une certaine mesure de dépassionner la vie politique et de juger le comportement des acteurs à l’aune et à l’aune seulement d’une recommandation objective. Les *Cabinet manuals* et autres documents relatifs au fonctionnement des organes de l’Etat sont certes issus d’une dynamique partisane, toutefois, leur formalisation souvent reprise d’un gouvernement, d’une administration à l’autre tend à renforcer leur neutralité.

Ces guides et recommandations, à l’image de ceux étudiés au moment d’un intérim gouvernemental, servent l’objectif de poser une règle et de clarifier les situations qui peuvent donner lieu à controverse, notamment vis-à-vis de l’opinion. La force obligatoire naît de la publicité et la mise à disposition de ces outils.

Ces œuvres de formalisation participent davantage à une œuvre d’éducation du publique. Cette volonté pédagogique incarne elle aussi deux objectifs : lever le voile sur la constitution et présenter une constitution telle qu’elle devrait être. Cette entreprise de formalisation entend présenter la constitution telle qu’elle fonctionne. On retrouve ainsi, une volonté de rendre positive la constitution. Rappelons-le, cette volonté de rendre positive et de formaliser la constitution ne suppose pas (encore) une faculté pour le juge de se saisir de l’application et sanctionner les manquements à ces prescriptions. Il s’agit simplement de reconnaître le fait que la constitution est bien une œuvre de l’esprit d’une part, et qu’elle est un organisme en évolution régulière, d’autre part.

La logique de formalisation à l’œuvre vise donc à présenter la constitution telle qu’elle est, telle qu’elle fonctionne<sup>3</sup>. Par ailleurs, la démarche de formalisation ne revêt

---

<sup>2</sup> G. MARSHALL, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 211 et suivantes.

<sup>3</sup> On serait d’ailleurs tenté de voir dans cette dernière idée un écho à la logique du positivisme allemand qui distingue le *sein* et le *sollen*. Raymond Carré de Malberg se fondant sur Jellinek insiste sur l’unité dans le droit et rappelle que les organes de l’état et l’état ne peuvent être dissociés, l’ensemble forme un tout, R. CARRE DE MALBERG, *contribution à la théorie générale de l’état*, Paris, Editions du CNRS, 1962, tome 2, p. 289.

pas, comme cela a été évoqué en conclusion du chapitre 7, la même portée dans les systèmes considérés.

En Australie, au Canada et en Nouvelle-Zélande, les outils de reconnaissance visent à donner de la substance aux énoncés des constitutions codifiées. Les documents de reconnaissance prolongent et précisent le fonctionnement des organes de l'Etat. Dans une certaine mesure, l'absence de ces documents ne changerait pas fondamentalement le système de gouvernement. Cela est d'autant plus vrai si la constitution consolidée est précise. Ainsi, les états australiens qui ont progressivement effectué un travail de consolidation important des éléments relatifs aux modalités de fonctionnement de leurs institutions. Ces documents sont adoptés et amendés par le gouvernement ou les parlements successifs. Ils opèrent comme un véritable guide d'application de la constitution codifiée. En Nouvelle-Zélande, le *Constitution Act* de 1986 est à lire en lien avec d'autres lois, notamment celle de 1993 relatives au système électoral. Les documents relatifs au fonctionnement institutionnel permettent la encore de densifier la Constitution.

La démarche est sensiblement différente en Angleterre. Compte tenu de cette situation singulière, les documents adoptés par les organes constitutionnels offrent une véritable fenêtre sur la constitution. Ces outils permettent de définir la constitution. Cette entreprise de définition fait écho à l'analyse de John Stuart Mill lorsqu'il tente de définir les « *maximes non écrites* » du droit constitutionnel britannique. Il souligne que : « *chaque branche du [gouvernement] nécessite une expertise, qui dispose de ses propres principes particuliers et ses règles traditionnelles, dont nombreuses ne sont pas même connues, de quelque manière concrète que ce soit. Ces règles ne sont connues que de ceux qui à un moment donné ont participé à la conduite des affaires [de l'Etat]. Aucune de ces règles n'est susceptible d'être pleinement appréciée par des personnes étrangères au fonctionnement du département. Je ne veux pas dire que la conduite des affaires publiques repose sur des mystères ésotériques, qui ne peuvent être appréhendés que par les initiés. Ses principes sont intelligibles à toute personne de bon sens, qui garde présent à l'esprit une image exacte des circonstances et des*

*situations à traiter : mais pour l'avoir, il faut qu'elle connaisse ces circonstances et ces conditions ; et la connaissance ne vient pas par intuition<sup>4</sup> ».*

Ainsi, on voit bien comment les manuels de gouvernement et autres guides de conduite permettent de révéler une constitution qui n'était jusqu'ici que réservée à des initiés ou à une portion instruite dans les rouages et l'art du gouvernement. D'une œuvre mystérieuse ou réservée à un corps dirigeant, la constitution devient un bien commun. Chaque membre de la société en devient le dépositaire et le gardien par le biais d'une connaissance minimale, à défaut d'être experte. Ces documents ayant une autorité politique servent un objectif de démocratisation des questions et des enjeux institutionnels. La constitution est dorénavant à la portée de toute personne intéressée<sup>5</sup>.

A ce stade de l'analyse, et comme nous l'avons proposé en conclusion du titre 3, nous proposons une classification des entreprises de formalisations. On trouvera des écrits de compilations sans autres formes d'analyses, comme le *Precedents Book* de 1954, l'*Estacode* de 1943 en Angleterre ou les règles de fonctionnement du service public comme le *Public Service Code of Conduct* de 2005 (Nouvelle-Zélande). Certains documents tentent de systématiser le fonctionnement interne d'un organe comme les *Cabinet manuals*, le *House of Representatives practice* (du Parlement australien), les *standing orders* ou les *Companion to the Standing Orders* qui existent pour la Chambre des Lords britannique ou dans l'Etat de la Capitale australienne. Certains documents ont vocation, sur la base de l'expérience, à prévenir d'éventuels abus ou blocages institutionnels dans le cas d'une situation qui, par nature est incertaine, comme les guides et autres directives adressés tant aux administrations, qu'aux ministres en période d'élections ou d'intérim gouvernemental. Au-delà de la mise en lumière du système de gouvernement, ces documents couchent sur le papier les règles informelles qui guident la mise en œuvre de la constitution et entendent incarner l'idée d'Ivor Jennings d'un fonctionnement harmonieux du gouvernement.

---

<sup>4</sup> J.S. MILL, *On Liberty, Utilitarianism, and other essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 231.

<sup>5</sup> En réalité elle l'a toujours été, simplement l'accès à la connaissance a été simplifié.

L'une des difficultés essentielles qui demeure est celle de distinguer la convention constitutionnelle de l'arrangement politique. Dans ces documents il est souvent difficile de différencier ces deux éléments. Cette difficulté s'explique par le fait qu'une convention est politique par nature. Elle est le fruit d'un arrangement politique devenu nécessaire et respecté au-delà des clivages partisans. « *Ce sont des règles de conduite politique ou des usages contraignants susceptibles d'être modifiés ou de simplement disparaître à mesure que les conditions et les idées changent*<sup>6</sup> ».

Ces documents ont ainsi le mérite de réconcilier la plume et l'idée. Ils visent à formaliser sans codifier ou consolider le système de gouvernement. Ils posent les règles et les traits saillant du système de gouvernement tout en préservant la flexibilité de ce dernier. L'ambition est de poser sans dénaturer ou cristalliser la constitution. Les entreprises de reconnaissance aboutissent à l'union entre la formalisation constitutionnelle et la nature politique de cette dernière, tout en dépassant l'aporie sémantique du droit non codifié ou de la constitution coutumière. Ces outils de reconnaissance servent ainsi de trait d'union constitutionnel et politique.

---

<sup>6</sup> S. A. DE SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Penguin Books, 1971, p. 37.

## Conclusion de la Partie 2 : Codification et formalisme, deux mécanismes complémentaires

---

*« Il est certains qu'un juriste en droit constitutionnel n'admettra pas qu'il puisse exister un problème qu'il ne puisse régler avec le texte approprié. Toutefois, nous devons garder à l'esprit que cela est une solution de papier. Le juriste crée le cadre juridique pour la mise en place d'institutions. Les institutions dépendent d'hommes et de femmes ; pas seulement les hommes et les femmes qui gouvernent mais les hommes et les femmes qui sont gouvernés<sup>1</sup> ».*

Le développement qui s'achève analysaient les modalités de révélation du système de gouvernement. Il apparaît que le système de gouvernement est une virtualité dont l'existence réelle n'est interrogée qu'au moment d'une crise institutionnelle. Ce n'est que dans l'hypothèse où la conception du système de gouvernement ne fait pas plus consensus ou que l'interprétation évolue le système de gouvernement se révèle. En effet, les crises servent à révéler la constitution. Les crises australienne de 1975, néozélandaise de 1984 ou canadienne de 2008 permettent de s'interroger sur la valeur d'une règle de gouvernement considérée comme fixée. Ce qui est à ce titre saisissant c'est l'usage du discours politique dans ces situations.

---

<sup>1</sup> I. JENNINGS, *The approach to Self-government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 24.

A l'occasion de ces crises ou blocages institutionnels deux types, d'arguments s'opposent. On trouve d'un côté les tenants d'une application de la constitution codifiée, de la lettre de la constitution et de l'autre ceux prônant une lecture constructive du texte. Les premiers utilisent l'idée que la lettre de la constitution se suffit. En un sens, ils s'inscrivent dans la logique de Daunon qui déjà en France en 1795 déclarait « *la constitution, toute la constitution, rien que la constitution* ». Compte tenu de la nature de la constitution, au-delà du cas des épigones une telle lecture ne saurait prospérer. En effet, dans le développement constitutionnel des dominions, une lecture aussi restrictive de la constitution est intenable. En réalité, les tenants d'une lecture littérale de la constitution projettent sur la constitution codifiée une série d'énoncés qui servent à justifier un comportement critiqué par les tenants d'une lecture plus constructive de la constitution. La deuxième analyse défend l'idée d'un système de gouvernement qui repose sur des fondements historiques et politiques ; sur une certaine conception du pouvoir en somme. Il serait présomptueux et vain d'apporter une réponse à ce débat en tentant de dire ce qu'est la constitution au sens de règles de gouvernement. C'est justement là que la question de la formalisation revêt toute son importance.

Au-delà de l'analyse des différents types de formalisation, l'analyse de l'élément déclencheur est important. En effet, c'est souvent à l'issue d'une crise institutionnelle que la formalisation apparaît comme une solution<sup>2</sup> visant premièrement à préciser les contours d'une règle de gouvernement et deuxièmement, à prévenir des blocages à venir.

Certains auteurs comme le Juge Evatt<sup>3</sup> ou Colin Munro<sup>4</sup> voient, dans la codification, une tentative pour apporter de la clarté aux règles du système de gouvernement. Les tentatives de codification mettent en lumière les difficultés liées d'une part à l'identification de la règle et d'autre part, la construction d'une définition

---

<sup>2</sup> Si l'on pense aux conventions constitutionnelles australiennes en réponse à la crise de 1975 ou l'adoption du *New Zealand Constitution Act* en 1986, en réponse à la crise de 1984.

<sup>3</sup> H. V. EVATT, *The king and his Dominion governors, A study of the Reserve Powers of the Crown in Great Britain and the Dominions* 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Franck Cass & Co Ltd, 1967, p. 172 et suivantes.

<sup>4</sup> C. R. MUNRO, « Laws and Conventions Distinguished », *Law Quarterly Review*, vol. 91, 1975, p. 218 à 235.

précise de la règle en question. Cela explique sûrement le succès relatif de ces tentatives, notamment en Angleterre ou en Australie

Le succès mitigé des expériences de codification explique sans doute l'essor des outils de formalisation (qui existaient de longue date). Ces outils sont un terrain privilégié d'étude du droit constitutionnel et de définition du système de gouvernement. Ils permettent d'apporter une forme de clarté à certaines de ces règles de gouvernement auxquelles la codification ne peut pas qu'imparfaitement parvenir. Ces outils, certes intéressants, sont également le reflet d'une volonté politique. Les guides incarnent une démarche intéressante de reconnaissance formelle d'un consensus politique tout en préservant la flexibilité de la règle. Ces documents participent également à une œuvre d'éducation. En effet, les dernières éditions des documents sont publiques et permettent ainsi à chacun de s'informer sur cette notion, encore mal comprise.

## Conclusion : l'héritage de Westminster, de la constitution d'un cadre à celle d'un ordre

---

*« Nos modes de pensée ont été adoptés par nos élèves. Puis nos élèves ont commencé à enseigner à leurs professeurs. La tradition constitutionnelle britannique est partagée par les États-Unis, mais avec une différence si substantielle qu'elle est à l'origine d'une nouvelle tradition, qui s'est propagée en Afrique centrale et du Sud [...] La tradition britannique a également réagi au Canada, Australie, Inde et Pakistan. L'Inde et le Pakistan aussi ont appris du Canada et de l'Australie. Tous ces pays ont appris de la Grande-Bretagne et les uns des autres. Ils ont expérimenté par eux-mêmes. En conséquence, nous avons une série de précédents si vastes que presque personne et peut-être personne ne les connaît tous. Néanmoins, ils sont à l'abri dans la mémoire de certains ou du moins accessibles dans les livres<sup>1</sup> ».*

La présente thèse débutait sur le constat de la difficulté de définir le sens de la constitution. En effet, les définitions peinent à définir le concept dans son ensemble et à rendre pleinement compte de la richesse de cette notion. L'expérience des épigones de Westminster apporte une réponse à cette recherche de sens. Les anciennes colonies ont, à l'image de l'Angleterre, changé.

La première partie de cette recherche s'intéressait à la construction du système de gouvernement propre aux épigones d'inspiration britannique. Cette construction s'est réalisée d'abord sur la base d'un discours politique. Ce n'est que sur le fondement de ces revendications que la métropole changea d'abord de modalités d'administration sans nécessairement changer la structure constitutionnelle formelle mise en place. Cette

---

<sup>1</sup> I. JENNINGS, *The approach to Self-government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 23.

première évolution démontre que le plan organisé, le schéma préétabli n'a jamais fait partie de l'attirail du juriste de l'Empire<sup>2</sup>. Ce sont bien les revendications pour un régime de gouvernement plus libéral qui ont contribué à modifier l'exercice du pouvoir. Ainsi, les discours politiques ont mené à une évolution et un changement des directives adressées au gouverneur dans les colonies. L'idée a ici précédé la forme. En effet, les règles et principes directeurs reconnus par les individus chargés des affaires de l'Etat ne nécessitaient pas de codification. Bien que non codifiée, ces règles se trouvaient formalisées clairement. Cette formalisation était présente et se trouve toujours présente dans chaque acte de la vie politique.

Le regard tourné vers l'Angleterre, l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande se sont inspirés de cet exemple avant de le transformer. Les trois épigones ont chacun à leur manière, compte tenu de leur problématique et de leur histoire particulière, appris de ce système à partir duquel ils ont ensuite bâti des fondations solides. Avec le temps, l'Angleterre a également appris de ces épigones et s'est inspirée de leur expérience institutionnelle.

Les mécanismes de codification ou de formalisation ont toujours intéressé le juriste qui, au moins d'une plume plus ou moins précise et plus ou moins exhaustive, a tenté de poser sur le papier la constitution telle qu'elle est, tenant compte à la fois du cadre mais également des points de tensions qui le parcourent. C'est la raison pour laquelle codification et consolidation participent de la même logique de formalisation. Les rédacteurs ont tenté de réunir la plume et l'idée du système de gouvernement selon des énoncés divers. Il s'agit de tenter de définir avec précision ce système de gouvernement ; il s'agit de reconnaître sans les définir les règles de système ou encore de définir la règle en admettant qu'elle reste sujette à des contraintes qui ne peuvent pas faire l'objet d'une codification adéquate. Les architectures formelles codifiées ne peuvent prétendre poser un cadre clos sur lui-même. En effet, l'ordre constitutionnel est le fruit d'une histoire et d'une conception du pouvoir qui ne peut être figé. Le cadre

---

<sup>2</sup> S. A. DE SMITTH, *The New Commonwealth and its Constitutions*, London, Stevens & Sons, 1964, p. 78.

codifié tente en réalité de poser des bornes en pointillés. La constitution est le reflet d'une forme de pragmatisme de gouvernement<sup>3</sup> qui s'opère en creux des formes.

Trop souvent les acteurs politiques et les juristes ont tenté de rechercher dans la codification une source de sécurité, convaincus que l'adoption d'une loi ou d'un texte de systématisation permettrait de limiter le hasard et les incertitudes inhérentes à l'idée même de constitution. La codification n'est qu'une tentative de figer la constitution à un moment donné en oubliant que la pratique politique trouve toujours un chemin. C'est la raison pour laquelle les réflexions relatives à la codification font écho à une remise en cause du système. Il s'agit d'un mécanisme par lequel le système constitutionnel s'interroge sur lui-même. A titre d'exemple, le décès de la Reine Elisabeth II, au-delà de l'impact que l'événement eu sur le *Commonwealth*, a accéléré le retour d'un mouvement républicain, qui existe de longue date. Ce phénomène avait fait l'objet d'un référendum en 1999<sup>4</sup> en Australie. A cette occasion, l'étude des débats parlementaires et des projets de constitutions républicaines permet de s'interroger sur les rapports entre le chef de l'Etat et le chef du gouvernement. Il est saisissant de voir combien la question d'un chef président élu au suffrage universel direct porte en lui la crainte d'un bouleversement institutionnel<sup>5</sup>. En effet, auréolé de cette légitimité élective, ce dernier pourrait affaiblir la fonction de chef du gouvernement<sup>6</sup>. Le choix arrêté à l'occasion du référendum australien ou dans les autres projets de république, comme celui de Geoffrey Palmer et Buller<sup>7</sup> est celui d'une élection par le Parlement. Par ailleurs, un soin particulier est apporté à bien définir les rapports entre les deux têtes de l'exécutif<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> I. JENNINGS, *The approach to Self-government. op. cit.*, p. 56.

<sup>4</sup> S. MURRAY, « L'avenir de L'Australie et ses relations avec le Royaume-Uni : de la monarchie à la République ? », *Pouvoirs*, n°141, 2012, p. 92 à 101. Cette question a également fait l'objet d'un nouveau rapport en 2004 Senate Legal and Constitutional References Committee, *The Road to a republic*, Department of the Senate, Parliament House Canberra, 2004.

<sup>5</sup> G. WINTERTON, *Monarchy to Republic: Australian Republican Government*, Melbourne, Oxford University Press, 1986.  
G. WINTERTON « Monarchy to Republic Choosing a Republican Head of State », *A Journal of Policy Analysis and Reform*, vol. 2, n°2, 1995, p. 135 à 147.

<sup>6</sup> Constitutional Convention (on republic), Transcript of Proceedings, 2 to 13 February 1998, Old Parliament House, Canberra.

<sup>7</sup> G. PALMER G., A. Butler, *A Constitution for Aotearoa New Zealand*, Wellington, Victoria University Press, 2018, p. 29 à 77.

<sup>8</sup> Constitutional Convention (on republic), Transcript of Proceedings, 3 February 1998, Old Parliament House, Canberra, p. 137 à 142, en annexe.

Les débats sur la république en Australie, au Canada et en Nouvelle-Zélande ouvrent une nouvelle ère de réflexion sur la nature intrinsèque de la constitution au-delà de son unique conception formelle.

En définitive, distinguer les constitutions en fonction de leur caractère formel ou coutumier revient à céder à la facilité et créer des distinctions, là où, en réalité, il règne une certaine unité. La constitution se définit sur la base de nombreux supports qui sont liés entre eux, par le système de gouvernement lequel permet d'instituer un ordre cohérent. Pour répondre à l'une des interrogations soulevées au début de la recherche, réduire la constitution à l'idée d'une « loi suprême », c'est oublier que l'idée même de constitution est « *une chose, vivante qui croit comme croissent les hommes et qui se transforme incessamment suivant les lois subtiles et complexes du caractère humain. Elle est fille de sagesse et du hasard*<sup>9</sup> ». La notion de constitution est un organisme complexe, un ensemble hétéroclite qui concrétise les modalités d'exercice du pouvoir. Ce système est irrigué et parcouru d'influences nombreuses et diverses, qui exercent une forme de pression afin de permettre à la constitution de demeurer ce qu'elle est, un outil au service d'une idée.

---

<sup>9</sup> L. STRACHEY, *La Reine Victoria*, Paris, Payot & Rivages, 2015, p. 217.

## Bibliographie

---

### Ouvrages et thèses.

Addison P., *Churchill: The Unexpected Hero*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Aldous R., *The Lion and the Unicorn, Gladstone vs Disraeli*, Londres, Pimlico, 2007.

Alexander F., *Australia Since Federation – A Narrative and Critical Analysis*, 3<sup>ème</sup> éd., Thomas Nelson & Sons, 1976.

Andrews C. M., *The Royal Disallowance*, Worcester, The Davis Press, 1914.

Aroney N., *The Constitution of a Federal Commonwealth – The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Avril P., *Les conventions de la Constitution - Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997.

Ayres P. J. *Malcolm Fraser: A Biography*, Richmond, William Heinemann Australia, 1987.

Bagehot W., *The English Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd (1872), réimpression, Londres, Republished Classics, 2013.

Banks J., *The Journal of Joseph Banks During Captain Cook's First Voyage in Endeavour in 1768-1770*, New York, Macmillan, 1896.

Baranger D., *Ecrire la Constitution non écrite – Une introduction au droit constitutionnel britannique*, Paris, PUF Léviathan, 2008.

Baranger D., *Le parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999.

Barber N. W., *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Barwick G., *Sir John Did His Duty*, Wahroonga, Serendip Publications, 1983.

Beaglehole J. C., *New Zealand and the Statut of Westminster*”, Wellington, Whitcombe & Tombs, 1944.

Beanland D., *The Queensland Caesar: Sir Thomas Mcilwarth*, Denver, Boolarong Press, 2013.

Belgrave M., Kawharu M., Williams D., *The Treaty of Waitangi: Perspectives on the Treaty of Waitangi*, 2<sup>ème</sup> éd., Melbourne, Oxford University Press, 2005.

Bennett J. M., *Some Papers of Sir Francis Forbes, First chief Justice in Australia*, Sydney, Parliament of New South Wales, 1998.

- Bentham J., *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, Edinburgh, William Tait, 1838- 1843, 11 volumes.
- Bisset R., *The History of the Reign of George III*, Philadelphie, Levis & Weaver, 1811, 3 volumes.
- Black C. L., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Woodbridge, Ox Bow Press, 1969,
- Blackmore E., *The Law of the Constitution of South Australia*, Adelaïde, Government Printer, 1894.
- Blackstone W., *Commentaries on the Law of England*, St Paul, West Publishing Co, 1897.
- Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1756, 2 volumes.
- Blick A., *The Codes of the Constitution*, Portland, Hart Publishing, 2015.
- Bogdanor V., *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, Londres, I. B. Taurius, 2019.
- Bogdanor V., *The Monarchy and the Constitution*, Londres, Clarendon Press, 1995.
- Boyce P., *The Queen's Other Realms The Crown and Its Legacy in Australia, Canada and New Zealand*, Sydney, The Federation Press, 2008.
- Bradley A. W., EWING K. D. et KNIGHT C. J. S., *The Constitutional and Administrative Law*, 16<sup>ème</sup> éd., Londres, Harlow Pearson, 2015.
- Bradshaw F., *Self-government in Canada, and how it was Achieved: The Story of Lord Durham's Report*, Londres, P.S King & Son, 1930.
- Brady A., *Democracy in the Dominions A Comparative Study in Institutions*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, University of Toronto Press, 1952.
- Brazier R., *Constitutional Practice, The Foundation of British Government*, 3<sup>ème</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Buckle G. E., *The Life of Benjamin Disraeli, Earl of Beaconsfield*, Londres, John Murray, 1910, 6 volumes.
- Burdeau G., *Traité de Science Politique*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, Statut du pouvoir dans l'Etat, 1983, 10 volumes.
- BURKE E., *Speeches on American Taxation, on Conciliation with America & Letter to the Sheriffs of Bristol*, Londres, Macmillan & Co, 1917.
- Burt A. L., *The Old Province of Quebec*, Toronto, Clarenton Library, 1968, 2 volumes.
- Butler D., *The Canberra Model: an Essay on Australian Government*, Melbourne, Cheshire, 1973.

- Campion G., *A treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, 14<sup>ème</sup> éd., Londres, Butterworths, 1946.
- Campion G., *An Introduction to the Procedure of the House of Commons*, 3<sup>ème</sup> éd., Londres, Macmillan & Co., 1958.
- Careless, J. M. S., *The Union of the Canadas; the Growth of Canadian Institutions*, McClelland & Stewart, 1967.
- Carney G., *The Constitutional Systems of Australian States and Territories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Carre De Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'état*, Paris, Editions du CNRS, 1962, 2 volumes.
- Chadwick J., *Newfoundland Island into Province*, Cambridge, Cambridge University press, 1967.
- Cheffins R., Tucker R.N., *Constitutional Process in Canada*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1976.
- Chen M., Palmer G., *Public Law in New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- Chevallier J.- J., *L'évolution de l'Empire britannique*, 2 volumes, Paris, Les éditions internationales, 1930.
- Clement W. H. P., *The Law of the Canadian Constitution*, 3<sup>ème</sup> éd, Toronto, the Carswell Company, 1916.
- Combe G. D., *Responsible Government in South Australia*, 3<sup>ème</sup> éd, Adelaïde, Parliament of South Australia, 2009.
- Constant B., *Ecrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997 (réédition).
- Cook J., *Les trois voyages du Capitaine Cook autour du monde racontés par lui-même*, Paris, M. Dreyfour, (pas de mention de l'année d'édition).
- Cook J., *The Three Voyages of Captain James Cook Round the World*, Londres, Longman, Hurst Rees, Orme and Brown, 1821, 7 volumes.
- Cooray L. J. M., *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, Sydney, Legal Books PTY LTD, 1979.
- Cornwall L., *An Essay on the Gouvernement of Dependencies*, (1<sup>ère</sup> éd. 1841), Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Cox W., *Exercise of the Reserve Powers of the Governor of Tasmania*, Actes de la 22<sup>ème</sup> journée d'étude de la Société Samuel Griffith, août 2011.
- Dawson R. M., *The Development of Dominion Status 1900-1936*, Londres, Frank Xass & Co. Ltd, 1965.

- De Lolme J. L., *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais, Comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, 2<sup>ème</sup> éd, Londres, Robinson et Murray, 1785, 2 volumes.
- De Smith S. A., Brazier R., *Constitutional Law and Administrative Law*, 8<sup>ème</sup> éd, Londres: Penguin Books, 1998.
- De Smith S. A., *Constitutional and Administrative Law*, Londres, Penguin Books, 1971.
- De Smith S. A., *The New Commonwealth and its Constitutions*, Londres, Stevens & Sons, 1964.
- Dicey V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>ème</sup> éd, Indianapolis, Liberty Fund, 1915.
- Disraeli B., *Vindication of the English Constitution in a Letter to a Noble and Learned Lord*, Londres, Saunders and Otley, 1835.
- Einzig P., *The Control of the Purse : Progress and Decline of Parliament's Financial Control*, Londres, Secker & Warburg, 1959, p. 164.
- Evans H., Laing R., *Odger's Australian Senate Practice*, 13<sup>ème</sup> éd., Canberra, Department of the Senate, CanPrintsCommunications Pty Ltd, 2012.
- Evatt H. V., *The King and his Dominions Governors A Study of the Reserve Powers of the Crown in Great Britain and the Dominions*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Franck Cass Co Ltd, 1967.
- Evatt H. V., *The Royal Prerogative*, Londres, The Law Book Company Limited, 1987.
- Fitzgerald M., *New Zealand Parliament Debates, 1856-1858*, Wellington, G. Didsbury, 1885.
- Fitzsimmons J. E., *The transportation of convicts to New South Wales, Australia, 1787-1840: Could free men and bondsmen exist together?*, Electronic Theses and Dissertations. 1970, disponible sur le site de l'Université de Windsor: <https://scholar.uwindsor.ca/etd/6851>.
- Forsey E. A., *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, Toronto, Oxford University Press, 1943
- Forsey E. A., Evatt H. V., *Evatt and Forsey on the Reserve Powers*, Sydney, Legal Book, 1990.
- Freeman E. A., *The Growth of the English constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Macmillan, 1873.
- Freund J., *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965.
- Garneau F. X., *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours*, Québec, Imprimerie de Fréchette et Frère, 1883, 4 volumes.
- Gren M., *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, Bibliothèque des thèses n°185, 2019.

Grey H. G., *The Colonial Policy of Lord John Russell's Administration*, Londres, John Edward Taylor, 1853, 2 volumes.

Guigue A., *Les finances publiques du Royaume-Uni*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

Guilluy T., *Du « Self-Government » des dominions à la dévolution : recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2018.

Guyon R., *La constitution australienne de 1900*, Paris, A. Chevalier-Maresq, 1902.

Hall R., Iremonger J., *The Makers and the Breakers*, Sydney, Wellington Lane Press, 1976.

Harris B., *New Zealand Constitution, an Analysis in terms of Principles*, Wellington, Thomson Reuters, 2018.

Hart H. L., *The concept of Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Hasluck P., *The Office of Governor-General*, Carlton, Melbourne University Press, 1979.

Hayden B., *Hayden: An Autobiography*, Sydney, Angus & Robertson, 1996.

Heard A., *Canadian Constitutional Conventions the Marriage of Law and Politics*, 1<sup>ère</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 1991.

Heard A., *Canadian Constitutional Conventions the Marriage of Law and Politics*, 2<sup>ème</sup> éd., Ontario, Oxford University Press, 2014.

Hearn W., *The Government of England*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Longmans, Green and Co, 1887.

Hocking J., *The Palace Letters: the Queen, the governor-general, and the plot to dismiss Gough Whitlam*, Brunswick, Scribe, 2020.

Hodgins W. E., *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, Ottawa: Government Printing Bureau, 1896.

Hogg H., *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>ème</sup> ed, Toronto, Carswell, 1959.

Hood Phillips O., Jackson P., Leopold P., *Constitutional and administrative law*, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

Houston W., *Constitutional Documents Illustrative of the Canadian Constitution*, Toronto, Carswell & Co., 1891.

Jackson D. M., *The Crown and Canadian Federalism*, Toronto, Dundurn, 2013.

Jackson W. K., *The New Zealand Legislative Council: a Study of the Establishment, Failure and Abolition of an Upper House*, Dunedin, University of Otago Press, 1972.

- Jennings I., *Cabinet Government*, 3<sup>ème</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1959.
- Jennings I., *Parliament*, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- Jennings I., *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956.
- Jennings I., *The Law and the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, University of Londres Press, 1959.
- Joly F. G., *Fédéralisme et Parlementarisme: l'exemple canadien*, Thèse de Doctorat, O. Beaud( dir), Université Paris 2, 2007.
- Joseph P., *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*, 4<sup>ème</sup> éd, Wellington, Thomson Reuters, 2014.
- Joseph P., *Constitutional & Administrative Law in New Zealand*, 4<sup>ème</sup> éd, Wellington, Thomson Reuters, 2021.
- Jussiaume A., *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien contribution a une théorie de la valeur de l'écrit*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2002.
- Keith A. B., Blick A., Jones G., *Premiership: the Development, nature and power of the Office of the British Prime Minister*, Exeter, Imprint Academic, 2010.
- Keith A. B., *Constitutional Law of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1933.
- Keith A. B., *Responsible Government in the Dominions*, 1<sup>ère</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1912, 3 volumes.
- Keith A. B., *Responsible Government in the Dominions*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, Clarendon Press 1927, 2 volumes.
- Keith A. B., *Speeches and Documents on the British Dominions 1918-1931*, Oxford, Oxford University Press, 1936.
- Keith A. B., *The Dominions as Sovereign States, the Constitutions as Governments*, Londres, Macmillan, 1938.
- Keith A. B., *The King and the Imperial Crown*, Londres, Longsman, Green & Co., 1936.
- Keith A. B., *The Sovereignty of the British Dominions*, Londres, Macmillan & Co, 1929.
- Kennedy W. P. M., *The Constitution of Canada, an Introduction to its Development and Law*, Londres, Oxford University Press, 1922.
- Kerr J., *A Matter for Judgement*, Londres, Macmillan Press Ltd, 1978.
- Killey I., *Constitutional Conventions in Australia – An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions*, Londres, Anthem Press, 2009, reedition 2014.

Knaplund P., *Letters from Lord Sydenham, Governor-General of Canada, 1839-1841, to Lord John Russell*, Londres, G. Allen & Unwin, 1931.

Laferriere E., Batbie A., *Les constitutions d'Europe et d'Amérique*, Paris, Cotillon, Libraire du Conseil d'Etat, 1869.

Laforest G. V., *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, Department of Justice, Ottawa, Queen's Printer, 1955.

Latham J. G., *Australia and the British Commonwealth*, Londres, MacMillan and Co, 1929.

Lauvaux Ph., *La Dissolution des Assemblées Parlementaires*, Paris, Economica, 1983.

Lauvaux Ph., Le Divillec A., *Les Grandes Démocraties Contemporaines*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2015.

Le May G. H. L., *The Victorian Constitution*, Londres, Saint Martins Press, 1979.

Lee H. P., *Constitutional conflicts in Contemporary Malaysia*, 2<sup>ème</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Lee-Smith H. B., *Second Chambers in Theory and in Practice*, Londres, George Allen and Unwin, 1923.

Lovelock L., EVANS J., *New South Wales Legislative Council Practice*, Sydney, Federation Press, 2008.

Low S., *The Governance of England*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Fisher Unwin, 1922.

Lumb, R. D., Ryan K. W., *The Constitution of the Commonwealth of Australia Annotated*, Sydney, Butterworths, 1974.

Maitland F.W., *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908.

Mallory J. R., *Social Credit and the Federal Power in Canada*, Toronto, Toronto University Press, 1954.

Markesinis B. S., *The Theory and Practice of Dissolution of Parliament : A comparative Study with Special Reference to the United Kingdom and Greek Experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

Marsh J. H., *The Canadian Encyclopedia*, 3<sup>ème</sup> éd, Toronto, McClelland & Stewart, 2000, 3 volumes.

Marshall G., *Constitutional Conventions: the Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

Marshall G., Moodie G. C., *Some Problems of the Constitution*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Hutchinson University Library, 1971.

- Martin G., *The Durahm report and British Policy*, Cambridge University Press, 1972.
- McCaughey J. D., *The Crown at State Level*, Hugo Wolfsohn Memorial Lecture, La Trobe University, Octobre 1993.
- Mcintyre W. D., Gardner W. J., *Speeches and Documents on New Zealand History*, Londres, Clarendon Press, 1971.
- McIntock A .H, *Crown Colony Government in New Zealand*, Wellington, RE Owen Government Printer, 1958.
- McMinn W. G., *A Constitutional History of Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 1979.
- Menzies J., Tiernan A., *Caretaker Conventions in Australasia Minding the Shop for Government*, 2nd éd, Canberra, Australia National University Press, 2014.
- Mill J. S., *On Liberty, Utilitarianism, and other essays*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Milligan F., *Eugene A Forsey, An Intellectual Biography*, Calgary, University of Calgary Press, 2004.
- Monet J., *The Last Cannon Shot*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.
- Montgomery Martin R., *Statistics of the Colonies of the British Empire in the West Indies, South America, North America, Austral-Asia, Africa and Europe*, Londres, Allen & Co, 1839.
- Moore W. H., *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, 2<sup>ème</sup> éd, Melbourne, Charles Maxwell, 1910.
- Munro C. R., *Studies in Constitutional Law*, Londres, Butterworths, 1987.
- Oakes L., *Crash Through or Crash: The Unmaking of a Prime Minister*, Richmond, Drummond, 1976.
- Oliver P., *The Constitution of Independence*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Oliver P. C., *The constitution of Independence*, Oxford University Press, 2005, partie 2
- Palmer G., Butler A., *A Constituion for Aotearoa New Zealand*, Wellington, Victoria University Press, 2018.
- Palmer G., Palmer M., *Bridled Power New Zealand and Government under MMP*, 3<sup>ème</sup> éd., Auckland, Oxford University Press, 1997.
- Palmer G., Palmer M., *Bridled Power New Zealand's Constitution and Government*, 4<sup>ème</sup> éd., Melbourne, Oxford University Press, 2004.
- Park J. J., *The Dogmas of the Constitution*, Londres, B. Fellowes, 1832, p. 94.

- Pember Reeves W., *The Long White Cloud*, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 4<sup>ème</sup> éd., 1950.
- Pinkerton J., *Early Australian Voyages*, Londres, Cassell & Company Limited, 1893.
- Ponthoreau M.- C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010,
- Poulett Scrope G., *Memoir of the Life of the Right Honourable Charles Lord Sydenham*, Londres, John Murray, 1843.
- Punnett R. M., *British Government and Politics*, 4<sup>ème</sup> éd, Londres, Heinemann, 1980.
- Quick J., Garran R.R., *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Londres, The Australian Book Company, 1901.
- Rhodes R., Wanna J., Weller P., *Comparing Westminster*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Ridges E. W., *Constitutional Law*, Londres, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens and Sons, 1950.
- Roberts-Wray K., *Commonwealth and Colonial Law*, Londres, Stevens & Sons, 1966.
- Rossetto J., *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019.
- Rusden G. W., *History of Australia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1883, 3 volumes.
- Russell E., *A History of Law in Western Australia 1829-1979*, Perth, University of Western Australia Press, 1981.
- Saint-John H., *The Works of the Late Right Honorable Henry St. John Lord Bolingbroke*, Londres, Ortridge & Son, 1809, 5 volumes.
- Saunders C., *The Australian Constitution, A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- Sawer G., *Australian Federal Politics and Law 1901-1929*, Melbourne, Melbourne University Press, 1956.
- Sawer G., *Federation Under Strain Australia 1972-1975*, Melbourne, Melbourne University Press, 1977.
- Sawer G., *The Australian Constitution*, Canberra, AGPS Canberra, 1975.
- Saywell J. T., *The Office of Lieutenant-Governor, A Study in Canadian Government and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1957.
- Scholefield G., *New Zealand Parliamentary Record, 1840-1949*, Wellington, Wellington Government Printer, 3<sup>ème</sup> éd., 1950.
- Scott F.R., *Essays on the Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.

- Selway B., *The Constitution of South Australia*, Sydney, Federation press, 1997.
- Smith D. E., *The Invisible Crown, the First Principle of Canadian Government*, Toronto, University of Toronto Press, 2014 (première édition 1995).
- Stockdale J., *The History and Prodecings of the Lords and Commons during the first session of the seventeenth Parliament of Great Britain*, Londres, 1791.
- Strachey L., *La Reine Victoria*, Paris, Payot & Rivages, 2015.
- Sweetman E., *Austalian Constitutional Development*, Melbourne, MacMillan & Co., 1925.
- Tasman A. J., *Abel Janszoon Tasman's Journal*, Amsterdam, Frederick Muller and Co., 1898.
- Taylor G., *The Constitution of Victoria*, Sydney, The Federation Press, 2006.
- Todd A., *Parliamentary Government in the British Colonies*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Longmans, Green & Co, 1894.
- Tomlins A., *Public Law*, Oxford, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Townsley W. A., *The Struggle for Self-Government in Tasmania 1842-1856*, Gouvernement de Tasmanie, 1951.
- Twomey A., *The Australia Acts 1986 – Australia's Qtatutes of Independence*, Sydney, Federation Press, 2010.
- Twomey A., *The Chameleon Crown – The Queen and Her Australian Governors*, Sydney, Federation Press, 2006,.
- Twomey A., *The Constitution of New South Wales*, Sydney, Federation Press, 2004.
- Twomey A., *The Veiled Sceptre – Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Van Loon R. J., Whittington M. S., *The Canadian Politial System*, 3<sup>ème</sup> éd, Toronto, McGraw-Hill Ryersin, 1981.
- Wade E. C. S., Bradley A. W, *Constitutional and Administrative Law*, 10<sup>ème</sup> éd., Londres, Longman, 1985.
- Wakefield E.G., *A Letter from Sydney and Other Writings*, Londres, J. M. Dent, 1929.
- Walters M. D., A. V. *DICEY and the Common Law Constitutional Tradition. A Legal Turn of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- Ward A. J., *Parliamentary Government in Australia*, Londres, Anthem Press, 2014.
- Ward J. M., *Colonial Self-Government, the British Eperience 1759-1856*, Londres, Macmillan Press, 1976.

- Webber J., *The Constitution of Canada Contextual Analysis*, Londres, Hart Publishing, 2015.
- Weintraub S., *Disraeli : a Biography*, New York, Dutton Book, 1993.
- Wheare K. C., *constitutional structure of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1960.
- Wheare K. C., *Modern Constitutions*, 1<sup>ère</sup> éd. Londres, Oxford University Press, 1951.
- Wheare K. C., *Modern Constitutions*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Oxford University Press, 1966.
- Wheare K. C., *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1960.
- Wheare K. C., *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, Oxford University Press, 1953.
- Wheeler-Bennett J., *King George VI : His Life and Reign*, New York, St Martin's Press, 1958.
- Windeyer W. J. V., *Lectures on Legal History*, 2<sup>ème</sup> éd, Sydney, Law Book Company, 1957.
- Winterton G., *Parliament, the Executif and the Governor General*, Melbourne, Melbourne University Press, 1983.
- Winterton, G., *Monarchy to Republic: Australian Republican Government*, Malbourne, Oxford University Press, 1986.
- Zines L., *Constitutional Change in the Commonwealth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

### **Ouvrages collectifs cités**

- Baker B., Fyson D. (dir.), *Essays in the History of Canadian Laws and the Canadas*, Toronto, Osgood Society, 2013.
- Boston J., Church S., Levine S. (dir.), *New Zealand Votes: the General Election of 2002*, Wellington, Victoria University Press, 2003.
- Butler D., Low D.A. (dir), *Sovereigns and Surrogates Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1991.
- Clegg P. (dir.), *Brexit and the Commonwealth, What's next?* Londres, Routledge, 2019.
- Cooper M., G. Williams (dir.), *Power, Parliament and the People*, Leichhardt, The Federation Press, 1997.
- Dixon R., Stone A.(dir.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

- Evans G. (dir.), *Labour and the Constitution :1972-75: the Whitlam Years*, Melbourne, Heinemann, 1977.
- Galligan B., Brenton S. (dir.), *Constitutional conventions in Westminster Systems – Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Gibson-Morgan E., Chommeloux A. (dir.), *The Rights and Aspirations of the Magna Carta*, Cham, Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- Girard P., Phillips J. (dir.), *Essays in the history of Canadian Law*, vol.3 Nova Scotia, Toronto, Université of Toronto Press, 2012.
- Holland Rose J., Newton A. P, Benians E. A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. VI Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1930.
- Holland Rose J., Newton A. P., Benians E. A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. I The Old Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1930, p. 22 à 54.
- Hummel J. (dir.), *Les conflits constitutionnels - Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2010.
- Jupp J. (dir.), *The Australian People, An Encyclopedia of the Nation, Its People and Their Origins*, Cambridge, Cambridge University Press, 2<sup>ème</sup> éd., 2001.
- Laver M., Shepsle K. (dir.), *Cabinet Ministers and Parliamentary Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- Lee H. P., Winterton G. (dir.), *Australian Constitutional Perspectives*, Sydney, Law Book Cie, 1992.
- Lee H.P., Winterton G. (dir.), *Australian Constitutional Landmarks*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2003.
- Low D. A. (dir.), *Constitutional Heads and Political Crises: Commonwealth Episodes, 1945-85*, Londres, Macmillan Press, 1988.
- Low D. A. (dir.), *Sovereigns and Surrogates Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1991.
- Meny Y., (dir.), *Les Politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, l'Harmattan, 1993, (p. 7 à 37).
- Oliver D., Fusaro C. (dir.), *How Constitutions Change, A Comparative Study*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 9 à 40.
- Oliver P., Macklem P., Desrosiers N. (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Paton G. W. (dir), *The Commonwealth of Australia, the Development of its laws and Constitutions*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1952.

Patapan H., Wanna J., Weller P. (dir.), *Westminster Legacies*, Sydney, University of New South Wales Press Book, 2005.

Robson J. L. (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1967.

Russel P. H., Sossin L.(dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Saunders C., Stone A. (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Verrelli N. (dir.), *The Democratic Dilemma Reforming Canada's Supreme Court*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2013.

Winterton G. (dir.), *State Constitutional Landmarks*, dans, Sydney, Federation Press, 2006.

### **Chapitres, communications et articles dans des ouvrages collectifs :**

Aikman C. C., Robson J. L., « Chapt 1 – Introduction », dans Robson J. L. (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1967, p. 1 à 39.

Aikman C.C., « Chapt. 2 – Parliament », dans Robson J. L. (dir.), *New Zealand The Development of its Laws and Constitution*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Stevens & Sons, 1967, p. 40 à 69.

Appleby G., « Chapt. 9 – Unwritten Rules » dans Saunders C., Stone A. (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 209 à 236.

Aroney N., « Chapt. 2 – Law and Convention », dans Galligan B., Brenton S. (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 24 à 50.

Atkinson C. T., « Chapter IV (2) – The Struggle for Supremacy in America 1749 – 1760 », dans Holland Rose J., Newton A. P., Benians E.A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. 6 Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1929, p. 91 à 120.

Banfield A. C., « Chapt. 10 – Canada », dans B. Galligan, Brenton S. (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 189 à 203.

Baranger D., « Chapt. 9 – Quand et pourquoi peut-on raisonner en termes de conflit constitutionnel ? » dans Hummel J. (dir.), *Les conflits constitutionnels - Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2010, p. 167 à 174.

Blick A., « Chapt. 5 – A new magna carta? The written constitution debate in the United Kingdom » dans Gibson-Morgan E., Chommeloux A. (dir.), *The Rights and Aspirations of the Magna Carta*, Cham, Springer International Publishing Switzerland, 2016, p. 89 à 107.

Bogdanor V., « The United Kingdom » dans Butler D., Low D.A. (dir.), *Sovereigns and Surrogates Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1991, p. 10 à 40.

Brouillet E., Ryder B., «Key Doctrines in Canadian Federalism », dans Oliver P., Macklem P., Desrosiers N.(dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017. p. 415 à 432.

Burt A. L., « Chapter VI – The Problem of Government », dans Holland Rose J., Newton A. P., Benians E. A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. VI Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1929, p. 146 à 202.

Carney G., « Chapt. 11 – State Constitutions », dans Saunders C., stone A. (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 277 à 312.

Chapais T., « Chapter III – The Old Regime », dans Holland Rose J., Newton A. P., Benians E.A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – , vol. 6 Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1930, p. 49 à 58.

Church S., « Chapt. 2 – Going Early », dans Boston J., Church S., Levine S., *New Zealand Votes: the General Election of 2002*, Wellington, Victoria University Press, 2003, P. 28 à 44.

Crennan S., « Chapt. 3 – Federation » dans C. Saunders, A. Stone, *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2018, p. 78 à 95.

Crommelin M., « Chapt. 35 – The Federal Principle », dans C. Saunders, A. Stone, *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2018, p. 853 à 878.

Duncan G., « Chapt. 12 – New Zealand », dans, Galligan B., Brenton S.(dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 217 à 232.

Forcese C., « Chapt. 7 – The Executive, The Royal Prerogative and The Constitution », dans OLIVER P., MACKLEM P. et DES ROSIERS N. (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 151 à 169.

Garden Barnes T., « The Daily Cry for Justice: the Failure of the Annapolis royal regime 1713-1719 », dans P. Girard P., Phillips J. (dir.), *Essays in the history of Canadian Law*, vol.3 Nova Scotia, Toronto, Université of Toronto Press, 2012, p. 10 à 41.

Gaudreault-Desbiens J. F., Poirier J., « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism » dans Oliver P., Macklem P., Desrosiers N. (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 391 à 414.

Goldsworthy J., « The Implicit and Implied Written Constitution », dans Dixon R., Stone A. (dir.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 109 à 145.

Guigue A., « Le modèle budgétaire anglo-saxon », dans Albert J. -L., De Cacqueray S., Lambert T., Viessant C. (dir.), *De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux. Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Orsoni*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, p. 209 à 227.

Heard, A. « Chapt. 4 – The Governor General's suspension of Parliament: duty done or a perilous precedent ? », dans Russel P. H, Sossin L. (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 47 à 62.

Holland Rose J., « Chapt. IV (1) – The Struggle for Supremacy in America 1682 – 1748 dans HOLLAND ROSE J., Newton A. P, Benians E. A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire –, vol. 6. Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1930, p. 78 à 90.

Howard C., Saunders C., « The Blocking of the budget and the Dismissal of the Government », dans Evans G. (dir.), *Labour and the Constitution :1972-75: the Whitlam Years*, Melbourne, Heinemann, 1977, p. 250 à 301.

Hummel J. « Chapt. 1 – Introduction », dans Hummel J. (dir.), *Les conflits constitutionnels - Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2010, p. 9 à 30.

Jennings I., « Les caractéristiques du droit public anglais », *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Sirey, tome 2, 1938, p. 340 à 355.

Johnson D. A., Milner A., « Westminster Implanted : the Malaysian Experience », dans Patapan H, Wanna J, Weller P. (dir.), *Westminster Legacies Democracy and Responsible Government in Asia and the Pacific*, Sydney, University of New South Wales Press Book, 2005, p. 81 à 106.

Kahana T., « Canada », dans Oliver D., Fusaro C. (dir.), *How Constitutions Change, A Comparative Study*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 9 à 40.

Kelly P., « The Dismissal and Australian Democracy », dans M. Cooper, G. Williams (dir.) *Power, Parliament and the People, op. cit.*, p. 123 à 147.

Lanctot G., « Chapt. II – The Founding of Acadia and Canada », dans Holland Rose J., Newton A. P., Benians E. A (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. 6 Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1929, p. 19 à 48.

Lauvaux Ph., « Chapt. 6 – Le conflit australien de 1975 », dans Hummel J. (dir.), *Les conflits constitutionnels, le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2010p. 212 à 134.

Laver M., Shepsle K., « Chapt. 17 – Cabinet government in theoretical perspective », dans Laver M. et Shepsle K. (dir.), *Cabinet Ministers and Parliamentary Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 285 à 310.

Le Divellec A., « De quelques facettes du concept juridique de constitution essai de clarification sémantique », dans Mastor W. (dir.), *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 727 à 753.

Levy D., « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », dans *Recueil d'études en l'hommage de Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, pp. 81 à 90.

Maddox G., Moore T., « In Defence of Parliamentary Sovereignty », dans Cooper M., WILLIAMS G. (dir.), *Power, Parliament and the People*, Leichhardt, The Federation Press, 1997, p. 67 à 83.

Mallory J.R., « Canada », dans butler D., Low D. A. (dir.), *Sovereigns and Surrogates Constitutional Heads of State in the Commonwealth*, Londres, Macmillan, 1991, p. 41 à 60.

Marshall G., « Les règles constitutionnelles non écrites au Royaume-Uni », dans Avril P., Verpaux M., (dir.) *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, LGDJ, 2000, p. 101 à 115.

Meny Y., « Introduction », dans Meny Y., (dir.), *Les Politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, l'Harmattan, 1993, (p. 7 à 37).

Menzies J., Tiernan A., « Chapt. 5 - Caretaker Conventions » dans Galligan B., Brenton S. (dir.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 91 à 115.

Morin M., « Chapt. 3 – Constitutional Debates in French Canada, 1764-1774 » dans Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 47 à 79.

Morin M., « Les revendications des nouveaux sujets francophones et catholiques de la Province de Québec, 1764-1774 », dans Baker B., Fyson D.(dir.), *Essays in the History of Canadian Laws and the Canadas*, Toronto, Osgood Society, 2013, p. 131 à 186.

Morison J.L., « Chapt. XI – The Mission of the Earl of Durahm », dans Holland Rose J., Newton A.P., Benians E.A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. 6 Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1930, p. 289 à 334.

Newton A. P., « Chapt. V – Newfoundland to 1783 », dans Holland Rose J., Newton A. P., Benians E.A (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – Vol. 6 Canada and Newfoundland*, Londres, Cambridge University Press, 1930, p. 121 à 145.

Oliver P. C., « Chapt. 13 – Reform of the Supreme Court of Canada from within: to what extent should the Court weight in regarding constitutional conventions? », dans Verrelli N. (dir.), *The Democratic Dilemma Reforming Canada's Supreme Court*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2013.

Paton G. V., « Introduction », dans G. W. Paton (dir.), *The Commonwealth of Australia, the Development of its laws and Constitutions*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1952.

Paul J. B., « Governors and Politicians: The Australian States Principally in the 1940s and 1950s », dans Low D. A. (dir.), *Constitutional Heads and Political Crises: Commonwealth Episodes, 1945-85*, Londres, Macmillan Press, 1988, p. 37 à 56.

Pelletier B., « Chapt. 12 – Amending the Constitution of Canada », dans Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 253 à 275.

Rhodes R. A., Weller P., « Chapt 1 – Westminster Transplanted and Westminster Implanted: Exploring Political Change », dans H. Patapan, J. Wanna, P. Weller, *Westminster Legacies, Democracy and Responsible Government in Asia and the Pacific*, Sydney, University of New South Wales Press, 2005, p. 1 à 12.

Russell P. H., « Chapt 10 – Peter H Russell, Learning to live with Minority Parliaments », dans Russell P. H., Sossin L. (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 136 à 149.

Russell P. H., « Chapt. 13 - Codifying Conventions », dans Galligan B., Brenton S. (dir.), *Constitutional conventions in Westminster Systems – Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 233 à 248.

Simpson A., « Chapt. 24 – Parliaments », dans Saunders C., Stone A. (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Skogstad G., « Chapt. 12 – Western Canada and the ‘Illegitimacy’ of the Liberal-NDP Coalition Government » dans Russell P.H., Sossin L. (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Slattery B., « Chapt. 6 – Why the Governor General Matters », dans Russel P.H., Sossin L.(dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Smith J., « Chapt. 13 - Parliamentary Democracy versus Faux Populist Democracy », dans Russell P. H., Sossin L. (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, p. 175 à 188.

Stern R. W., « Chapt. 2 - India’S Westminster System », dans Patapan H., Wanna J. , Weller P. (dir.), *Westminster Legacies*, Sydney, University of New South Wales Press Book, 2005, p. 13 à 35.

Stone A., « Chapt. 38 – Expression », dans Saunders C., Stone A. (dir.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 952 à 978.

Waight J., « Chapt. 7 – Deadlocks in State Parliaments » dans Winterton G. (dir.), *State Constitutional Landmarks*, dans, Sydney, Federation Press, 2006, p. 185 à 210.

Weinrib L. E., « Chapt 5 – Orle Minister Harper’s Parliamentary ‘Time Out’: A Constitutional Revolution in the Making? », dans Russell H., Sossin L. (dir.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009.

Weller P., « Chapt. 4 – Cabinet Government », dans Galligan B. et Breton S., *Constitutional Conventions in Westminster Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 72 à 90.

Williams J., « The Emergence of the Commonwealth Constitution » dans Lee H. P., Winterton G. (dir.), *Australian Constitutional Landmarks* Federation Press, 2003, p. 1 à 33.

Williamson J.A., « Chapt. II – England and The Opening of the Atlantic », dans Holland Rose J., Newton A. P., Benians E. A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. 1 The Old Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1930, p. 22 à 54.

Williamson J. A., « Chapt. VII – The Beginning of an Imperial Policy », in HOLLAND ROSE J., Newton A. P., Benians E. A. (dir.), *The Cambridge History of the British Empire – vol. 1 The Old Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1930 p. 207 à 238.

Winterton G., « Chapt. 10 - 1975: The Dismissal of the Whitlam Government », dans, Lee H.P., Winterton G. (dir.), *Australian Constitutional Landmarks*, Port Melbourne, Cambridge University Press, 2003, p. 229 à 261.

Wnterton G., « The Constitutional Position of Australian State Governors », dans H. P. Lee, G. Winterton (dir), *Australian Constitutional Perspectives*, Sydney, Law Book cie., 1992, p. 264 à 279.

## Articles

Albert R., « Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude », *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, p. 641 à 686.

Alfange D., « Jeremy Bentham and the Codification of Law », *Cornell Law Review*, vol. 55, n°1, 1969, p. 58 à 77.

Algie R. M., « The Second Chamber in New Zealand », *The Parliamentarian*, vol. 42, 1961, p. 203 à 217.

Allan, T. R. S. « Law, Conventions, Prerogative: Reflections Prompted by the Canadian Constitutional Case », *Cambridge Law Journal*, vol. 45, n°2, 1986, p. 305 à 320.

Apul J. B., « 1975 and all that, partisan perspectives on the dismissal and their implications for further debates on the constitution », *Monash University Law Review*, vol.25, n°2, 1999, p. 317 à 374.

Baranger D., « la fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution) », *Droits*, n°32, 2000, p. 47 à 68.

Barber N. W., « Can Royal Assent be Refused on the Advice of the Prime Minister? », *United Kingdom Constitutional Law Association Blog*, 25 septembre 2013, disponible à l'adresse: <https://ukconstitutionallaw.org/2013/09/25/nick-barber-can-royal-assent-be-refused-on-the-advice-of-the-prime-minster/>.

Barber N. W., « Laws and constitutional conventions », *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, p. 294 à 309.

Baume P., « November 11th 1975: a recollection », *Australian Quarterly*, vol. 67, n°4, 1995, p. 78 à 84.

Beaud O., « A. Aroney, The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution », *Jus Politicum*, n°6, 2011, [http://juspolicum.com/uploads/pdf/JP6\\_Beaud\\_300911-3.pdf](http://juspolicum.com/uploads/pdf/JP6_Beaud_300911-3.pdf).

Beaud O., « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a>.

Belanger C., « The Powers of Disallowance and Reservation in Canadian federalism », Department of History, blog de Marianopolis College, 2001, <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/federal/disallow.htm>.

Benda H. J., « The End of Bicameralism in New Zealand », *Parliamentary Affairs* vol. 4, 1950 p. 57 à 72.

Bennion F. A. R., « Modern Royal Assent Procedure at Westminster », *Statute Law Review*, vol. 2, n°3, 1981, p. 133 à 147.

Blackburn R., « Monarchy and the Personal Prerogatives », *Public Law*, vol. 2004, 2004, p. 546 à 563.

Blackburn R., « Prorogation or Adjournment Before a Dissolution of Parliament », *Public Law*, 1987, p.533 à 542.

Bogdanor V., *Brexit and our Unprotected Constitution*, Londres, The Constitution Society, 2018, 44 pp.

Bowden J. W. J., Macdonald N. A., « The Manual of Official Procedure of the Government of Canada: an Exposé », *Constitutional Forum*, vol. 20, n°1, 2011, p. 33 à 39.

Bowden J. W. J., Macdonald N. A., « Writing the Unwritten: The Officialization of Constitutional Convention in Canada, the United Kingdom », *New Zealand and Australia, Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 6, n°2, 2012, p. 365 à 400.

Brandt G. J., « The Constitutional Amendment Act (Bill C-60) », *University of Western Ontario Law Review*, vol. 17, 1978-1979, p. 267 à 294.

Brazier R., « Monarchy and the personal prerogatives: a personal response to Professor Blackburn », *Public Law*, n°1, 2005, p. 45 à 47.

Brazier R., « Royal Assent to Legislation », *Law Quarterly Review*, vol. 129, 2013, p. 184 à 204.

- Brookfield F. M., « The constitutional crisis of July '84 », *New Zealand Law Journal*, vol. 9, 1984, p. 298 à 315.
- Brookfield F. M., « The Reconstituted Office of Governor-General », *New Zealand Law Journal*, vol. 1985, 1985, p. 256 à 260.
- Buckley K., « Gipps and the Graziers of New South Wales, 1841–6 », *Historical Studies Australian & New Zealand*, n°24, vol. 6, 1955, p. 396 à 412 et n°26, vol. 7, 1956, 178 à 193.
- Bunker R., « Systematic colonization and Town Planning in Australia and New Zealand », *Planning Perspectives*, vol. 3, n°1, 1988, p. 59 à 80.
- Butler J. D., « British Convicts Shipped to American Colonies », *The American Historical Review*, vol. 2, n°1, 1896, p. 12 à 33.
- Campbell E., « Prerogative Rule in New South Wales, 1788-1823 », *Royal Australian Historical Society Journal*, vol. 50, 1964, p. 161 à 191.
- Campbell E., « Royal Assent to Bills », *Public Law Review*, vol. 14, 2003, p. 9 à 17.
- Campbell E., « The Prerogative Power of Dissolution : Some Recent Tasmanian Precedents », *Public Law*, 1961, p. 165 à 179.
- Campbell E., « The royal prerogative to create colonial courts : a study of the constitutional foundations of the judicial system in New South Wales 1788 – 1823 », *Sydney Law Review*, vol. 4, n° 3, p. 343 à 372.
- Carney G., « An Overview of Manner and Form in Australia », *Queensland University of Technology Law Journal* vol. 5, 1989, p. 69 à 95.
- Castles A. C., « The Reception and Status of English Law in Australia », *The Adelaide Law Review*, vol. 2, n°1, 1963, p. 1 à 32.
- Charon M., « Demain tout recommence : Lord Durham's Report en traduction », *Traduction, Terminologie et Rédaction*, vol. 10, n°1, 1997, p. 101 à 136.
- Chen M., « Remedying New Zealand's Constitution in Crisis: Is MMP part of the Answer? », *New Zealand Law Journal* 1993, p. 22 à 39.
- Chevallier J. -J., « Les origines et le sens du statut de Westminster », *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. 17, 1936, p. 413 à 441.
- Chrétien J., « Prorogation As Prime Ministerial Delay Tactic: A Legitimate Parliamentary Tool, Not "Abuse" of Prerogative », *Parliamentum*, publié le 29 août 2011.
- Clark C. M. H., « The Origins of Convicts Transported to Eastern Australia 1787-1852 », 2 parties, *Historical Studies*, vol. 7, n°26 et n°27, 1956, p. 121 à 135 et 314 à 327.
- Close R. E., « The Attempted Repeal of the Quebec Act : The State of the Parliamentary Opposition in 1775 », *Past Imperfect*, vol. 1, 1992, p. 77 à 91.

Codd M., « National Elections: Caretaker Conventions and Arrangements for Transition », *Australian Institute of Administrative Law Forum*, vol. 10, 1996, p. 23 à 27.

Collier D., Mahon J., « Conceptual ‘Stretching’ Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis », *The American Political Science Review*, vol. 87, n°4, 1993, p. 845 à 855.

Cooke R., « Unicameralism in New Zealand: Some Lessons », *Canterbury Law Review*, vol. 7, 1999, p. 233 à 245.

Cote J. E., « The Reception of English Law », *Alberta Law Review*, vol. 15, 1977, p. 29 à 92.

Cotler I., « The Supreme Court Appointment Process Chronology Context and Reform », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 131 à 146.

Cox N., « The Control of Advice to the Crown and the Development of Executive Independence in New Zealand », *Bond Law Review*, vol. 13, n°1, 2001, p. 166 à 189.

Crawford J., « Senate Casual Vacancies: Interpreting the 1977 amendment », *Adelaide Law Review*, vol. 12, 1980, p. 224 à 252.

Crowe J., Stephenson P., « An Express Constitutional Right to Vote? The Case for Reviving Section 41 », *Sydney Law Review*, vol. 36, 2014, p. 205 à 230.

Davis G., Ling A., Scales B., Wilkins R., « Rethinking Caretaker Conventions For Australian Governments », *Australian Journal of Public Administration*, vol. 60, n°3, 2001, p. 11 à 26.

Dawson R., « The Constitutional question », *Dalhousie Review*, vol. 6, n°3, p. 332 à 337.

De Smith S. A., « Westminster’s export models: the legal framework of responsible government », *Journal of Commonwealth Studies*, vol. 1, n°1, 1961, p. 3 à 16.

Desserud D. A., « The Governor General, the Prime Minister and the Request to Prorogue », *Canadian Political Science Review*, vol. 3, n°3, 2009, p. 40 à 54.

Dixon O., « The Law and the Constitution », *Law Quarterly Review*, vol. 51, 1935, p. 590 à 614.

Dodek A., « Les élections à date fixe au Canada une loi à corriger », *Revue parlementaire canadienne* vol. 32, n°1, 2009, p. 18 à 20.

Duncan G., « New Zealand's Cabinet Manual: How Does It Shape Constitutional Conventions? », *How Does It Shape Constitutional Conventions?*, *Parliamentary Affairs*, vol. 68, n°4, 2015, p. 737 à 756.

Duncan G., « What will the long term impact of the Cabinet Manual be? Developments in New Zealand may hold the answer », *Democratic Audit UK*, 13 novembre 2015, <http://www.democraticaudit.com/2015/11/13/what-will-the-long-term-impact-of-the-cabinet-manual-be-developments-in-new-zealand-may-hold-the-answer/>.

Dunham W. H., « The Spirit of the British Constitution: Form and Substance », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 21, n°1, 1971, p. 44 à 66.

Dussault R., « Legislative Limitations On The Courts' Power To Review Administrative Action In Quebec », *McGill Law Journal*, vol. 13, n°1, p. 23 à 80.

Elliott M., « Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order », *22 Legal Studies*, vol. 22, n°3, 2002, p. 340 à 375.

Elliott R., « References, Structural Argumentation and Organization Principles of Canada's Constitution », *Canadian Bar Review*, vol. 80, n°1 & 2, 2001, p. 67 à 142.

Evatt E. V., « The Legal Foundations of New South Wales », *Australian Law Journal*, vol.11, 1938, p. 409 à 424.

Feehan J., Landes R., « La tradition parlementaire en Nouvelle-Ecosse », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 7, n°2, 1984, p. 2 à 6.

Fischer G. L., « South Australia Colonization Act and Other Related Constitutional Documents », *The Adelaide Law Review*, vol. 4, 1966, p. 360 à 372.

Flinders M, Judge D., Rhodes R., Vatter A., « 'Stretched But Not Snapped': A Response to Russell and Serban on Retiring the 'Westminster Model' », *Government and Opposition*, vol. 57, n°2, p. 353 à 369.

Forsey E. A., « Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governor since 1897 », *Revue Canadienne d'économie et de sciences politiques*, volume 14, n°1, 1948, p 94 à 97.

Forsey E. A., « Extension of Life of Legislature », *Revue Canadienne d'Economie et de Science Politique*, vol. 26, n°4, p. 604 à 616.

Forsey E. A., « The Courts and the Conventions of the Constitution », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 33, 1984, p. 11 à 42.

Forsey E. A., « The Crown and the Constitution », *The Dalhousie Review*, vol. 33, n°1, 1953, p. 31 à 49.

Gallichan G., « Pierre Bédard, Le Canadien et la notion de responsabilité ministérielle », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 6, n°3, 1998, p. 26 à 32.

Galligan B., « Interpreting the Constitution After 1975 », *Australian Quarterly*, vol. 56, n°2, 1984, p. 142 à 152.

Garis B. D., « The History of Western Australia's Constitution and Attempts at Its Reform », *Western Australia Law Review*, vol. 31, 2003, p. 142 à 153.

Gaudreault-Desbiens J. F., « Pour une théorie déontique-axiomatique de la décision en contexte fédéral, ou quelques jalons pour une philosophie politico-juridique du fédéralisme », *Jus Politicum*, n°16, 2016, p. 135 à 177.

Gelinas G., « La Cour suprême du Canada et le Droit politique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, juillet 2008, p. 72 à 77.

Gillespie J. E., « The transportation of Convicts after 1783 », *Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 13, n°3, 1922, p. 359 à 381.

Goldsworthy J., « The Constitution and its Common Law Background », *Public Law Review*, vol. 25, n°4, p.265 à 283.

Greene I., « Democracy judicial independence and Judicial Selection for Federally Appointed Judges », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 105 à 112.

Griffith D., « The Will of the People – A Comment on 11th November 1975 », *The Australian Quarterly*, vol. 48, n°3, 1976, p. 103 à 108.

Griffith J. A. G., « The political Constitution », *The Modern Law Review*, vol. 42, n°1, p. 1 à 21.

Guigue A., « L'identité constitutionnelle du Royaume-Uni et le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle du Royaume-Uni », *Revue de droit public*, n°2, 2016, p. 597 à 621.

Guilluy T., « La conception de l'Empire dans l'histoire britannique (XVI-XVIII<sup>ème</sup> siècle) : entre unité et union », *JusPoliticum*, n°14, juin 2015, p. 1 à 24, <http://juspoliticum.com/article/les-conceptions-de-l-empire-dans-l-histoire-britannique-xvie-xviie-siecle-entre-unite-et-union-1023.html>.

Guilluy T., « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson », *Jus Politicum*, n°6, décembre 2011 <http://juspoliticum.com/article/Le-Parliament-Act-de-1911-a-t-il-intronise-un-nouveau-souverain-Reflexions-sur-la-decision-Jackson-376.html>.

Hardie Boys M., « Neil Williamson Memorial Lecture: 'Nodding automation?' (Some reflections on the office of Governor-General) », *Canterbury Law Review*, vol.8, 2000, p. 425 à 440.

Harding J., « A Tale of Two Chambers: Bicameralism in Queensland 1860-85 », *Journal of the Royal Historical Society of Queensland*, vol. 17, n°6, 2000, p. 247 à 260.

Haughey E. J., « The Treaty of Waitangi – Its Legal Status », *New Zealand law Journal*, vol. 60, 1984, p. 392.

Heard A., « Conacher Missed, the Mark on Constitutional Conventions and Fixed Election Dates », *Constitutional Forum / Forum constitutionnel*, vol. 19, n°1, 2010, p. 129-140.

Heard A., « Conventions constitutionnelles et les campagnes électorales », *Revue Parlementaire Canadienne* vol. 18, n°3, 1995, p. 8 à 11.

Hickford M., « John Salmond and Native Title in New Zealand: Developing a Crown Theory on the Treaty of Waitangi, 1910-1920 », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, n°4, 2007, p. 853 à 924.

- Hicks B. M., « Prorogation, dissolution et élections à date fixe selon l'approche de Westminster », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 35, n°2, 2012, p. 20 à 27.
- Hogg P. H., « Prorogation and the Power of the Governor General », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 193 à 203.
- Hood Phillips O., « Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors », *The Modern Law Review*, vol. 29, 1966, p. 137 à 148.
- Horgan G., « Prorogation as a Partisan Political Tool: The New South Wales Experience », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 6, 2012, p. 161 à 193.
- Howard C., « The Constitutional Crisis of 1975 », *Australian Quarterly*, vol. 48, n°1, 1976, p. 5 à 25. <https://parliamentum.org/2011/08/29/prorogation-as-prime-ministerial-delay-tactic/>.
- Jackson W. K., « The Failure and Abolition of the New Zealand Legislative Council », *The Parliamentarian*, vol. 54, 1973, p. 17 à 26.
- Jaconelli J., « Do Constitutional Conventions Bind? », *The Cambridge Law Journal*, vol. 64, n°1, 2005, p. 149 à 176.
- Jestaedt M., « La double constitution – Une stratégie positiviste », *JusPoliticum*, n°6, décembre 2011, [http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP6\\_Jestaedt\\_PDF\\_corr01.pdf](http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP6_Jestaedt_PDF_corr01.pdf).
- Joel M., « Plan for a Senate », *New Zealand Law Journal*, vol. 28, 1952, p. 217 à 226.
- Joseph P., « Foundations of the Constitution », *Canterbury Law Review*, vol. 4, 1989, p. 58 à 74.
- Joseph P., « MMP and the Constitution », *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 7, 2009, p. 111 à 134.
- Joseph P., « The Treaty of Waitangi: a Text for the Performance of Nation », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 4, n°1, 2015, p. 1 à 23.
- Jussiaume A., « La Cour suprême et la Constitution en Israël : Entre activisme et prudence judiciaire sur l'activisme juridictionnel », *Jus Politicum*, n°3, 2009, <http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-et-la-Constitution-en-Israel-Entre-activisme-et-prudence-judiciaire-156.html>.
- Keating M. S., « Caretaker conventions post an election », *Australian Journal of Public Administration* vol. 61, n°2, 2002, p. 119 à 120.
- Keith K.J., « Constitutional Development – an Introduction », *Victoria University of Wellington Law Review* vol. 15, 1985, p. 5 à 11.
- Kerr P., Kettell S., « In defence of British politics: The past, present and future of the discipline », *British Politics*, vol. 1, n°1, 2006, p. 3 à 25.

Kitteridge R., « The Cabinet Manual : Evolution with Time », *8th Annual Public Law Forum*, 20-21 mars 2006, <http://www.dpmc.govt.nz/sites/all/files/reports/the-cabinet-manual-evolution-with-time.pdf>.

Kittrell E. R., « Wakefield's Scheme of Systematic Colonization and Classical Economics », *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 32, n°1, 1973, p. 87 à 111.

Klein C., « La constitution, encore la constitution... », *Les temps modernes*, n°651, 2008 (n°5) p. 154 à 165.

Lajoinie T., « Identité constitutionnelle et démocratie en Australie », *Pouvoirs*, n°141, 2012, p. 17 à 28.

Lane P.H., « Double Dissolution of Federal Parliaments – The Third Double Dissolution », *Australian Law Journal*, vol. 48, n°11, 1974, p. 515 à 526.

Lascelle A. (Senex), « Dissolution of Parliament: Factors in Crown's Choice », *The Times*, 2 mai 1950, p.5.

Lauvaux Ph. « Quand la deuxième chambre s'oppose », *Pouvoirs*, n°108, 2004 p. 81 à 108.

Lauvaux Ph., « La Crise constitutionnelle australienne », *Res Publica*, 1978, n°3, p. 473 à 489.

Le Divellec A., « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°7, 2012, <http://juspoliticum.com/article/Bagehot-et-les-fonctions-du-Parlement-britannique-Sur-la-genese-d-une-decouverte-de-la-pensee-constitutionnelle-518.html>.

Le Divellec A., « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n°4, 2010, <http://juspoliticum.com/article/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de-quelques-theses-sur-la-notion-de-constitution-259.html>.

Le Divellec A., « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les Etats européens », *Jus Politicum*, n°1, 2008, <http://juspoliticum.com/article/Le-gouvernement-portion-dirigeante-du-Parlement-Quelques-aspects-de-la-reception-juridique-hesitante-du-modele-de-Westminster-dans-les-Etats-europeens-30.html>.

Le Divellec A., « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVIIe - XXe siècles) », *Jus Politicum*, n°9, juillet 2013, <http://juspoliticum.com/article/Le-style-des-constitutions-ecrites-dans-l-histoire-moderne-Une-esquisse-sur-les-trois-types-de-l-ecriture-constitutionnelle-XVIIe-XXe-siecles-738.html>.

Le Divellec A., « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act* 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, <http://juspoliticum.com/article/Un-tournant-de-la-culture-constitutionnelle-britannique-le-Fixed-Term-Parliaments-Act-2011-et-l-amorce-inedite-de-rationalisation-du-systeme-parlementaire-de-gouvernement-au-Royaume-Uni-530.html>.

- Le Mestre E., « Les constitutions de l'Interrègne en Angleterre (I) : *l'Instrument of Government* (1653) », n°5, 2010, <http://juspoliticum.com/article/Les-constitutions-de-l-Interregne-en-Angleterre-I-l-Instrument-of-Government-1653-texte-anglais-et-traduction-francaise-presentes-par-Renan-Le-Mestre-322.html>.
- Lee H. P., « The Malaysian Constitutional Crisis: King, Rulers and Royal Assent », *Lawasia*, vol. 3, 1984, p.22 à 44.
- Leishman R., « No Need for Radical Reform of the Federal Judicial Appointment Process », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 58, 2008, p. 112 à 120.
- Lemieux D., « Les Mélanges Religieux, 1841-1852 », *Recherches Sociographiques*, vol. 10, n°1-2, 1969, p. 207 à 236.
- Levy G., « Theory and Practice of Prorogation », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 4, p. 239 à 248.
- Lindell G., « Assent or refusal to assent to legislation – on whose advice? », *Constitutional Law and Policy Review*, vol. 11, n°3, 2009 p. 126 à 138.
- Lindell G., « Royal Assent to South Australia Legislation », *Public Law Review*, vol.14, n°3, 2003, p.137 à 139.
- Macdonald F., « La difficile chasse aux documents dans l'enquête Pearson », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 20, n°4, 1997, p. 2 à 6.
- Macdonald N. A., Bowden J. W. J., « Prorogation : aucune latitude pour le gouverneur général », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 34, n°1, 2011, p. 8 à 17.
- Mackinnon F., « The Royal Assent in Prince Edward Island: Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and the Giving and Withholding of Assent by Lieutenant-Governors », *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 15, n°2, 1949, p. 216-220.
- Mackinnon W., « L'Assemblée législative de l'Île du Prince Edward », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 34, n°2, 2011, p. 8 à 18.
- Macnutt W. S., « The Coming of Responsible Government to New Brunswick », *Canadian Historical Review*, vol. 32, n°2, 1952, p. 111 à 128.
- Madden A. F., « 'Not for export': The Westminster model of government and British colonial practice », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 8, n°1, 1979, p. 10 à 29.
- Magnon X., Vidal-Nacquet A., « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n°6, 2018, p. 107 à 128.
- Mallory J. R., « Disallowance and the National Interest : the Alberta Social Credit Legislation of 1937 », *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, vol. 14, n°3, 1948, 342 à 357.

Mallory J. R., « The Lieutenant-Governor's Discretionary Powers: The Reservation of Bill 56 », *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 27, n°4, 1961, p. 518 à 522.

Mallory J. R., *The Politics of Constitutional Change*, (1982) vol. 45, n°4, *Law and Contemporary Problems*, 1982, p. 53 à 69.

Martin C., « The Correspondence Between Howe and Charles Buller, 1845-1848 », *The Canadian Historical Review*, vol. 6, n°4, 1925, p. 310 à 331.

Martin G., « Attacking the Durham Myth: Seventeen Years On », *Revue d'études canadienne*, vol. 25, 1990, p. 39 à 59.

Martin G., « James Busby and the Treaty of Waitangi », *British Review of New Zealand Studies*, vol. 5, 1992, p. 13 à 22.

Martin G., « Le Rapport Durham et les origines du gouvernement responsable au Canada », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 6, n°3, printemps 1998, p. 33 à 51.

Martin G., « The Canadian Rebellion Losses bill of 1849 in British Politics », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 6, n°1, 1977, p. 3 à 22.

Martin J. E., « Refusal of Assent – A Hidden Element of Constitutional History in New Zealand », *Victoria University of Wellington Law Review* vol. 41, n°1, 2010, p.51 à 84.

Mcgovney D. O., « The British Privy Council's Power to Restrain the Legislatures of Colonial America: Power to Dissallow Statues: Power to Veto », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 94, 1945, p. 59 à 93.

Mcharg A., « Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law », *The Modern Law Review*, vol. 17, n°6, 2008, p. 853 à 877.

Mchenry D. E., « Formal Recognition of the Leader of the Opposition in Parliaments of the British Commonwealth », *Political Science Quarterly*, vol. 60, n°3, 1954, p. 438 à 452.

Mclay J., « 1984 and All That: Opening Address to the EmpowerNZ Workshop », *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 10, 2012, p. 267 à 286.

Meny Y., « les conventions de la Constitution », *Revue Pouvoirs*, vol. 50, 1989, pp. 53 à 68.

Meston A. L., « The Growth of Self-Government in Tasmania », *Papers and Proceedings of the Royal Society of Tasmania*, Hobart, Mercury Printing Office, 1928, p. 176 à 187.

Milligan F., « Reservation of Manitoba Bills and Refusal of Assent by Lieutenant-Governor Cauchon, 1877-1882 », vol. 14, n°2, 1948, p. 247 à 248.

Morin M., « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : *La Gazette de Québec 1764-1774* », *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, vol. 47, 2013, p. 319 à 355.

Morin M., « Les débats concernant le droit français et le droit anglais antérieur à l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 44, n°2-3, 2014, p. 259 à 306.

Morris C., « The Governor-General, The Reserve Powers, Parliament and MMP: A New Era », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 25, 1995, 345 à 372.

Morris G., « James Prendergast and the Treaty of Waitangi: Judicial Attitudes to the Treaty During the Latter Half of the Nineteenth Century », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 35, n°1, 2004, p. 117 à 144.

Munroe J., « Laws and Conventions Distinguished », *Law Quarterly Review*, n°91, 1975, p. 218 à 235.

Murray S., « L'avenir de l'Australie et ses relations avec le Royaume-Uni : de la monarchie à la République ? », *Pouvoirs*, n°141, 2012, p. 92 à 101.

Murkens, J. E. K., « A Written Constitution a Case not Made », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 41, n°4, 2021, p. 965 à 986.

Murray K., « Royal Assent in Victoria », *Australasian Parliamentary Review*, vol. 23, 2008, p. 41 à 65.

Navot S., « La Cour suprême israélienne et le contrôle de constitutionnalité des lois », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°35, 2012, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-supreme-israelienne-et-le-controle-de-constitutionnalite-des-lois>.

Newman W. J., « Of Dissolution, Prorogation, and Constitutional Law, Principle and Convention: Maintaining Fundamental Distinctions During a Parliamentary Crisis », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 217 à 229.

Nicholson R. D., « Anatomy of a Senate Vacancy », *Australian Quarterly*, vol. 38, n°1, 1966, p. 91 à 101.

Northey J. F., *The Dissolution of Parliaments of Australia and New Zealand*, vol.9, n°2, 1952, *University of Toronto Law Journal*, p. 294 à 304.

O'Brien B. M., « The Power of the Representatives over supply », *Monash University Law Review*, vol. 3, 1976, p. 9 à 24.

O'Connell D. P., « The Dissolution of the Australian Parliament: 11 november 1975 », *The Parliamentarian*, vol. 56, n°1, 1976, p. 1 à 14.

Oliver E., « Proroguing the Parliament of Australia: The Effect on the Senate and Conventions that Constrain Prerogative Power », *Federal Law Review*, vol. 40, n°1, 2012, p. 69 à 88.

Oliver-Hood J., « Ko Nga Take Ture Maori, Our Significantly Indigenous Administrative Law: the Treaty of Waitangi and Judicial Review », *Auckland University Law Review*, vol. 19, 2013, p. 53 à 75.

Ormsby W. G., « Sir Charles Metcalfe and the Canadian Union », *Rapports annuels de la Société historique du Canada*, vol. 40, n°1, 1961, p. 35 à 46.

Palmer G. « The Strong New Zealand Democratic Tradition and the « Great Public Meeting » of 1850 in Nelson », *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 12, 2014, p. 205 à 229.

Palmer G., « The New Zealand Constitution and the Power of Courts », *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2006, vol.15, p. 551 à 577.

Palmer M., « New Zealand Constitutional Culture », *New Zealand Universities Law Review*, vol. 22, 1963, p. 565 à 596.

Pfersmann O., « L'énigme constitutionnelle d'Israël et la politique constitutionnelle de Theodor Herzl », *Cités*, vol. 47-48, n°3-4, p. 227 à 234.

Pinard D., « Certaines utilisations des principes constitutionnels implicites par la Cour Suprême du Canada », *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, vol. 55, n°1, 2007, p. 625 à 662.

Plaxton M., « The Caretaker Convention and Supreme Court Appointments », *Suprem Court Law Review*, vol. 72, 2016, p. 449 à 477.

Pullan R., « The Queen May Have Erred », *Bulletin*, 2 septembre 1980, p. 33.

Quentin-Baxter R. Q., « The Governor-General's Constitutional Discretions: an Essay Towards a Re-defenition », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 10, n°4, 1980, p. 289 à 315.

Quentin-Baxter R. Q., « Themes of Constitutional Development: The Need for a Favourable Climate of Discussion », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 15, n°1, 1985, p.12 à 28.

Rawlings H. F., « The Malaysian Constitutional Crisis of 1983 », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n°2, 1986, p. 237 à 254.

Rawlings R., « Concordats of the Constitution », *Law Quarterly Review*, vol. 116, n°2, 2000, p. 257 à 286.

Read J. E., « The Early Provincial Constitutions », *Canadian Bar Review*, vol. 26, 1948, pp. 621 à 637.

Richardson J. E., « Federal Deadlock: Origin and Operation of Section 57 », *Tasmanian Law Review*, vol. 1 n°6, 1962, p. 706 à 736.

Richardson J. E., The Legislative Power of the Senate in Respect to Money Bills, *Australian Law Journal*, vol. 50, n°6, 1976, p. 273 à 290.

Richardson J. J., « La modernisation de la sanction royale au Canada », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 27, 2004, p. 34 à 38.

Riddiford D. J., « A suitable Second Chamber for New Zealand », *New Zealand Law Journal*, vol. 27, p. 107 à 123.

Riddiford D. J., « An Effective Second Chamber », *New Zealand Law Journal*, vol. 26, p. 329 à 342, 1950.

Roznai Y., « La classification des normes constitutionnelles », *Titre VII*, n°8, avril 2022, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-classification-des-normes-constitutionnelles>.

Russell M., Serban R., « The Muddle of the ‘Westminster Model’: A Concept Stretched Beyond Repair », *Government and Opposition*, vol. 56, n°4, 2021, p. 744 à 764.

Russell M., Serban R., « Why it Is Indeed Time for the Westminster Model to Be Retired from Comparative Politics », *Government and Opposition*, vol. 57, n°2, p. 370 à 384.

Russell M., Serban R., « Why there is no such thing as the ‘Westminster model’ », Blog PSA Parliaments, 12 août 2020, <https://psaparliaments.org/2020/08/12/why-there-is-no-such-thing-as-the-westminster-model/>.

Russell P. H., « Discretion Reserve Powers of the Crown », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 34, n°2, 2011, p. 19 à 25.

Russell P. H., « Latitude et pouvoir de réserve de la Couronne », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 34, n°2, 2011, p. 19 à 25.

Russell P. H., « The 2008 Crisis - The Need for Agreement on Fundamental Conventions of Parliamentary Democracy », *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27, n°1, 2009-2010, p. 205 à 215.

RUSSELL P., MILNE C. , « Adjusting to a New Era of Parliamentary Government », 3-4 février 2011, David Asper Centre of Constitutional Rights, Faculté de droit de Toronto, disponible à l’adresse : <http://aspercentre.ca/wp-content/uploads/2017/06/RDA.pdf>.

Rydon J., « Casual Vacancies in the Australian Senate », *Politics*, vol. 11, n°2, 1976, p. 195 à 204.

Sampford C. J. G., « Recognize and Declare: An Australian Experiment in Codifying Constitutional Conventions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, n°3, 1987, p. 369 à 420.

Saunders C., « Le Fédéralisme australien et l’autonomie locale », *Revue Pouvoirs*, n°141, 2102, p. 39 à 50.

Saywell J. T., « Reservations Revisited », *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol.27, n°3, 1961,

Sharp P. G., « The First Paragraph of Section 55 », *Federal Law Review*, vol. 33, n°3, 2005, p. 569 à 484.

Simeon R., « Sur les rayons, Rapport du sous-comité sur certains aspects de la Constitution, document déposé au Sénat par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol.5, n°1, 1982, p.38 à 40.

Sirota L., « The Case of Prorogation and the Political Constitution », *Journal of Commonwealth Law*, vol. 3, 2021, p. 103 à 156.

Sirota L., « Towards a Jurisprudence of Constitutional Conventions », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 11, n°1, p. 29 à 51.

Slight D. J., « Refusal of Assent – A Suicidal Safeguard? », *New Zealand Law Journal*, vol. 65, 1987, p. 146 à 147.

Smith D. E., « Commentaire sur la prérogative royale et l'office de Lieutenant-Gouverneur », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol.23, n°3, 2000, p.35 à 36.

Stockley A., « Bicameralism in the New Zealand Context », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 16, n°4, 1986, p. 377 à 403.

Stockley A., « Australia's Constitutional Conventions », *New Zealand Law Journal*, 1998, p. 297 à 300.

Stokes M., « The Resignation of Richard Butler as Governor of Tasmania », *University of Tasmania Law Review*, vol. 23, n°2, 2004, p. 207 à 242.

Stoltz D., « Elections à date fixe, dissolution du Parlement et tribunaux », *Revue Parlementaire canadienne*, vol. 33, n°1, 2010, p. 15 à 20.

Taylor G., « Two Refusals of Royal Assent in Victoria », *Sydney Law Review*, vol. 29, 2007, p. 85 à 130.

Thompson E., « A Note on Conventions, Customs and Traditions in Australian Parliaments », *Australian Quarterly*, vol. 47, n°3, 1975, p. 94 à 101.

Tink A., « The Role of Parliamentary Committee Witnesses in the Foundation of Australia », *Australasian Parliamentary Review*, vol. 20, n°2, 2005, p. 33 à 38.

Twomey A., « Hocking v Director-General of the National Archives of Australia: Can Kerr's Correspondence with the Queen Be Kept Secret Forever? », *Sydney Law Review*, vol. 42, n°1, 2020, p. 97 à 108.

Twomey A., « Prorogation – Can it be regarded as a reserve power? », *Public Law Review*, vol. 27, n°2, 2016, p. 144 à 154.

Twomey A., « Responsible Government and the Divisibility of the Crown », *Public Law*, n°4, 2008, p. 742 à 767.

Twomey A., « Royal Assent - The Business of Parliament or of the Executive », *Australasian Parliamentary Review*, vol. 30, n°2, 2015, p 31 à 47.

Twomey A., « The Prerogative and the Courts in Australia », *Journal of Commonwealth Law*, vol. 3, 2021, p. 55 à 102.

- Twomey A., « The Refusal or Deferral of Royal Assent », *Public Law Review*, 2006, p.580 à 602.
- Von Haast H. F., « The Duration of Parliament », *New Zealand Law Journal*, vol.10, 1934, p. 163 à 167.
- Wade H. W. R., « Law, Opinion and Administration », *Law Quarterly Review*, vol. 78, n°2; 1962, p. 188 à 204.
- Walters M. D., « Dicey on Writing the Law of the Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, n°1, 2012, p. 21 à 49.
- Walters M. D., « The Law Behind the Conventions of the Constitution: Reassessing the Prorogation Debate », *Journal of Parliamentary and Political Law*, vol. 5, 2011, p. 131 à 154.
- Watts A. D., « The Australia Act 1986 », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n°1, 1987, p. 132 à 139.
- Waugh J., « Government Control of Royal Assent in Victoria », *Constitutional Law and Policy Review*, vol.8, n°4, 2006, p. 69 à 74.
- Waugh J., « Is Victoria's Constitution Invalid? Rutledge v Victoria' on Opinions on High », *Blog de l'Université de Melbourne* (publié le 16 décembre 2013) <http://blogs.unimelb.edu.au/opinionsonhigh/2013/12/16/waugh-rutledge>.
- Weill R., « Hybrid Constitutionalism: the Israeli Case for Judicial Review and why we should Care », *Berkley Journal of International Law*, vol. 30, n°2, 2012, p. 349 à 411.
- West F., « Constitutional Crisis 1975 – An Historian's View », *Australian Quarterly*, vol. 48, n°2, 1976, p. 48 à 58.
- Wheeler G. J., « Royal Assent in the British Constitution », vol.132, 2016, p. 495 à 505.
- Whitehead L., « The Westminster System « Model » or « Muddle »? », *Taiwan Journal of Democracy*, Special Issue, may 2013, p. 9 à 38.
- Wilkins R., « Rethinking Caretaker Conventions For Australian Governments », *Australian Journal of Public Administration*, vol. 60, n°3, 2001, p. 11 à 26.
- Williams D. V., « The Annexation of New Zealand to New South Wales in 1840: What of the Treaty of Waitangi ? », *Australian Journal of Law and Society*, vol. 2, n°2, 1985, p. 41 à 55.
- Wilson J., « Les conventions constitutionnelles et les campagnes électorales : la convention de transition au Canada », *Revue Parlementaire Canadienne*, vol. 18, n°4, 1995, p. 12 à 19.
- Windeyer V., « A Birthright and Inheritance: The Establishment of the Rule of Law in Australia », *Tasmanian University Law Review*, vol. 1, n°5, 1962, p. 635 à 669.
- Winterton G., « Tasmania's Hung Parliament 1989 », *Public Law*, 1992, p. 423 à 451.
- Winterton G. « Monarchy to Republic Choosing a Republican Head of State », *A Journal of Policy Analysis and Reform*, vol. 2, n°2, 1995, p. 135 à 147.

Wood D., « responsible government in the Australian Colonies: *toy v. Musgrove* reconsidered », *Melbourne University Law Review*, vol. 16, 1988, p. 760 à 784.

### **Lois adoptées par le Parlement britannique et impérial**

Acte d'Union de 1840, 3 & 4, Vict., c. 35.

Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3.

Acte de Québec 1774 14, Geo. III, c. 83.

Acte de revenue du Québec 14, Geo. III, c. 88.

*Australia Act* 1986, c.2.

*Australian Constitutions Act* 1842 (n°1), 5 & 6, Vict., c. 76 (Imp.).

*Australian Constitutions Act* 1850 (n°2), 13 & 14, Vict., c. 59 (Imp.).

*Australian Courts Act* 1828 9, Geo. IV, c. 83.

*Bill of Rights* 1688 1 William & Mary Sess. 2, c. 2.

*Canada Act* 1982, 1982, c. 11.

*Chequers Estate Act* 1917, 7 & 8, Geo. V, c. 55

*Commonwealth of Australia Constitution Act* 1900, 63 & 64 Vict., c.12.

*Constitution Act (New South Wales)* 1855, 18 & 19 Vic., c. 54 (Imp.).

*Constitutional Act* 1791, 31, Geo. III, c. 31.

*Constitutional Reform and Governance Act* 2010, c. 25.

*Constitutional reform Act* 2005 (c. 4).

*Colonial law Validity Act* 1865, 28 & 29 Vict., c. 63.

*Criminal Law Act* 1776, 16, Geo. III, c. 43.

*Dissolution and Calling of Parliament Act* 2022, c. 11.

*Duties in New South Wales Act* 1819, 59, Geo. III, c.114.

*Duties in New South Wales Act* 1820, 1 Geo. IV, c. 62.

*Duties in New South Wales Act 1822*, 3, Geo. IV, c.96.

*Early Parliamentary general election Act*, 2019 c. 29.

*European Communities Act 1972* (c. 68).

*European Union (Withdrawal) Act 2018*. (c. 16).

*Fixed-Term Parliament Act 2011*, c. 14.

*Government of New Zealand Act 1846* 9 & 10 Vict., c. 103 (Imp.).

*Government of Western Australia Act 1829* 10, Geo. IV, c. 22 (Imp).

*House of Lords*, 1999 (c.34).

*Merchant Shipping Act 1894*, 57 & 57, Vict. c. 60.

*Ministers of the Crown Act 1937*, 1 Edw. VIII & 1 Geo. VI, c. 38.

*Murders Abroad Act 1817* 57, Geo. III, c. 53.

*Navigation Act 1651*, 12, Cha. II, c. 18.

*New South Wales Act 1823* 4, Geo. IV, c. 96.

*New South Wales Continuance Act 1840*, 3 & 4, Vict., c. 62 (Imp).

*New South Wales Courts Act 1787*, 27 Geo. III, c. 2.

*New Zealand Constitution (Amendment) Act 1857*, 20 & 21, Vict., c.53.

*New Zealand Constitution Act 1852*, 15 & 16, Vict., c. 72.

*New Zealand Government Act 1846*, 9 & 10, Vict. c. 103.

*New Zealand Suspending Act 1848*, 11 & 12 Vict., c. 5, (Imp.).

*Parliament Act 1911*, 1 & 2 Geo. V c. 13.

*Parliament Act 1949*, 12, 13 & 14 Geo. VI c. 103.

*Queensland Constitution Act 1867*, 31 Vic No. 38.

*Royal Assent by Commission Act 1541*, 33 Hen. VIII, c. 21.

*South Australia Government Act 1838*, 1 & 2, Vict., c. 60 (Imp.).

*South Australia Government Act 1842*, 5 & 6, Vict., c. 61 (Imp.).

*South Australia Government Act 1842*, 5 & 6, Vict., c. 61 (Imp).

*South Australia Waste Lands Act 1842*, 5 & 6, Vict., c. 36 (Imp.).

*South Australian Colonization Act 1834*, 4 & 5, Will. IV, c. 95.

*Statute of Westminster 1931*, 22 Geo. V, c. 4.

*Taxation of Colonies Act 1778*, 18 Geo. III c. 12.

*Transportation Act 1717*, 4, Geo. I, c. 11.

*Transportation of Felons Act 1784*, 24, Geo. III, c. 56.

*Victoria Constitution Act 1855*, 18 & 19 Vic., n°184.

*Western Australia Act 1890*, 52, Vict. c. 23.

### **Lois adoptées par le Parlement australien**

*Aboriginal and Torres Strait Islander Act 2005*, n°54 – Australie.

*Australia Act 1986*, n°142.

*Australian Archives Act 1983*, n°79 – Australie.

*Australian Capital Territory (Self-Government) Act 1988*, n°106 – Australie.

*Constitution (Fixed Term Parliaments) Amendment Act 1993* (1995 n°1) – Nouvelle-Galles du Sud.

*Constitution (Fixed Term Parliaments) Special Provisions Act 1991*, n°70 – Nouvelle Galles du Sud.

*Constitution (Parliamentary Reform) Act 2003* (2/2003) – Victoria.

*Constitution Act 1975*, 8750/1975 – Victoria.

*Constitution Act Amendment Act 1985* n°84 – Australie Méridionale.

*Constitution Act Amendment Act of 1909*, 9 Edw. VII, n° 18 – Queensland.

*Financial Agreement Act 1928*, 19 Geo. V, n°1 – Australie Occidentale.

*Legislation Act 2001*(A2001-14) – Territoire de la Capitale Australienne.

*Native Title Act 1993*, n°110 – Australie.

*New South Wales Constitution Act 1902*, n°32.

*Northern Territory Surrender Act 1907*, n°46.

*Nothern Territory (Self-Government) Act 1978, n°58 – Australie.*

*Public Service Act 1999, n°147 – Australie.*

*South Australia Constitution Act 1855-56, n°2.*

*Statute of Westminster Adoption Act 1942, n°56.*

*Tasmania Constitution Act 1856, n°17.*

*Tasmania Constitution Act 1934, n°94.*

*Tasmanian Government Officers' Salaries Attachment Act 1927, n°52.*

*Western Australia Constitution Acts Amendment Act 1899, 63, Vict. 19.*

### **Lois adoptées par le Parlement canadien**

*British North America Act (n°2) 1949, Enactement n°22.*

Loi modifiant la loi électorale canadienne du 3 mai 2007, L.C, 2007 c. 10.

*Parliament of Canada Act - R.S.C., 1985, c. P-1.*

*Public Service of Ontario Act 2006, c. 35*

### **Lois adoptées par le Parlement de Nouvelle-Zélande**

*Financial Act 1933, n°2.*

*Legislative Council Abolition Act 1950, n°3.*

*Legislative Council Amendment Act 1920, 11 Geo. V, n° 32.*

*New Zealand Constitution Act 1986, (n°114).*

*Statute of Westminster Adoption Act 1947, n°38.*

*Treaty of Waitangi Act 1975 (1975, n°114).*

### **Autres constitutions**

Constitution de l'Etat Libre d'Irlande 1937

Constitution de la République de Malte de 1976

### **Jurisprudence anglaise ou britannique**

*A v. Secretary of State for Home Department*, [2004] UKHL 56, point 91.

*Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd* [1975] 3 All E.R. 484.

*Board of trade Re the Lord Bishop of Natal* de 1864, 3 moo PCCNS 115.

*Caldwell v. McLaren*, [1884] UKPC 21.

*Calvin Case's (Postanti Case)*, (1608), 77 E.R. 377.

*Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp 204, 98 ER 1045.

*Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9.

*Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope* (1842), UKHL 710.

*Elphinstone and Robertson v. Bedreechund and Anoopchand* (1830), 1 Knapp PC 316.

*Fenton v. Hampton* (1858), 11 Moo PC 347.

*Galati v Governor-General of Canada*, [2015] FC 91.

*HS2 Action Alliance Ltd, R (on the application of) v The Secretary of State for Transport & Anor* [2014] UKSC 3.

*R (Jackson) v. Attorney-General* [2005] UKHL 56.

*R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

*R (on the application of Miller) v The Prime Minister Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Indian Association of Alberta* [1982] 1 Q. B. 892.

*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Bancoult*, [2000] EWHC 413.

### **Jurisprudence australienne**

*Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129.

*Attorney General of Western Australia v Marquet* (2003), 217 CLR 545.

*Attorney-General (New South Wales) v. Trethowan* (1931), 44 CLR. 394.

- Australian Capital Television Pty Ltd v. the Commonwealth* (1992) 177 CLR 106.
- Bignold v Dickson and Others*, (1991) 23 NSWLR 683.
- Clayton v. Heffron* [1960] HCA 92.
- Cormack v Cope* (1974) 3ALR 419.
- Doyle v Attorney General of New South Wales* [1934] AC 511.
- Hocking v Director-General of the National Archives of Australia* [2019] FCAFC 12.
- Hocking v Director-General of the National Archives of Australia* [2020] HCA 19.
- Kirmani v. Captain Cook Cruises Pty Ltd* (1985), n°2 (1985) 159 CLR 451.
- Mabo (Mabo and others v. Queensland)*, (1992), n°2 [1992] HCA 23.
- McDonald v Cain* [1953] VLR 411.
- New South Wales v. The Commonwealth* (1975), 135 CLR 337.
- R. v Pearson; Ex parte Spika*, [1983] HCA6, 24 février 1983, (1983) 152 CLR 254.
- Toy v. Musgrove* (1888) 14 VLR. 349.
- Queensland & Western Australia v. Commonwealth*, (1975), 134 CLR 201.
- The Trustees Executors and Agency Co. Ltd v. Federal Commissioner of Taxation* (1933) 49 CLR 220.
- Trethowan v Peden* (1930) 31 SR (NSW) 183.
- Victoria v. Commonwealth* (1975) 134 CLR 81.
- West Lakes v. South Australia* (1980) 25 SASR 389.
- West v. Commissioner of Taxation* (New South Wales) (1937) 56 CLR 657.

### **Jurisprudence Canadienne**

- Attorney General for Ontario v The Attorney General for the Dominion of Canada, and the Distillers and Brewers' Association of Ontario*, [1896] AC 348.
- Black c. Canada (Prime Minister)*, (2001) OR, 215.
- Conacher v. Canada (Prime Minister)* 2009 FC 920.

*Duff Conacher and Democracy Watch v. The Prime Minister*, 2010 FC 131.

*Gallant v The King* [1949], 2 DLR 430.

Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 SCR 217.

Renvoi sur la résolution pour Modifier la Constitution, [1981] 1 S C R 753.

Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales, [1938] SCR 71.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba [1985] 1 SCR 721.

*Rex ex rel. Tolfree v. Clark et al.* [1943] OR 319.

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27.

### **Jurisprudence de Nouvelle-Zélande**

*Criminal Bar Assoc. V. Attorney General and in Boscawen v Attorney General*, CA606/2012 [2013] NZCA 176.

*Wi Parata v The Bishop of Wellington SC Wellington* [1877] NZJurRp 183; (1877) 3 NZ Jur (NS) 72 (SC).

### **Autres jurisprudence**

*Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, (1973) 4 SCC 225.

*United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, [1995] IsrSC 49(4) 221.

### **Documents de formalisation des règles de fonctionnement du gouvernement**

#### **Cabinet manuals**

*Cabinet Handbook*, 14<sup>ème</sup> éd., Australian Government, Canberra, Department of Prime Minister and Cabinet, 2020.

*Cabinet Handbook*, Government of Northern Territory, Department of Premier and Cabinet, 2022.

*Cabinet Handbook*, Government of Tasmania, Department of Premier and Cabinet, Cabinet office, 2018.

*Cabinet Handbook*, Government of Victoria, Department of Premier and Cabinet, 2021.

*Cabinet Handbook*, Government of Western Australia, Executive Government Services, Department of Premier and Cabinet, Cabinet office, 2018.

*Cabinet manual*, Department of the Prime Minister and Cabinet; Canberra, Commonwealth Government, 1987.

*New Zealand Cabinet Manual 2008*, New Zealand Government, Cabinet Office, Department of Prime Minister and Cabinet, Wellington, 2008.

*New Zealand Cabinet Manual 2017*, New Zealand Government, Cabinet Office, Department of Prime Minister and Cabinet, Wellington, 2017.

*Pour un gouvernement ouvert et responsable*, Gouvernement du Canada, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 2015.

*Pour un gouvernement responsable – Guide du ministre et du ministre d’Etat*, Gouvernement du Canada, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 2011.

*Queensland Cabinet Handbook, Governing Queensland*, Department of Premier and Cabinet, Brisbane, 2015.

*Queensland Cabinet Handbook, Governing Queensland*, Department of Premier and Cabinet, Brisbane, 2021.

*The Cabinet Manual : A guide to the laws, conventions and rules on the operation of government*, Londres, Cabinet Office, 2011.

*The Manual of Official Procedure of the Government of Canada*, Ottawa, Government of Canada, 1968.

*Victorian Executive Council Handbook*, Melbourne, Department of Premier and Cabinet, 1997.

#### *Guides sur la période d’intérim gouvernemental et électorale*

*Caretaker Conventions and Other Pre-Election Practices – 2015 General State Election*, New South Wales Government, Department of Premier and Cabinet, 2014.

*Caretaker Conventions and Other Pre-Election Practices*, Department of the Prime Minister and Cabinet (DPMC) 1987, *Annual Report 1986-87*, AGPS, Canberra, 1987, Commonwealth Parliament Paper n°302/1987.

*Caretaker Conventions and Pre-Election Practice – A Guide for South Australian Government Agencies*, Government of South Australia, Department of the Premier and Cabinet, 2014.

*Caretaker Conventions, Guidelines Applying in Western Australia during the State General Election*, Government of Western Australia, Department of the Premier and Cabinet, 2013.

*Circular 03/14, Public Sector Employees Contesting Elections*, Public Service Commission, Queensland Government, 2015.

*Circular C 2013-04 Contesting Elections*, Department of Premier and Cabinet Circular, Public Service Commission, Premier and Cabinet, New South Wales Government, 2013.

*Constitutional Procedures After The Election, CO (20) 5 Government of New Zealand, Cabinet Office Circulars*, 2020.

*Constitutional Procedures After The Election, Government of New Zealand, Cabinet Office Circulars*, 2014.

*Guidance for the 2014 Election Period: State Servants, Political Parties and Elections* Issued by the State Services Commissioner, New Zealand Government, 2014.

*Guidance on Caretaker Conventions du Commonwealth*, Australian Government, Department of Prime minister and Cabinet, 2021.

*Guidance on Caretaker Conventions*, 2016 General Election, Australian Capital Territory Government, 2015.

*Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Chief Minister, Government of Northern Territory of Australia, mars 2012.

*Guidelines for Post-election Consultations with Independents Members*, Londres, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2010.

*Guidelines on Caretaker Conventions, Guidance on Handling Government Business During the Election Period*, 2014, Department of Premier and Cabinet of Victoria, 2014.

*Guidelines on the Caretaker Conventions – Guidance on Handling Government Business During The Election Period*, Victoria, Department of Premier and Cabinet, 2009.

*Guidelines on the Caretaker Conventions and the Operations of Government During the Caretaker Period*, State Election 2014, Tasmanian Government, Department of Premier and Cabinet, 2014.

*Lignes directrices régissant la conduite des ministres, ministres d'état, membres du personnel exonéré et fonctionnaires en période électorale*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, août 2015.

*Northern Territory Public Service employees and elections – Guidelines for public sector employee conduct during election periods and Procedures for contesting Federal, State and Territory or Local Government elections*, Northern Territory Government, 2019.

*Guidance on Caretaker Conventions*, Department of the Prime Minister and Cabinet, Canberra, Australian Government, 2016

### Ministerial codes

*Ministerial Code*, Londres, Cabinet Office, 2010.

*Ministers' Office Handbook*, Government of New South Wales, Department of Premier and Cabinet (non daté).

*Public Service of Ontario Act*. Mémoire du Secrétariat du Conseil des ministres de l'Ontario, 2014.

## **Documents d'archive et documents officiels et recueils**

### Australie

*Report of the Commissioner of Inquiry on the state of agriculture and trade in the colony of New South Wales*, 13 mars 1823, Bibliothèque de l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud.

Lettre du Speaker Gordon Scholes à la Reine en date du 12 novembre 1975, Archives nationales australiennes, A1209, 1975/2448.

Lettre du 27 octobre 1975 du Secrétaire Charteris à John Kerr, NAA: AA1984/609, part. 2.

Official report of the National Australasian Convention debates, Sydney, 2 March to 9 April, 1891

Tous les débats sont consultables :

[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Senate/Powers\\_practice\\_n\\_procedures/Records\\_of\\_the\\_Australasian\\_Federal\\_Conventions\\_of\\_the\\_1890s](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Records_of_the_Australasian_Federal_Conventions_of_the_1890s)

*Official record of the proceedings and debates of the Australasian Federation Conference*, 6-14 February 1890, Melbourne, Government Printer, 1890.

*Debates of the National Australasian Convention*, 2 March-9 April 1891, Sydney, Government Printer 1891.

*Official report of the National Australasian Convention debates*, first session, Adelaide, March 22-May 5 1897.

*Official record of the debates of the Australasian Federal Convention*, second session, Sydney, 2-24 September 1897.

*Official record of the debates of the Australasian Federal Convention*, third session, Melbourne, 20th January to 17th March, 1898.

*Resolutions adopted at the Australian Constitutional Convention*, Wrest Point, Hobart, Adelaide, 27 to 29 October 1976.

*Proceedings of the Australian Constitutional Convention*, 26-29 April 1983, Adelaide, Government Printer for the Australian Constitutional Convention, 1983.

*Resolutions adopted at the Australian Constitutional Convention*, Parliament House, Adelaide, 26 to 29 April 1983.

*First report on the Australian Constitutional Convention*, Legal and Constitutional Committee, Parliament of Victoria, 26/1985, June 1985.

*Second report on the Australian Constitutional Convention*, Legal and Constitutional Committee, Parliament of Victoria, 82/1985, March 1986.

*Final Report of the Constitutional Commission*, Summary, Canberra, Australian Government Publishing Service, August 1988.

*Powers of the Legislative Council in regard to Money Bills, Case for the opinion of the Privy Council*, House of Assembly, Parliament of Tasmania, 23 juin 1899.

Audition du Professeur Georges Winterton devant la *commission on government*, Parlement de l'Australie Occidentale, rapport n°5, 1996, app. 2.

Senate Legal and Constitutional References Committee, *The Road to a republic*, Department of the Senate, Parliament House Canberra, 2004.

*Standing Orders*, House of Representatives, 2016.

## Canada

De Grey W. M., Yorke C., Rapport du procureur général et du solliciteur général concernant le gouvernement civil de Québec, 1766.

Lambton J. G. (Comte de Durahm), Reports on the Affairs of British North America, Toronto, R. Stanton, 1839.

Metcalfé à Stanley 24 avril 1843, Archives publiques du Canada, PAC, CO 537.

Metcalfé à Stanley, 10 mai 1843, Archives publiques du Canada, PAC, CO 537.

Lettre de Robert Peel à Lord Stanley du 2 juin 1843, Archives publiques du Canada, PAC CO 539.

Rapport du département des archives publiques pour l'année 1947, dominion du Canda, Ottawa, 1948.

Rapport du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, Partie 1, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-i-f.htm>.

Rapport du comité spécial du Sénat sur les accords de l'aéroport Pearson, Partie 2, <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/351/pear/rep/p-ii-f.htm>.

Public Policy Forum 2012, *Towards Guidelines on Government Formation: Facilitating Openness and Efficiency in Canada's Governance*, Final report, 2012.

Shortt A., Doughty A. G., *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2<sup>ème</sup> éd, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 2 volumes.

Kennedy, W. P. M., *Documents of the Canadian Constitution 1759-1915*, Toronto, Oxford Uuniversity Press, 1918.

Kennedy, W. P. M., *Statutes, Treaties and Documents of the Canadian Constitution (1713-1929)*, 2<sup>ème</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 1930.

### Grande-Bretagne

*First Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1836*, Parliamentary Paper n° 491, House of commons, 1836.

*Third Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1838*, Parliamentary Paper n° 255, House of commons, 1839.

*Fourth Annual Report of the Colonization Commissioners for South Australia 1839*, Parliamentary Paper n° 556, House of Commons, 1840.

Mémoire confidentiel de Benjamin Hawes, 5 janvier 1850, archives nationales, Gouvernement britannique, CO 885/1/8.

Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation 1929, 1930. Imperial

Conference, 1926, Summary and Proceedings, Dublin, Stationery Office, 1926.

Report of Inter-Imperial Relations Committee, Imperial Conference, 1926: Summary of Proceedings, HMSO, London, 1926 (Cmd 2768).

Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation and Merchant Shipping Legislation 1929, 1930.

Hazell R., Riddell P., *A Draft Caretaker Convention for the UK Modelled on that in Australia and New Zealand*. Supplementary Memorandum to Justice Committee, 21 février 2010.

*Revision of the Cabinet Manual*, Select Committee on the Constitution, House of Lords, 6<sup>th</sup> report of session 2021-2022, HL Paper 34, 2021.

*Revisiting the Cabinet Manual*, Londres, House of Commons, HC 2014-2015, n°233.

*A New Magna Carta*, Political and Constitutional Reform Committee, , 2<sup>ème</sup> rapport, Londres, Chambre des communes, cm2014-415, 3 juillet 2014.

*A new Magna Carta?*, Political and Constitutional Reform Committee, Londres, House of Commons, 2015

*Standing Orders, Public Business*, House of Commons, HC 804, 2021.

Rials S. *Textes constitutionnels étrangers*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2012.

### Nouvelle-Zélande

Lettres patentes 16 novembre 1840, archives nationales de Nouvelle-Zélande, Wellington, AGGO 8341 IA9 5/6.

Lettres patentes du 15 juin 1839, archives nationales de Nouvelle-Zélande, Wellington, ACGO 8341 IA9 1/2.

Correspondence with the Secretary of State Relative to New Zealand, Londres, W. Clowes and Sons, 1840.

Officials Committee on Constitutional Reform, *Constitutional Reform: First and second reports released by the Minister of Justice*, Wellington, Department of justice, 1986.

### **Débats parlementaires**

#### **Australie**

*Historical Records of Australia*, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, 1919, vol. 12, series 1.

*Historical Records of Australia*, Sydney, Library Committee of the Commonwealth Parliament, 1922, vol. 1, series 4.

*Historical Records of Australia*, Sydney, The Library Committee of the Commonwealth Parliament, series 3, vol. 6, 1923.

*Historical Records of Australia*, Sydney, Library Committee of the Commonwealth Parliament, vol. 25 series 1, 1925.

Constitutional Convention (on republic), Transcript of Proceedings, 2 to 13 February 1998, Old Parliament House, Canberra.

#### **Sénat, Australie**

Hansard, Senate, n°25, 18 juin 1970.

Hansard, Senate, n°15, 10 avril 1974.

Hansard, Senate, n°46 11 novembre 1975.

Hansard, Senate, n°7, 13 février 1975.

Hansard, Senate, n°121, 5 juin 1987.

*Journals of the Senate*, 16 octobre 1975, Canberra, The Parliament of the Commonwealth of Australia, n°110, 1974-75.

#### **Chambre des représentants, Australie**

Hansard, House of Representatives, n°35, 25 août 1970

Hansard, House of Representatives 12 june, n°24, 1970.

Hansard, House of Representatives, n°42, 16 octobre 1974.

Hansard, House of Representatives, n°46, 11 november 1975.

Hansard, House of Representatives, n°28, 9 july 1975.

*Journal of the House of Representatives*, appendices, 1952.

*Journal of the House of Representatives*, appendices, 1961.

*Journal of the House of Representatives*, appendices, 1964.

### Queensland

Hansard, *Debates of the Legislative Council of Queensland*, 1885

Hansard, *Parliamentary Debates, Legislative Assembly Queensland*, 1909.

### Australie Occidentale

Hansard, *Parliament of Western Australia, Parliamentary Debates*, 1889 p. 3, 21).

### Nouvelle-Galles du Sud

*Historical Records of New South Wales*, vol. 1, part. 1, Sydney, Charles Potter Government Printer, 1892.

*Historical Records of New South Wales*, vol. 1, part. 2, Sydney, Charles Potter Government Printer, 1893.

*Votes and Proceedings of the Legislative council of New South Wales*, 1844.

*Votes and Proceedings of the Legislative council of New South Wales*, 1848.

### Canada

*Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada Québec, Hunter & Rose, 1865.

Hansard, *Chambre des Communes du Canada, Parlement du Canada*, 33ème Parlement, 1984, 1ère session, vol. 4.

*Journal of the House of Assembly of Upper Canada*, session 1839-1840, Toronto, Hugh Scobie, 1840.

*Journal of the House of Assembly of the Province of New Brunswick*, 1848.

*Journal of the House of Assembly of the Province of Prince Edward Island*, 1851.

*Journal of the House of Assembly of the Province of Prince Edward Island*, 1847

### Nouvelle-Zélande

*Votes and Proceedings of the House of representatives*, Session 1, Auckland, Williamson and Wilson, 1855.

### Royaume-Uni

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, His Majesty's law and Statutes Printers, Butterworth and Son, Londres, 1823.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, His Majesty's law and Statutes Printers, Butterworth and Son, Londres, 1828.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, His Majesty's Statute and Law Printers, 1829.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, His Majesty's law and Statutes Printers, Londres, 1834.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1842.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1846.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1848.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1850.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1852.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1855.

*The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland*, Londres, Her Majesty's Printers, 1857.

COBBETT W., *The Parliamentary History of England*, Londres, T. Hansard, 1816, vol. 27

COBBETT W., *The Parliamentary History of England*, Londres, T. Hansard, 1816, vol. 28.

COBBETT W., *The Parliamentary History of England*, Londres, T. Hansard, 1816, vol. 29.

Hansard, House of Commons, Series 3, vol. 25, 1834.

Hansard, House of Commons, Series 3, vol. 57, 1841.

Hansard, House of Commons, Series 3, vol. 106, 1849.

Hansard, House of Commons, Series 3, vol. 110, 1850.

Hansard, House of Commons, series 3, vol. 96, 1848.

Hansard, House of Commons, series 3, vol. 44, 1838.

*Journal of the House of Commons*, vol. 37, Londres, Chambre des communes, 1803

*House of Lords Sessional papers 1801-1833*, 1823, vol. 152.

## Table des annexes

---

Annexe 1 – 92 résolutions des Patriotes adoptées à la Chambre d’Assemblée du Bas-Canda. ....	598
Annexe 2 – Russell’s Ten Resolutions, 6 march 1837 .....	612
Annexe 3 - Les Douze Résolutions de Joseph Howe déposées à la Chambre de l’Assemblée de Nouvelle-Ecosse en 1837 .....	616
Annexe 4 – Résolutions de Robert Baldwin tu 3 septembre 1841 .....	621
Annexe 5 – Documents relatifs à la crise australienne .....	624
Annexe 6 – Projet de nouvelle constitution canadienne, bill C-60 du 20 juin 1978. ....	632
Annexe 7 – Résolutions adoptées lors des conventions constitutionnelles australiennes de 1983 et 1985.....	646
Annexe 8 – Extraits des débats de la Convention constitutionnelle .....	655

*Annexe 1 – 92 résolutions des Patriotes adoptées à la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada.*

*Journaux de la Chambre d'assemblée du Bas-Canada, Québec, Neilson & Cowan, 1834, vol. 43p. 310 à 336 (extraits).*

M. Antoine Charles Taschereau, du Comité de toute la Chambre, pour prendre en considération l'État de la Province, (avec diverses autres références au dit Comité) a fait rapport, conformément à l'ordre, des Résolutions du dit Comité, lesquelles Résolutions ont été lues de nouveau à la Table du Greffier, comme suit:

1. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que les loyaux sujets de Sa Majesté, le peuple de cette province du Bas-Canada, ont montré le plus grand attachement pour l'empire britannique dont ils forment partie ; qu'il l'ont défendu avec courage dans la guerre, à deux diverses fois, qu'à l'époque qui a précédé l'indépendance des ci-devant colonies anglaises de ce continent, ils ont résisté à l'appel qu'elles leur faisaient de se joindre à leur confédération.

2. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le peuple de cette province a manifesté en tout temps sa confiance dans le gouvernement de Sa Majesté, même dans les circonstances les plus difficiles, et sous des administrations provinciales qui foulait aux pieds les droits et les sentiments les plus chers à des sujets britanniques ; et que le peuple de cette province persévère dans les mêmes dispositions. [...]

4. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre comme représentant le peuple de cette province, a montré un vif empressement à avancer la prospérité générale du pays, en assurant la paix et le contentement de toutes les classes de ses habitants, sans distinction d'origine ni de croyance, sur la base solide et durable des mêmes liens politiques, d'un intérêt commun, et d'une égale confiance dans la protection de la mère-patrie.

5. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre s'est empressée d'adopter et de consolider dans la province, au moyen des lois, non seulement le droit constitutionnel et parlementaire anglais, nécessaire à l'opération de son gouvernement, mais aussi toutes les parties du droit public du Royaume-Uni qui lui ont paru salutaires et protectrices, et conformes aux besoins et aux vœux du peuple, et que cette chambre s'est également efforcée de régler ces procédés, par l'analogie avec ce qui se pratique dans les communes du Royaume-Uni, d'une manière aussi rapprochée que les circonstances de cette colonie ont pu le permettre.

6. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, qu'en l'année 1827, une très grande majorité du peuple de cette province, par ses requêtes signées de 87,000 personnes, se plaignit d'abus graves et nombreux qui régnaient alors, dont plusieurs subsistaient depuis un grand nombre d'années, et dont la plupart subsistent encore aujourd'hui sans adoucissement ni mitigation.

7. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que les dites plaintes et griefs, soumis à la considération du Parlement du Royaume-Uni, donnèrent lieu à la nomination d'un comité de la chambre des communes, dont l'honorable Edward Geoffrey Stanley, maintenant principal secrétaire d'état de Sa Majesté pour le département colonial, formait partie, ainsi que plusieurs autres membres du gouvernement actuel de Sa Majesté ; et qu'après des recherches soigneuses et avec délibération, ce comité en vint, le 18 Juillet 1828, à ces conclusions très justes: 1° Que

les difficultés et les mécontentements qui avaient longtemps existé dans les Canadas, provenaient de défauts sérieux, qui se trouvaient dans le système de lois et de constitutions établi dans ces colonies.

2° Que les difficultés et les mécontentements devaient en grande partie être attribués à la manière dont le système existant avait été administré.

3° Que suivant son entière conviction, ni les recommandations qu'il a faites, ni aucune autre amélioration dans les lois et les constitutions des Canadas, ne seront suivies de l'effet désiré, à moins qu'on ne suive envers ces colonies loyales et importantes un système de gouvernement impartial, conciliatoire et constitutionnel.

8. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que depuis cette époque la constitution de cette province, avec ses défauts sérieux, a continué d'être administrée de manière à multiplier les difficultés et à augmenter les mécontentements qui y avaient longtemps prévalu ; et que les recommandations du comité de la chambre des communes n'ont été suivies d'aucun résultat efficace et de nature à produire l'effet désiré.

9. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que la déficience la plus sérieuse de l'acte constitutionnel, son vice radical, le principe le plus actif de mal et de mécontentement dans la province, la cause la plus forte et la plus fréquente d'abus de pouvoir, d'infraction des lois, de dilapidation du revenu et du domaine publics, avec impunité pour les gouvernants et avec oppression et ressentiment pour les gouvernés, se trouve dans la disposition très mal avisée, dont les funestes résultats furent prévus par feu le très honorable Charles James Fox, lorsqu'elle fut adoptée, savoir : celle qui donne à la couronne le pouvoir exorbitant, incompatible avec tout gouvernement tempéré et basé sur la loi et la justice, et non sur la force et la coercition, de choisir et composer sans règles, sans limites, sans qualifications prédéterminées, toute une branche de la législature, réputée indépendante par la nature de ses attributions, mais inévitablement asservie à l'autorité qui la choisit, la compose, la décompose, la peut modifier chaque jour au gré de ses intérêts ou de ses passions du moment.

10. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que l'abus est inséparable de l'usage d'un pouvoir aussi illimité, et que son exercice dans le choix de la majorité des membres du conseil législatif, tel que constitué pour cette province, a toujours eu lieu dans l'intérêt du monopole et du despotisme exécutif, judiciaire et administratif, et jamais en vue de l'intérêt général.

11. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le remède efficace à ce mal reconnu, a été judicieusement pressenti et indiqué par le comité de la chambre des communes, demandant à John Neilson, écuyer, l'un des agents qui avaient porté la pétition des 87,000 habitants du Bas-Canada, s'il avait pesé dans son esprit quelque plan au moyen duquel on pût, selon lui, mieux composer le conseil législatif du Bas-Canada ; s'il pensait qu'il fût possible que ce corps pût commander la confiance et les respects du peuple, ou être en harmonie avec la chambre d'assemblée, à moins que d'une manière ou d'une autre on introduisit l'élection comme principe de sa composition ; et encore s'il pensait que la colonie pût avoir quelque sûreté de la composition convenable et indépendante du conseil législatif, à moins que le principe d'élection ne fût introduit d'une manière ou d'une autre ; les réponses auxquelles questions, par le dit John Neilson, écuyer, comportaient, entre autres réflexions, qu'il y avait deux moyens d'améliorer la composition du conseil législatif ; l'un par de bons choix, en y appelant des personnes indépendantes de l'exécutif ; mais qu'à en juger par l'expérience il n'y aurait aucune sûreté ; et dans d'autres réflexions, si l'on trouvait ce moyen impraticable, l'autre mode serait de rendre le conseil législatif électif. [...]

13. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que même en précisant des limites de cette nature, et en réglant la propriété foncière comme condition d’éligibilité à un conseil législatif choisi par le peuple, condition qui très heureusement et très sagement n’est pas attachée à l’éligibilité pour la chambre d’assemblée, cette chambre paraît plutôt avoir eu en vue de ménager les opinions reçues en Europe, où la loi et les mœurs donnent tant de privilèges et d’avantages artificiels à la naissance, au rang et à la fortune, qu’aux croyances reçues en Amérique, où l’influence de la naissance est nulle, et où, malgré l’importance naturelle que la fortune commandera toujours, l’introduction artificielle de grands privilèges dans l’ordre public, en faveur de la grande propriété, ne pourrait se soutenir longtemps contre la préférence donnée, dans les élections libres, aux vertus, aux talents et aux lumières, que la fortune n’exclut pas, mais qu’elle ne peut acheter, et qui peuvent accompagner une pauvreté honnête, contente et dévouée, que dans le système électif la société devrait avoir le droit d’appeler et de consacrer au service de la patrie, préférablement à la richesse, lorsqu’elle y serait jugée plus propre.

14. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que cette chambre n’est nullement disposé à admettre l’excellence du système actuel de constitution du Canada, quoique, mal à propos et erronément, le secrétaire d’état de Sa Majesté pour le département colonial allègue qu’il a conféré aux deux Canadas les institutions de la Grande-Bretagne ; ni à repousser le principe d’étendre, beaucoup plus loin qu’il ne l’est aujourd’hui, l’avantage d’un système d’élections fréquentes ; et qu’en particulier ce système devrait être étendu au conseil législatif, quoiqu’il puisse être considéré par le secrétaire colonial comme incompatible avec le gouvernement britannique, appelé par lui gouvernement monarchique, ou comme trop analogue aux institutions que ce sont données les divers états qui composent l’industrielle, morale et prospère confédération des États-Unis d’Amérique.

15. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que par sa dépêche, dont la date n’est pas connue, et dont partie seulement a été communiquée à cette chambre par le gouverneur-en-chef, le quatorze janvier 1834, le secrétaire d’état de Sa Majesté, pour le département colonial, (cette chambre ne sachant pas avec certitude si c’est le secrétaire colonial ou son prédécesseur,) dit qu’un examen de la composition du conseil législatif, à cette époque, (c’est-à-dire à l’époque où elle fût si justement censurée par un comité de la chambre des communes,) et dans le temps actuel, montrera suffisamment dans quel esprit le gouvernement de Sa Majesté s’est efforcé d’accomplir les désirs du Parlement. [...]

17. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que malheureusement il a été laissé au principal agent du gouvernement de Sa Majesté en cette province, d’accomplir les désirs du parlement impérial ; mais qu’il a détruit l’espoir qu’avaient conçu les fidèles sujets de Sa Majesté, de voir le conseil législatif, réformé et amélioré, et les a confirmés dans l’opinion, que le seul moyen possible de donner à ce corps le poids et la respectabilité qu’il devrait avoir, est d’y introduire le principe d’élection.

18. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que le conseil législatif, fortifié d’une majorité ennemie des droits de cette chambre et du peuple qu’elle représente, a reçu de nouveaux et de plus grands moyens qu’il n’en avait ci-devant, de perpétuer et de rendre plus offensant et plus nuisible pour le pays, le système d’abus dont s’est jusqu’à ce jour inutilement plaint le peuple de la province, et qu’inutilement aussi jusqu’à ce jour le parlement et le gouvernement de Sa Majesté en Angleterre ont souhaité corriger.

19. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que depuis sa prétendue réforme, le conseil législatif a renouvelé d’une manière plus alarmante pour les habitants de cette province, et en particulier dans son adresse à Sa Majesté en date du 1er d’avril 1833, sa

prétention à n'avoir pour mission que de donner de la sécurité à une classe particulière des sujets de Sa Majesté en cette province, comme ayant des intérêts qui ne pouvaient être suffisamment représentés dans l'assemblée, dont les sept-huitièmes des membres, dit-il très erronément, sont d'origine française et parlent la langue française ; que cette prétention est une violation de la constitution et est de nature à susciter et à perpétuer entre les diverses classes des habitants de la province, des méfiances, des distinctions et des animosités nationales, et à donner à une partie du peuple une supériorité injuste et factice sur l'autre, avec l'espoir de la domination et d'une préférence indue. [...]

21. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le conseil législatif de cette province n'a été autre chose qu'un écran impuissant entre le gouverneur et le peuple, qui en mettant l'un en état de se maintenir contre l'autre, a servi à perpétuer un système de discorde et de contention ; et qu'il a sans cesse agi en hostilité ouverte contre les sentiments du peuple, tels qu'exprimés constitutionnellement par la chambre d'assemblée ; qu'on ne devrait pas imposer sous la forme de conseil législatif une aristocratie à un pays où il n'y a pas de matériaux naturels à son existence ; que le parlement du Royaume-Uni, en accordant aux sujets canadiens de Sa Majesté le pouvoir de réviser la constitution dont ils tiennent leurs droits les plus chers, montrerait une politique libérale, indépendante de la considération d'intérêts antérieurs et de préjugés existants ; et que par cette mesure, d'une vaste libéralité et d'une saine et sage politique, le parlement du Royaume-Uni, dans une noble rivalité avec les États-Unis d'Amérique, empêcherait que les sujets de Sa Majesté en Canada n'eussent rien à leur envier, et conserverait des relations amicales avec cette province comme colonie, tant que durera notre liaison, et comme alliée, si la suite des temps amenait des relations nouvelles. [...]

23. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le conseil législatif est aujourd'hui moins lié d'intérêt avec la colonie, qu'il ne l'a été à aucune époque antérieure ; que sa composition actuelle, au lieu d'être propre à changer le caractère du corps, à faire cesser les plaintes et à effectuer, entre les deux chambres de la législature provinciale, un rapprochement nécessaire au bien du pays, est telle qu'elle détruit toute espérance de voir adopter par ce corps les opinions et les sentiments du peuple de la province et de cette chambre, sur son droit inaliénable au contrôle plein et entier de tout le revenu prélevé dans la province, sur la nécessité où elle se trouvait, pour amener la réforme des abus depuis longtemps inutilement demandée, de ne subvenir aux dépenses du gouvernement civil que par des appropriations annuelles, ainsi que sur une foule d'autres questions d'intérêt public sur lesquelles l'exécutif et le conseil législatif de son choix et de sa création différent diamétralement avec le peuple de la province et avec cette chambre.

24. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que les dits nouveaux conseillers, pris dans la majorité de l'assemblée, qui avaient l'espoir qu'on leur adjoindrait un nombre suffisant de personnes indépendantes et d'opinions conformes à celles de la majorité du peuple et de ses représentants, doivent sentir maintenant qu'on les a noyés dans une majorité hostile au pays, se composant d'hommes qui ont perdu sans retour la confiance publique, pour s'être montrés les partisans aveugles et passionnés de tous les abus de pouvoir, pour avoir encouragé toutes les violences commises sous l'administration du comte de Dalhousie, pour avoir sans cesse outragé la représentation et le peuple du pays ; de personnes pour ainsi dire inconnues, depuis peu d'années dans le pays, sans propriétés foncières, ou n'en ayant que de très modiques, la plupart n'ayant jamais été délégués à l'assemblée, quelques-uns même refusés par le peuple, et qui n'auraient jamais donné de preuves de leur aptitude à remplir les fonctions de législateur, mais seulement de leur haine contre le pays, et qui, à raison de cette communauté de sentiment, se sont vus tout à coup, par les partialités du gouverneur en chef, élevée à une situation où ils

pourront influencer durant tout le cours de leur vie sur la législation et le sort de la province, dont les lois et les institutions ont de tout temps été les objets de leur animadversion.

27. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que malgré seize nominations au dit conseil, faites en deux ans par le gouverneur en chef actuel, nombre plus grand que n’en fournit aucune autre période de dix ans, ou aucune autre administration, et malgré les désirs du parlement et les directions du gouvernement de Sa Majesté, pour la réparation des griefs dont le peuple s’était plaint, les influences malfaisantes qui veulent perpétuer dans le pays un régime d’irresponsabilité en faveur des fonctionnaires publics, ont prévalu au point de rendre la majorité du conseil législatif plus ennemie du pays qu’à aucune époque antérieure et que ce fait confirme avec une force irrésistible la justice du jugement porté par le comité de la chambre des communes, en censurent la constitution des conseils législatifs, tels qu’ils avaient existé, et la justesse d’opinion de ceux des membres du dit comité, qui pensaient que jamais ces corps ne pourraient obtenir le respect du peuple, ni s’accorder avec la chambre d’assemblée, à moins qu’on n’y introduisit le principe d’élection.

28. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que même en supposant que, par de meilleurs choix, le Gouverneur en chef actuel eût réussi à calmer les alarmes et à assoupir pour un temps de profonds mécontentements, cette forme de gouvernement n’en est pas moins essentiellement vicieuse, qui fait dépendre le bonheur ou le malheur d’un pays, d’un exécutif sur lequel il n’a aucune influence, qui n’y a aucun intérêt commun ni permanent ; et que l’extension du principe électif est le seul refuge dans lequel cette chambre puisse entrevoir un avenir de protection égale et suffisante pour tous les habitants de la province indistinctement.

29. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que les accusations qu’a portées, contre la chambre d’assemblée, le conseil législatif, recomposé par le gouverneur en chef actuel, seraient criminelles et séditeuses, si leur nature même n’en détruisait le danger, puisqu’elles vont à dire, que si dans sa libéralité et sa justice le parlement du Royaume-Uni accordait la mesure que cette chambre a instamment demandée pour la province, et que, dans ce moment solennel, à la suite de l’examen des dépêches du secrétaire d’état pour le département colonial, et à la veille d’élection générales, elle répète et renouvelle, savoir, un changement dans la constitution du conseil législatif en le rendant électif, le résultat de cet acte de justice et de bienveillance serait d’inonder le pays de sang.

30. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que par sa dite adresse à Sa Majesté, en date du premier avril dernier, le conseil législatif impute à cette chambre d’accuser calomnieusement le représentant du roi de partialité et d’injustice dans l’exercice des pouvoirs de sa charge, et de calomnier délibérément les officiers de Sa Majesté, tant civils que militaires, comme une faction combinée portée par l’intérêt seul à lutter pour le soutien d’un gouvernement corrompu, ennemi des droits et contraire aux vœux du peuple ; sur quoi cette chambre déclare que ces accusations n’ont jamais été calomnieuses, mais sont vraies et fondées, et que la tableau fidèle du gouvernement exécutif de cette province, dans toutes ses parties, se trouve tracé par le conseil législatif dans ce passage de son adresse.

31. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que si, comme cette chambre aime à le croire, le gouvernement de Sa Majesté en Angleterre n’a pas en vue de nourrir systématiquement les discordes civiles dans la colonie, les allégués contraires des deux chambres lui imposent l’obligation de connaître mieux sa situation réelle, qu’il ne paraît le faire d’après la longue tolérance des abus que ses agents commettent impunément ; qu’il ne doit pas croire aux louanges que se donnent ceux qui ont eu la direction des affaires d’une colonie, passant selon eux à un état d’anarchie ; qu’il doit se tenir assuré que si sa protection

donnée à des fonctionnaires accusés par une autorité compétente, cette chambre, au nom de tout le peuple, pouvait, pendant un temps, par la force et la crainte, aggraver en leur faveur, et contre les droits et l'intérêt du peuple, le système d'insulte et d'oppression qu'il souffre impatiemment, le résultat serait d'affaiblir les sentiments de confiance et d'attachement que nous avons eus pour le gouvernement de Sa Majesté, et finirait par enraciner les mécontentements et le dégoût insurmontable qu'ont inspirés de déplorables administrations, et qu'inspire actuellement la majorité des fonctionnaires coloniaux, combinés en faction et portés par l'intérêt seul à lutter pour le soutien d'un gouvernement corrompu, ennemi des droits et contraire aux vœux du peuple.

32. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, qu'en outre de son adresse méchante et calomnieuse, du premier avril 1833, le conseil législatif, recomposé par le gouverneur en chef actuel, a prouvé combien il était peu lié aux intérêts de la colonie, par le fait que sur soixante-et-quatre des *bills* qui lui ont été envoyés, vingt-huit ont été par lui rejetés, ou amendés d'une manière contraire au principe et à l'essence de ces *bills* ; que la même unanimité qui, quant à la plupart, avait dans l'assemblée présidé à leur adoption, a, dans le conseil législatif, accompagné leur rejet ; et qu'il est clair, d'après une aussi violente opposition, que l'exécutif provincial et le conseil de son choix, ligüés ensemble contre le corps représentatif, ne le considèrent pas, ou ne veulent pas le considérer, comme l'interprète fidèle et le juge équitable des vœux et des besoins du peuple, ni comme propre à proposer des lois conformes à la volonté générale ; et que, dans de telles circonstances, il devenait du devoir du chef de l'exécutif d'un appeler au peuple par une dissolution du parlement provincial, si l'on se fût rattaché à l'analogie entre les institutions de la Grande-Bretagne et celles de la province.

33. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le conseil législatif, recomposé par le gouverneur en chef actuel, doit être regardé comme l'expression des sentiments du gouvernement exécutif colonial, et que dès lors ces deux autorités paraissent s'être unies et ligüées pour proclamer des principes subversifs de toute concorde, et que c'est d'après d'odieuses et aveugles antipathies nationales qu'elles prétendent gouverner et dominer. [...]

36. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que la dite adresse n'est pas moins injurieuse au petit nombre des membres du conseil législatif, qui sont indépendants et liées aux intérêts et à l'honneur du pays, qui avaient appartenu à l'assemblée et étaient connus partageant ses opinions et ayant secondé ses efforts pour qu'elle obtint l'entier contrôle et la disposition de tout le revenu provincial ; comme approuvant la démarche constitutionnelle et salutaire et non audacieuse, de s'adresser à Sa Majesté pour rendre le conseil législatif électif ; comme blâmant le projet de la formation d'un monopole étendu des terres en faveur de spéculateurs résidant hors du pays ; comme pensant que leur nomination au conseil n'a pu être faite dans la vue d'accroître le poids et l'efficacité constitutionnelle de ce corps, où ils se trouvent en présence d'une majorité ennemie de leurs principes et de leur pays ; comme croyant que l'intérêt et les vœux du peuple sont fidèlement représentés par la majorité de ses représentants, et que la liaison entre cette colonie et la métropole sera d'autant plus durable, que le peuple aura une influence plus grande et plus directe sur la passation des lois propres à assurer son bien-être ; comme d'avis que les sujets de Sa Majesté venus nouvellement s'établir dans le pays, profiteront de toute la liberté et de toutes les améliorations qui se développeraient rapidement, si au moyen de l'extension du système électif, l'administration était empêchée de monopoliser le pouvoir et le lucre en faveur de la minorité et d'une origine particulière, contre la majorité et d'une autre origine, et d'acheter, corrompre et exciter une partie de cette minorité, de manière à voir donner à toutes les discussions d'intérêt local ou général, le caractère alarmant de lutte et d'antipathie nationale ; et que les dits membres indépendants du dit conseil législatif, indubitablement convaincus de la tendance de ce corps, et désabusés sur

les motifs au moyen desquels ils avaient été engagés à s'y agréer, se retirent maintenant des sessions du dit conseil, où ils désespèrent de pouvoir opérer le bien du pays.

37. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le monde politique est agité dans ce moment par deux grands partis en Europe, qui se montrent sous différents noms dans ses différents pays ; sous les noms de serviles, royalistes, torys, conservatifs et autre, d'une part ; sous ceux de libéraux, constitutionnels, républicains, whigs, réformateurs, radicaux et autres, d'autre part ; que ce premier parti est sur ce continent sans autre poids ni influence, que ce que peuvent lui en donner ses suppôts européens, avec un très petit nombre de personnes qui se mettent sous leur dépendance en vue de profits personnels, et d'autres qui tiennent par l'âge ou l'habitude à des idées qui ne sont partagées par aucune classe nombreuse ; tandis que le second parti couvre l'Amérique toute entière ; et que le secrétaire colonial se méprend, s'il pense que l'exclusion du conseil législatif de quelques fonctionnaires salariés suffirait pour le mettre en harmonie avec les vœux, les opinions et les besoins du peuple, tant que les gouverneurs coloniaux conserveront la faculté de le recruter en majorité des membres serviles, par leurs antipathies contre les idées libérales.

38. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette combinaison vicieuse à laquelle on s'est attaché, a donné au conseil législatif un caractère d'animosité contre le pays, pire qu'à aucune autre époque, et qu'elle est aussi contraire à l'accomplissement des désirs du parlement, que l'aurait été celle qui, pour résister aux vœux du peuple anglais et des communes sur la réforme parlementaire, aurait jeté dans le chambre des lords une accession d'hommes connus par leur opposition factieuse et violente à cette grande mesure.

39. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le conseil législatif, ne représentant que les opinions individuelles de certains membres d'un corps aussi fortement accusé, à une époque récente, par le peuple de la province, et aussi justement censuré par le rapport du comité des communes, n'est pas une autorité compétente à demander des changements dans l'acte constitutionnel de la trente-et-unième George III , chapitre trente-et-un, et que cet acte ne peut ni ne doit être changé que dans les occasions, où et de la manière dont le demande le peuple de la province, dont cette chambre est seule compétente à représenter les sentiments ; que toute intervention de la législature en Angleterre dans les lois et la constitution de cette province, qui ne serait pas basée sur les vœux du peuple librement exprimés, soit par cette chambre, soit de tout autre manière constitutionnelle, ne saurait tendre en aucune manière à arranger aucune des difficultés qui peuvent exister dans cette province, mais ne pourrait au contraire que les aggraver et les prolonger.

40. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre attend de la justice du parlement du Royaume-Uni, qu'aucune mesure de cette nature, fondée sur les fausses représentations du conseil législatif, et de membres et des suppôts de l'administration coloniale, tous intéressés à perpétuer les abus, ne sera adoptée à l'encontre des droits, des libertés et du bien-être des habitants de cette province, mais bien que, se rendant aux vœux du peuple et de cette chambre, la législature impériale accordera le remède le plus efficace aux maux présents et à venir, soit en rendant le conseil législatif électif, en la manière demandée par cette chambre, dans son adresse à Sa Très Gracieuse Majesté, en date du vingtième mars 1833, soit en mettant le peuple à même d'exprimer son opinion d'une manière encore plus directe sur les mesures à adopter à cet effet, et sur telles autres modifications que pourraient requérir les besoins du peuple et l'intérêt du gouvernement de Sa Majesté dans la province, et que cette chambre persévère dans sa dite adresse.

41. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que dans ses dépêches, le secrétaire d’état de Sa Majesté pour le département colonial, reconnaît qu’il a souvent été admis que les habitants du Canada ne devraient rien trouver dans les institutions des pays voisins qu’ils pussent voir avec envie, et qu’il a encore à apprendre qu’un tel sentiment actuellement chez les sujets de Sa Majesté en Canada : – À quoi cette chambre répond, que les états voisin ont une forme de gouvernement très propre à empêcher les abus de pouvoir et très efficace à les réprimer ; que l’inverse de cet ordre de choses a toujours prévalu pour le Canada, sous la forme actuelle du gouvernement ; qu’il y a dans les pays voisins un attachement plus universel et plus fort pour les institutions, que nulle part ailleurs, et qu’il y existe une garantie du perfectionnement progressif des institutions politiques, dans leur révision à des époques rapprochées et déterminées, aux moyens de conventions du peuple, pour répondre sans secousses ni violences aux besoins de toutes les époques.

43. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que la constitution et la forme de gouvernement qui conviendrait le mieux à cette colonie, ne doivent se chercher uniquement dans les analogies que présentent les institutions de la Grande-Bretagne, dans un état de société tout-à-fait différent du nôtre ; qu’on devrait plutôt mettre à profit l’observation des effets qu’ont produits les différentes constitutions infiniment variées, que les rois et le parlement anglais ont données à différentes plantations et colonies en Amérique, et des modifications que des hommes vertueux et éclairés ont fait subir à ces institutions coloniales, quand ils ont pu le faire avec l’assentiment des parties intéressées.

46. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que dans la vue d’introduire ce que les institutions des pays voisins présentaient de bon et d’applicable à l’état de cette province, cette chambre a, entre autres mesures, passé pendant longues années, un *bill* fondé sur le principe arithmétique de proportionner le nombre des représentants, à celui de la population ; et que si par le malheur des circonstances, et dans la nécessité urgente qui existait d’augmenter la représentation, elle a été forcée d’acquiescer à des amendements qui violent ce principe, en donnant à plusieurs comtés qui n’ont qu’une population d’un peu plus de quatre mille âmes, le même nombre de représentants qu’à plusieurs autres, qui ont une population cinq fois plus grande, cette disproportion est, dans l’opinion de cette chambre, une injustice dont elle doit chercher le remède ; et que dans les pays nouveaux où la population s’accroît rapidement et se porte vers de nouvelles localités, il est sage et juste que des recensements fréquents et périodiques fassent connaître ses accroissements, et ses distributions, principalement pour que la représentation soit établie sur une base équitable.

47. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que la fidélité des peuples et la protection des gouvernements sont des obligations corrélatives, sont l’une ne saurait longtemps subsister sans l’autre ; que par suite des défauts qui se trouvent dans les lois et constitutions de cette province, et de la manière dont ces lois et constitutions ont été administrées, le peuple de cette province n’est pas suffisamment protégé dans sa vie, ses biens et son honneur ; et que la longue suite d’actes d’injustice et d’oppression dont il a à se plaindre, s’est accrue en violence et en nombre avec une rapidité alarmante sous la présente administration.

48. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, qu’au milieu de ces désordres et de ces souffrances, cette chambre, et le peuple qu’elle représente, avaient toujours nourri l’espérance et professé la foi, que le gouvernement de Sa Majesté, en Angleterre, ne participait pas sciemment et volontairement à la démoralisation politique de ses agents et employés coloniaux ; et que c’est avec étonnement et douleur, qu’ils ont vu dans les extraits des dépêches du secrétaire colonial, communiqués par le gouverneur-en-chef durant la présente session, que l’un des membres, au moins, du gouvernement de Sa Majesté, est animé contre eux de

sentiments de prévention et d'animosité, et enclin à des projets d'oppression et de vengeance, peu propres à changer un système abusif, dont la continuation découragerait tout-à-fait le peuple, lui enlèverait l'espoir légitime de bonheur, qu'il tire de son titre de sujets britanniques, et le mettrait dans la dure alternative de se soumettre à un servage ignominieux, ou de voir en danger les liens qui l'unissent à la mère-patrie. [...]

50. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, qu'à l'occasion des termes suivants d'une des dites dépêches :

*« si les événements venaient malheureusement à forcer le parlement à exercer son autorité suprême, afin d'apaiser les dissensions intestines des colonies, mon objet, ainsi que mon devoir, serait de soumettre au parlement telles modifications à la charte des Canadas, qui pourraient tendre, non pas à introduire des institutions qui sont incompatibles avec l'existence d'un gouvernement monarchique, mais dont l'effet serait de maintenir et de cimenter l'union avec la mère-patrie, en adhérant strictement à l'esprit de la constitution britannique, et en maintenant dans leurs véritables attributions, et dans les bornes convenables, les droits et les privilèges mutuels de toutes les classes de Sa Majesté »* s'ils comportent quelque menace de modifier, autrement que ne le demande la majorité du peuple de cette province, dont les sentiments ne peuvent être légitimement exprimés par aucune autre autorité, que celle de ses représentants, cette chambre croirait manquer au peuple anglais, si elle hésitait à lui faire remarquer que, sous moins de vingt ans, la population des Etats-Unis d'Amérique sera aussi ou plus grande que celle de la Grande-Bretagne ; que celle de l'Amérique anglaise sera aussi ou plus grande, que ne le fut celle des ci-devant colonies anglaises, lorsqu'elles jugèrent que le temps était venu de décider, que l'avantage inappréciable de se gouverner, au lieu d'être gouvernées, devait les engager à répudier un régime colonial, qui fut, généralement parlant, beaucoup meilleur que ne l'est aujourd'hui celui de l'Amérique anglaise.

51. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que l'approbation par le secrétaire colonial, dans sa dite dépêche, de la composition actuelle du conseil législatif, dont les actes, depuis sa prétendue réforme, ont été signalés par l'esprit de parti et par d'odieuses distinctions et préférences nationales, est un juste sujet d'alarmes, pour les sujets canadiens de Sa Majesté en général, et en particulier pour la grande majorité d'entre eux, qui ne l'a cédé, en aucun temps, à aucune autre classe des habitants de cette province, par son attachement au gouvernement de Sa Majesté, son amour de la paix et de l'ordre, son respect pour les lois et son désir d'effectuer l'union si désirable de tout le peuple, aux fins de jouir librement et également des droits et des avantages des sujets anglais, et des institutions assurées et chères au pays ; que les dites distinctions et préférences ont été presque constamment exploitées par les administrations coloniales de la province, et la majorité des conseillers législatifs, conseillers exécutifs, juges, et autres fonctionnaires sous leur dépendance, et qu'il n'a fallu rien moins que l'esprit d'union des différentes classes du peuple et la conviction de l'unité de leurs intérêts, pour prévenir des collisions incompatibles avec la prospérité et la sécurité de la province.

53. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que nos co-sujets d'origine britannique dans la province, sont venus s'établir dans un pays « dont les habitants, professant la religion de l'église de Rome, jouissaient d'une forme stable de constitution, et d'un système de lois, en vertu desquelles leurs personnes et leurs propriétés ont été protégées et gouvernées, pendant une longue suite d'années, depuis le premier établissement du Canada ; » qu'appuyé sur ces considérations, et guidé par les règles de la justice et du droit des gens, le parlement britannique statua que, dans toutes les matières relatives à la propriété et aux droits civils, on recourrait au droit du Canada ; que dans les occasions où le gouvernement s'écarta du principe ainsi reconnu,

par l'introduction du droit criminel anglais, en premier lieu, et plus tard par celle du système représentatif, avec toute la portion du droit constitutionnel et parlementaire, nécessaire à sa pleine et libre action, il l'a fait en conformité aux vœux suffisamment connus du peuple canadien ; et que toute tentative de la part de fonctionnaires publics, ou autres, qui ont fait volontairement leur condition, en venant s'établir dans le pays, contre l'existence d'aucune partie des lois et des institutions propres et particulières au pays, et toute prépondérance à eux donnée dans les conseils législatif et exécutif, dans les tribunaux et les autres départements, sont contraires aux engagements du parlement britannique, et aux droits assurés aux sujets canadiens de Sa Majesté, sur la foi de l'honneur national anglais et sur celle des capitulations et des traités.

54. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que toute combinaison, soit au moyen d'actes du parlement britannique, obtenu en contravention à ses engagements antérieurs, soit au moyen d'une administration partielle et corrompue du système existant de lois et de constitutions, serait une violation de ces droits, à laquelle la majorité du peuple ne devrait pas une obéissance de choix et d'affection, mais seulement de crainte et de coercition, tant qu'elles pourraient durer ; que la conduite des administrations coloniales et de leurs employés et suppôts dans cette colonie, a le plus souvent été de nature à créer injustement des appréhensions sur les vues du peuple et du gouvernement de la mère-patrie, et à mettre en danger la confiance et le contentement des habitants du pays, qui ne peuvent être bien assurés que par des lois égales, et une justice égale, imposées comme règle de conduite, à tous les départements du gouvernement. [...]

63. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre voit avec regret, par l'une des dites dépêches du secrétaire colonial, que Sa Majesté ait été conseillée d'agir dans un cas qui touche aux privilèges de cette chambre ; que dans la circonstance à laquelle il y est fait allusion, cette chambre a usé d'un privilège solennellement établi par la chambre des communes, avant que le principe sur lequel il repose, fût devenu loi du pays ; que ce principe est nécessaire à l'indépendance de cette chambre et à la liberté de ses votes et de ses procédés ; et que les résolutions de cette chambre du 15 février 1831, sont constitutionnelles et bien fondées, et appuyées sur l'exemple des communes de la Grande-Bretagne ; que cette chambre a, à plusieurs reprises, passé des *bills* pour mieux en assurer le principe ; mais que ces *bills* ne sont pas devenus loi, d'abord par les obstacles éprouvés dans un autre branche de la législature provinciale, et ensuite par le réserve du dernier des ces *bills* pour la sanction de Sa Majesté en Angleterre, d'où il n'est pas encore revenu ; que jusqu'à ce qu'un pareil *bill* soit devenu loi, cette chambre persévère dans les dites résolutions ; et que le refus par Son Excellence le gouverneur en chef actuel de signer un *writ* pour l'élection d'un chevalier pour le comté de Montréal, un remplacement de Dominique Modelet, écuyer, dont le siège a été déclaré vacant, est un grief dont cette chambre a droit d'obtenir réparation, et qui aurait suffi pour mettre fin à toutes relations entre elle et l'exécutif colonial actuel, si les circonstances du pays n'eussent présenté une foule d'autres abus et griefs, contre lesquels il est urgent de réclamer.

64. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que les prétentions élevées depuis un grand nombre d'années, par le gouvernement exécutif, au contrôle et à l'application d'une grande partie du revenu prélevé dans la province, qui de droit appartient à cette chambre, sont contraires à ses droits et à la constitution du pays, et que cette chambre persiste à cet égard dans ses déclarations des années précédentes. [...]

66. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le gouvernement exécutif s'est efforcé au moyen des dits règlements arbitraires, et principalement par la vente des terres vacantes et des bois sur icelles, de se créer, à même le revenu sujet uniquement aux

appropriations de cette chambre, des ressources pécuniaires indépendantes du contrôle des représentants du peuple ; et qu'il en est résulté une diminution dans l'influence salutaire que la peuple a droit d'exercer, d'après la constitution, sur la branche administrative du gouvernement, et sur l'ensemble et la tendance de ses mesures. [...]

69. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que ces prétentions et ces abus ont été à cette chambre, même l'ombre de contrôle sur le revenu public de la province, et l'ont mise hors d'état de connaître, à aucune époque, le revenu perçu, le montant disponible sur icelui, et les besoins du service public ; et que cette chambre ayant depuis plusieurs années passé des *bills* dont le modèle se trouve dans les statuts de la Grande-Bretagne, pour établir une comptabilité et une responsabilité régulières dans les départements liés à la recette et à l'emploi du revenu, ces *bills* ont échoué dans le conseil législatif.

70. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que depuis la dernière session du parlement provincial, le gouverneur en chef de cette province et les membres de son administration provinciale, s'appuyant des prétentions ci-dessus, ont payé sans appropriation légale de très fortes sommes du revenu public, sujet au contrôle de cette chambre, et que la répartition des dites sommes a été faite suivant leur bon plaisir, et même d'une manière contraire aux votes de cette chambre, tels qu'incorporés dans le *bill* de subsides passé par elle lors de la dernière session, et rejeté dans le conseil législatif.

71. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre tiendra pour responsables de toutes les sommes payées autrement qu'en vertu d'une loi de cette législature ou sur adresse de cette chambre, à même le revenu public de la province, ou qui pourront l'être à l'avenir, tous ceux qui auront autorisé ces paiements, ou y auront participé, jusqu'à ce que les dites sommes aient été remboursées, ou qu'un *bill* ou des *bills* d'indemnité, librement passés par cette chambre, aient obtenu force de loi.

72. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que la pratique adoptée par cette chambre, dans le *bill* de subsides passé durant la dernière session, d'attacher certaines conditions à certains de ses votes, dans la vue de prévenir le cumul de situations incompatibles, et d'obtenir la réparation d'abus et griefs, est sage et constitutionnelle, et a été souvent adoptée par la chambre des communes, dans des circonstances analogues ; et que si maintenant elle n'y a plus aussi souvent recours, c'est parce qu'elle a heureusement obtenu l'entier contrôle du revenu de l'état, et que le respect pour son opinion au sujet de la réparation des abus et griefs de la part des autres autorités constituées, a régularisé la marche de la constitution d'une manière également avantageuse à la stabilité du gouvernement de Sa Majesté et aux intérêts du peuple.

73. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que ça a été la pratique ancienne de la chambre des communes de retenir les subsides jusqu'à ce que les griefs fussent redressés, et qu'en suivant cet exemple dans la conjoncture actuelle, nous sommes appuyés dans nos procédés, tant par les précédents les plus approuvés, que par l'esprit de la constitution même. [...]

76. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cet usage partial et abusif de n'appeler en grande majorité aux fonctions publiques de la province, que ceux qui tiennent le moins à ses intérêts permanents et à la masse de ses habitants, a été particulièrement appliqué au département judiciaire, les juges ayant été systématiquement choisis pour les trois grands districts, à l'exception d'un seul dans chacun, d'entre la classe qui, née hors du pays, est la moins versée dans ses lois et dans la langue et les usages de la majorité de ses habitants ; que par suite de leur intervention dans la politique du pays, de leurs liaisons avec les membres des

administrations coloniales, et de leurs préjugés en faveur d'institutions étrangères et contre celles du pays, la majorité des dits juges a introduit une grande irrégularité dans le système général de notre jurisprudence, en négligeant de coordonner leurs décisions à ses bases reconnues ; et que les prétentions des dits juges à régler les formes de la procédure d'une manière contraire aux lois du pays, sans l'intervention de la législature, ont souvent été étendues aux règles fondamentales du droit et de la pratique ; qu'en outre par suite du même système, l'administration de la justice criminelle a été partielle, peu sûre, et peu protectrice, et a manqué d'inspirer la confiance qui en doit être la compagne inséparable.

77. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que par suite de leurs liaisons avec les membres des administrations provinciales et leurs antipathies contre le pays, quelques-uns des dits juges ont, en violation des lois, tenté d'abolir, dans les cours de justice, l'usage de la langue parlée par la majorité des habitants du pays, nécessaire à la libre action des lois et formant partie des usages à eux assurés, de la manière la plus solennelle, par des actes du droit public et statuts du parlement britannique.

78. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que plusieurs des dits juges, par partialité, dans des vues politiques et en violation du droit criminel anglais, tel qu'établi dans le pays, de leur devoir et de leur serment, se sont entendus avec divers officiers en loi de la couronne, agissant dans l'intérêt des administrations provinciales, pour laisser accaparer à ces derniers le monopole de toutes les poursuites criminelles, de quelque nature qu'elles fussent, sans vouloir permettre à la partie privée, d'intervenir ou d'être entendue, ni même aux avocats d'exprimer leurs opinions comme amis de la cour ; lorsque les dits officiers de la couronne, s'y opposaient ; qu'en conséquence, de nombreuses poursuites d'une nature politique ont été élevées dans les cours de justice par les dits officiers de la couronne, contre ceux dont les opinions étaient opposées aux administrations d'alors, tandis qu'il était impossible à la classe nombreuse des sujets de Sa Majesté, dont ces derniers faisaient partie, de traduire devant les tribunaux avec la moindre confiance, ceux qui protégés par les dites administrations, et aidant à leurs violences, avaient pu se rendre coupables de crimes ou de délits ; que le personnel des tribunaux, tel qu'exposé dans cette résolution et dans les précédentes, n'a éprouvé aucune modification, et inspire les même craintes pour l'avenir.

79. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre, comme représentant le peuple de cette province, possède le droit, et a exercé de fait dans cette province, quand l'occasion l'a requis, les pouvoirs, privilèges et immunités réclamés et possédés par la chambre des communes du parlement, dans le Royaume- Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande. [...]

83. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que depuis l'année 1792, jusqu'à la présente, des avances de cette nature, en conformité à ce qui se pratique dans la chambre des communes, ont été constamment faites sur des adresses semblables à celle que la chambre d'assemblée a présentée cette année au gouverneur en chef ; qu'une telle adresse est le vote de crédit le plus inviolable quelle puisse donner, et que la presque totalité d'une somme de plus de £277,000 a été avancée sur de tels votes de crédit par les prédécesseurs de son excellence le gouverneur en chef et par lui-même, comme il le reconnaît par son message du dix-huit janvier 1834, sans qu'il y ait jamais eu de risque à l'accorder pour aucun autre gouverneur, quoique plusieurs aient été impliqués dans les difficultés violentes et injustes de leur part, contre la chambre d'assemblée, et sans qu'ils aient appréhendé qu'un parlement prochain ne fût pas disposé à faire bon des engagements de la chambre d'assemblée ; et que le refus du gouverneur en chef, dans la circonstance actuelle, nuit essentiellement à la dépêche des affaires pour lesquelles le parlement a été convoqué, est contraire aux droits et à l'honneur de cette chambre, et est un nouveau grief contre l'administration actuelle de cette province.

84. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, qu’en outre des griefs et abus exposés ci-dessus, il en existe dans la province un grand nombre d’autres, dont une partie existait avant le commencement de l’administration actuelle, qui les a maintenus, et dont une partie est son ouvrage, dont cette chambre se réserve le droit de porter plainte et de demander réparation, et dont l’énumération serait trop longue, que cette chambre indique ici seulement, entre autres :

1° La composition vicieuse et irresponsable du conseil exécutif, dont les membres sont en même temps Juges de la cour d’appel, et le secret dans lequel on a tenu cette chambre, lorsqu’elle a travaillé à en acquérir, non seulement des attributions du dit corps ; mais même des noms qui en forment partie. [...]

8° L’accroissement des dépenses du gouvernement, sans l’autorité de la législature, et la disproportion des salaires comparés aux services rendus, aux revenus des biens-fonds, et aux profits ordinaires de l’industrie, chez des personnes d’autant et de plus de talents, de travail et d’économie, que les fonctionnaires publics. [...]

10° La réserve trop fréquente des *bills* par les gouverneurs, pour la sanction de Sa Majesté en Angleterre, et la négligence du bureau colonial à s’occuper de ces *bills*, dont un grand nombre ne sont pas revenus du tout dans la province, et même dont quelques-uns n’en sont revenus qu’à un époque où il pouvait exister des doutes sur la validité de leur sanction ; ce qui a introduit l’irrégularité et l’incertitude dans la législation de la province, et gêné cette chambre dans son désir de renouveler dans les sessions postérieures les *bills* réservés dans une session précédente.

11° La négligence du bureau colonial à répondre à des adresses, transmises de la part de cette chambre, sur des sujets importants ; l’usage des gouverneurs de ne communiquer que d’une manière incomplète, par extraits, et souvent sans date, les dépêches reçues de temps à autre, sur les sujets dont s’est occupé cette chambre ; le recours trop fréquent des administrations provinciales à l’opinion des ministres de Sa Majesté en Angleterre, sur des points dont il est en leur pouvoir et de leur compétence de décider. [...]

15° Les refus des gouverneurs, et surtout du gouverneur en chef actuel, de communiquer à cette chambre, un grand nombre de renseignements demandés, de temps à autre, sur les affaires publiques de la province et qu’elle a droit d’avoir. [...]

85. Résolu, – Que c’est l’opinion de ce comité, que l’exposé ci-dessus démontre qu’à aucune époque, les lois et les constitutions de la province n’ont été administrées d’une manière plus contraire aux intérêts du gouvernement de Sa Majesté et aux droits du peuple de cette province, que sous la présente administration ; et nécessite, de la part de cette chambre, la mise en accusation de Son Excellence Matthew Whitworth Aylmer, Lord Aylmer de Balrath, gouverneur en chef actuel de cette province, pour avoir dans l’exécution des devoirs de sa charge, en contravention au désir du parlement impérial, et aux directions qu’il a pu recevoir, à l’honneur et la dignité de la couronne, aux droits et privilèges de cette chambre et du peuple qu’elle représente, recomposé le conseil, de manière à augmenter les dissensions qui déchirent la colonie ; mis des entraves sérieuses aux travaux de cette chambre, comme grande enquête du pays ; avoir disposé du revenu public de la province contre le consentement des représentants du peuple, en contravention à la loi et à la constitution ; maintenu des abus existants, et en avoir fait naître de nouveaux ; avoir refusé de signer un *writ* d’élection pour remplir une vacance, occasionnée dans la représentation de cette province, et de compléter la dite représentation au nombre voulu par la loi ; – et que cette chambre attend de l’honneur, du patriotisme et de la justice du parlement réformé du Royaume-Uni, que les communes du dit parlement porteront des accusations parlementaires (*Impeachments*), et les appuieront devant la chambre des lords, contre le dit Mathew Lord Aylmer, par suite et à raison de son administration illégale, injuste et inconstitutionnelle du gouvernement de cette province, et contre tels des conseillers méchants et pervers qui l’ont guidé, que cette chambre pourra ci-

après accuser, s'il n'y a pas moyen d'obtenir justice contre eux dans cette province, ou de la part du gouvernement exécutif de Sa Majesté en Angleterre.

86. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que cette chambre espère et croit que les membres indépendants des deux chambres du parlement du Royaume-Uni, seront disposés, autant par inclination que par devoir, à soutenir les accusations portées par cette chambre ; à veiller à la conservation de ses droits et privilèges souvent et violemment attaqués, surtout par l'administration actuelle, et faire en sorte qu'on ne puisse, en opprimant le peuple de cette colonie, lui faire regretter sa dépendance de l'empire britannique, et chercher ailleurs un remède à ses maux. [...]

92. Résolu, – Que c'est l'opinion de ce comité, que le message de Son Excellence le gouverneur en chef, reçu le treize janvier dernier, relatif au *writ* pour le comté de Montréal, avec l'extrait d'une dépêche qui l'accompagne, le message du même, reçu le même jour, relatif au *bill* des subsides, et le message du même, reçu le quatorze janvier dernier, avec l'extrait d'une dépêche qui l'accompagne, soient biffés des journaux de cette chambre.

## *Annexe 2 – Russell’s Ten Resolutions, 6 march 1837*

W. P. M, KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution*, Toronto, Oxford University Press, 1918, p. 434 à 436.

1.- THAT, since the 31<sup>st</sup> day of October, in the year 1832, no provision has been made by the Legislature of the Province of Lower Canada, for defraying the charges of the administration of justice, and for the support of the civil government within the said Province, and that there will, on the 10<sup>th</sup> day of April now next ensuing, be required for defraying in full the charges aforesaid to that day, the sum of 142,160£ 14s. 6d.

2.- THAT, at a session of the Legislature of Lower Canada, holden at the city of Quebec, in the said Province, in the months of September and October 1836, the Governor of the said Province, in compliance with His Majesty's commands, recommended to the attention of the House of Assembly thereof the estimates for the current year, and also the accounts, showing the arrears due in respect of the civil government, and signified to the said House His Majesty's confidence that they would accede to the application which he had been commanded to renew for payment of the arrears due on account of the Public Service, and for the funds necessary to carry on the civil government of the Province.

3.- THAT the said House of Assembly, on the 3<sup>rd</sup> day of October 1836, by an address to the Governor of the said Province, declined to vote a supply for the purposes aforesaid, and by the said address, after referring to a former address of the said House to the Governor of the said Province, declared that the said House persisted, amongst other things, in the demand of an elective Legislative Council, and in demanding the repeal of a certain act passed by the Parliament of the United Kingdom in favour of the North American Land Company; and by the said address the said House of Assembly further adverted to the demand made by that House of the free exercise of its control over all the branches of the executive government; and by the said address the said House of Assembly further declared, that it was incumbent on them in the present conjuncture to adjourn their deliberations until His Majesty's Government should by its acts, especially by rendering the second branch of the legislature conformable to the wishes and wants of the People, have commenced the great work of justice and reform, and created a confidence which alone could crown it with success.

4.- THAT in the existing state of Lower Canada, it is unadvisable to make the Legislative Council of that Province an elective body; but that it is expedient that measures be adopted for securing to that branch of the Legislature a greater degree of public confidence.

5.- THAT while it is expedient to improve the composition of the Executive Council in Lower Canada, it is unadvisable to subject it to the responsibility demanded by the House of Assembly of that Province.

6.- THAT the legal title of the North American Land Company to the Land holden by the said company, by virtue of a grant from His Majesty, under the Public Seal of the said Province, and to the privileges conferred on the said company by the act for that purpose made in the fourth year of His Majesty's reign, ought to be maintained inviolate.

7.- THAT it is expedient that so soon as provision shall have been made by law to be passed by the Legislature of the said Province of Lower Canada for the discharge of lands therein from feudal dues and services, and for removing any doubts as to the incidents of the

tenure of land in free and common soccage in the said Province, a certain act made and passed in the sixth year of the reign of his late Majesty King GEORGE the Fourth, commonly called " The Canada Tenures Act " ; and so much of another act passed in the third year of his said late Majesty's reign, commonly called " The Canada Trade Act", as relates to the tenures of land in the said Province, should be repealed, saving nevertheless to all persons all rights in them vested under or by virtue of the said recited Acts.

8.- That for defraying the arrears due on account of the established and customary charges of the administration of justice and of the civil government of the said Province, it is expedient that, after applying for that purpose such balance as shall, on the said tenth day of April one thousand eight hundred and thirty-seven be in the hands of the Receiver-General of the said Province, arising from His Majesty's hereditary, territorial and casual revenue, the Governor of the said Province be empowered to issue from and out of any other part of His Majesty's revenues in the hands of the Receiver-General of the said Province such further sums as shall be necessary to effect the payment of the before-mentioned sum of 142,160£. 14s. 6d.

9.- THAT it is expedient that His Majesty be authorized to place at the disposal of the Legislature of the said Province the net proceeds of His Majesty's hereditary, territorial and casual revenue arising within the same, in case the said Legislature shall see fit to grant to His Majesty a civil list for defraying the necessary charges of the administration of justice, and for the maintenance and unavoidable expenses of certain of the principal offices of the civil government of the said Province.

10.- THAT great inconvenience has been sustained by His Majesty's subjects inhabiting the Provinces of Lower Canada and Upper Canada from the want of some adequate means for regulating and adjusting questions respecting the trade and commerce of the said Provinces, and divers other questions wherein the said Provinces have a common interest; and it is expedient that the Legislatures of the said Provinces respectively be authorized to make provision for the joint regulation and adjustment of such their common interests.

\*\*\*\*\*

1.- QUE, depuis le 31 octobre de l'année 1832, aucune disposition n'a été prise par la Législature de la Province du Bas-Canada, pour couvrir les charges de l'Administration de la Justice, et pour le maintien du Gouvernement Civil dans ladite Province, et qu'il y aura, le 10<sup>ème</sup> jour d'avril prochain, pour couvrir en totalité les charges ci-dessus à ce jour, le somme de 142,160£ 14s. 6d.

2.- QUE lors d'une session de la Législature du Bas-Canada, tenue en la ville de Québec, dans ladite Province, durant les mois de septembre et octobre 1836, le Gouverneur de ladite Province, conformément aux ordres de Sa Majesté, recommanda à l'attention de la Chambre d'Assemblée de celle-ci les prévisions pour l'année en cours, ainsi que les comptes, révélant les arriérés dans la charge du gouvernement civil, et signifia à ladite Chambre la confiance de Sa Majesté que ses membres accéderaient à la demande de renouveler pour le paiement des versement dus au compte du service public, et pour les fonds nécessaires au maintien du gouvernement civil de la province.

3.- QUE ladite Chambre d'Assemblée, le 3 octobre 1836, par une adresse au Gouverneur de ladite Province, a refusé de voter une disposition aux fins susdites, et par ladite adresse, après s'être référée à une ancienne adresse de ladite Chambre au Gouverneur de ladite Province, a déclaré que ladite Chambre maintenait, entre autres choses, dans la demande d'un Conseil Législatif élu et dans l'abrogation d'un loi passée par le Parlement du Royaume-Uni

en faveur de la *North American Land Company*; et par ladite adresse, ladite Chambre d'assemblée s'est en outre référée à la demande faite par cette Chambre d'obtenir le libre exercice du contrôle sur toutes les branches du gouvernement exécutif ; et par ladite adresse ladite Chambre d'Assemblée a en outre déclaré, qu'il lui revenait, dans la conjoncture actuelle, d'ajourner leurs délibérations jusqu'à ce que le gouvernement de Sa Majesté, par ses lois, notamment en rendant la seconde branche de la législature conforme aux souhaits et aux désirs du peuple, ait commencé la grande œuvre de justice et réforme, et créé une confiance qui seule pouvait la couronner de succès.

4.- QUE compte tenu de l'état actuel du Bas-Canada, il est déconseillé de faire du Conseil législatif de cette Province un organe élu ; mais qu'il est opportun que des mesures soient adoptées pour assurer à cette branche de la législature un plus grand degré de confiance de la population.

5.- QUE s'il est opportun d'améliorer la composition du Conseil exécutif du Bas-Canada, il est déconseillé de le soumettre à la responsabilité exigée par la Chambre d'assemblée de cette Province.

6.- QUE le titre de droit de la *North American Land Company* sur les terres détenues par ladite société, en vertu d'une concession consentie par Sa Majesté, sous le sceau public de ladite Province, et aux privilèges conférés à ladite compagnie par la loi à cet effet fait la quatrième année du règne de Sa Majesté, doit être maintenue inviolée.

7.- QU'il est opportun qu'aussitôt qu'une disposition aura été prise en forme de loi et adoptée par la législature de ladite Province du Bas-Canada pour mettre fin sur les terres qui s'y trouvent le versement de droits féodaux et des services, et pour lever tout doute quant aux incidences sur occupation foncière le libre et commun soccage dans ladite province, une certaine loi faite et adoptée durant la sixième année du règne de feu Sa Majesté le roi GEORGE IV, communément appelée " *The Canada Tenures Act* " ; et par ailleurs une autre loi adoptée durant la troisième année du règne de sa défunte majesté, communément appelée " *The Canada Trade Act* ", concernant l'occupation des terres dans ladite Province, devraient être abrogés, exceptions faites de toute personnes titulaires de droits en vertu des lois cités.

8.- Que pour veiller aux versements dus au titre des charges mise en place et nécessaires à l'administration de la justice et du gouvernement civil de ladite Province, il conviendra qu'après avoir appliqué à cet effet le solde qui devra être remise à la date du dix d'avril mil huit cent trente-sept entre les mains du Receveur Général de ladite province, provenant des revenus héréditaires, territoriaux et occasionnels de Sa Majesté. Le gouverneur de ladite Province est autorisé à émettre toute autre part des revenus de Sa Majesté détenus par le Receveur Général de ladite province, toute somme supplémentaire qui sera nécessaire pour honorer le paiement du montant susmentionné de 142,160 £. 14s. 6d.

9.- QU'il est opportun que Sa Majesté soit autorisée à mettre à la disposition de la Législature de ladite Province le produit net des revenus héréditaires, territoriaux et occasionnels de Sa Majesté, au cas où ladite Législature jugerait bon accorder à Sa Majesté une liste civile pour couvrir les charges nécessaires à l'administration de la justice, et pour l'entretien et les dépenses inévitables de certains des principaux services du gouvernement civil de ladite Province.

10.- QUE de grands désagréments ont été ressentis par les sujets de Sa Majesté résidant dans les Provinces du Bas-Canada et du Haut-Canada à cause du manque de moyens adéquats

pour régler et aménager les questions concernant le commerce et les échanges au sein desdites Provinces, et diverses autres questions pour lesquelles desdites Provinces ont un intérêt commun; et il est opportun que les législatures desdites Provinces soient chacune autorisées à prendre ensemble des mesure pour la réglementation et à l'aménagement de leurs intérêts communs.

### *Annexe 3 - Les Douze Résolutions de Joseph Howe déposées à la Chambre de l'Assemblée de Nouvelle-Ecosse en 1837*

*Les résolutions 1 et 2 ont été déposées le 24 février 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly 1837, Halifax, Government Printer, 1838, p. 76.*

1. Resolved, That a committee be appointed to prepare an Address to His Majesty, setting forth the grievances under which this Colony in these and other respects labors, and soliciting his Royal consideration of them, and a speedy redress, thereof, either by granting an Elective Legislative Council, or by such other re-construction of the Local Government, as shall yield satisfaction to the People.

→ Résolu qu'un comité soit nommé afin de préparer une adresse à Sa Majesté, faisant état des griefs qui arrhassent cette colonie et sollicitant Sa considération Royale à leur sujet, afin de parvenir à une réparation rapide de ceux-ci, en accordant un Conseil législatif élu, ou toute autre recomposition du gouvernement local, qui donnera satisfaction au peuple.

2. Resolved, That in the infancy of this colony, its whole Government was necessarily vested in a Governor and Council; and even after a Representative Assembly was granted, the practice of choosing Members of Council almost, exclusively from the heads of Departments, and persons resident in the Capital, was still pursued; and, with a single solitary exception, has been continued for the last thirty years — that the practical effects of this system have been, in the highest degree, injurious to the best interests of the Country; inasmuch as one entire branch of the Legislature has generally been composed of Men, who, from the want of local knowledge, or on account of their official stations, were not qualified to decide upon the wants or just claims of the People of this Province, by which the efforts of the Representative branch were, in many instances, neutralised or rendered of no avail.

→ Résolu que, durant les jeunes années de cette colonie, l'entière gouvernement était nécessairement confié à un gouverneur et à un conseil. Même après l'octroi d'une Assemblée représentative, la pratique consistant à choisir les membres du Conseil presque exclusivement parmi les chefs des services de la colonie et les individus résidant dans la capitale, était toujours en vigueur. A une seule exception près, cela s'est poursuivi au cours des trente dernières années. Que les effets pratiques de ce système ont été, des plus néfastes aux plus hauts intérêts du pays ; dans la mesure où une branche entière de la législature était généralement composée d'hommes qui, faute de connaissances locales ou à raison de leurs fonctions officielles, n'étaient pas qualifiés pour connaître des besoins ou des justes revendications du peuple de cette province, par lequel les efforts de la branche représentative étaient, dans de nombreux cas, neutralisés ou rendus vains.

*La résolution 3 a été déposée le 27 février 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly, op. cit., p. 81.*

3. Resolved, That among the many proofs that might be adduced of the evils arising from this imperfect structure of the upper branch — it is only necessary to refer to the unsuccessful efforts of the Assembly, to extend to the Out-Ports the advantages of Foreign Trade — to the enormous sum which it was compelled, after a long struggle, to resign, for the support of the Customs Establishment — to the difficulties thrown in the way of a just and liberal system of Education; and to the recent abortive attempts to abolish the illegal and unnecessary Fees taken by the Judges of the Supreme court.

→ 3. Résolu, que parmi les nombreuses preuves qui pourraient être apportées des maux nés de la structure imparfaite de la branche supérieure – il est uniquement nécessaire de se

référer aux efforts infructueux de l'Assemblée, d'étendre aux ports les avantages du commerce extérieur — à la somme énorme à laquelle il a été renoncée après une lutte, pour la mise en place des douanes — aux obstacles dressés la voie d'un système d'éducation juste et libéral ; et aux récentes tentatives avortées d'abolir les frais illégaux et inutiles prélevés par les juges de la Cour suprême.

*Les résolutions 4 à 6 ont été déposées le 28 février 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly, op. cit.p. 83.*

4. Resolved, That while the population of this province is composed, as appears by the last census taken in 1827, of 28,659 members of the Episcopal Church, and 115,195 Dissenters, which proportions may be assumed as fair at the present time, the appointments to the Council always secure to the members of the Church, embracing but one fifth of the population, a clear and decided majority at the Board. That there are now in that body eight members representing the Church; that the Presbyterians who outnumber them by about nine thousand, have but three; the Catholics who are nearly equal, have but one; while the Baptists, amounting by the census of 1827 to 19,790, and the Methodists to 9,498, and all the other Sects and Denominations, are entirely unrepresented, and shut out from influence in a body whose duty it is to legislate for all.

→ 4. Résolu, que tandis que la population de cette province est composée, comme il ressort du dernier recensement réalisé en 1827, de 28 659 membres de l'Église épiscopale et de 115 195 Dissidents. Ces proportions qui peuvent être considérées comme justes à l'heure actuelle. Les désignations au sein du Conseil réservent aux membres de l'Église une majorité claire et établie alors qu'ils ne représentent qu'un cinquième de la population. Qu'il y a maintenant dans ce corps huit membres représentant l'Église; que les presbytériens qui les dépassent en nombre d'environ neuf mille âmes, n'en ont que trois ; les catholiques à peu près égaux n'en ont qu'un ; tandis que les Baptistes, s'élevant au recensement de 1827 à 19 790, et les méthodistes à 9 498, et toutes les autres églises et dénominations, ne sont pas représentés et exclus, incapable d'exercer une influence dans un corps dont le devoir est de légiférer pour tous

5. Resolved, That while the Catholic bishop has no seat at the Council Board, and while Clergymen of that and other denominations are, as they ought to be, excluded, the Bishop of the Episcopal Church has been, since the year 1809, and still is a Member.

→ 5. Résolu, que tandis que l'évêque catholique n'a pas de siège au Conseil, et tandis que les ministres du clergé de cette dénomination et d'autres confessions sont, comme ils devraient l'être, exclus. L'évêque de l'Église épiscopale fut, depuis l'année 1809, et est toujours un membre.

6. Resolved, That while Dissenters, as they have a right to, justly complain of a state of things so exclusive and insulting, they would regard its continuance with more indifference if it did not lead to a general and injurious system of favoritism and monopoly extending throughout almost every department of the public service, over which the Local Government have control; thereby vesting in the hands of a part of the population the resources arising from the industry of the whole, and creating invidious distinctions and jealous discontent in the minds of large numbers of His Majesty's loyal Subjects.

→ 6. Résolu, que tandis que les Dissidents, comme ils en ont le droit, se plaignent à juste titre d'une situation si discriminante et insultante. Ils considéreraient son maintien avec davantage d'indifférence s'elle ne menait pas à un système général nuisible fondé sur un favoritisme et un monopole s'étendant à presque tous les départements de la fonction publique,

sur lesquels le gouvernement local exerce le contrôle ; plaçant ainsi entre les mains d'une partie de la population les ressources provenant de l'industrie de tous, et créant des distinctions odieuses et un mécontentement dans l'esprit d'un grand nombre de sujets fidèles à Sa Majesté.

*Les résolutions 7 à 9 ont été déposées le 1<sup>er</sup> février 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly, op. cit.p. 85.*

7. Resolved, That two family connexions embrace five Members of the Council—that, until very recently when two of them retired from the firm, five were Co-partners in one Banking Establishment, and to this latter circumstance, mainly may be attributed the failure of the efforts of this Assembly to fix a Standard of Value, and establish a legal Currency in the Province.

→ 7. Résolu cinq membres du Conseil partagent des liens familiaux —que, jusqu'à très récemment, lorsque deux d'entre eux se sont retirés de l'entreprise, cinq étaient co-associés dans un établissement bancaire. On peut attribuer les échecs des efforts de l'Assemblée à fixer une norme de valeur et une monnaie pour la province à cette situation.

8. Resolved, That the People of this Province have for years asserted, and still most respectfully assert, their right to control and distribute the Casual and Territorial Revenues of the Country, whether arising from the Fees of Office, the sale of Lands, or the Royalty paid upon the produce of the Mines. The Lands of the Province are in effect Mortgaged to pay to the Commissioner a Salary, out of all proportion to the services he is called on to perform; while all the Mines and Minerals of the Province have been leased for sixty years to a wealthy English Company, without the consent of, and independent of all the control by, the Representatives of the People.

→ 8. Résolu que les habitants de cette province ont affirmé pendant des années, et affirment encore très respectueusement, le droit de contrôler et de distribuer les revenus ponctuels et issus des territoires du pays, qu'ils proviennent des taxes de fonctions, de la vente de terres ou la redevance payée sur le produit des mines. Les terres de la province sont en effet hypothéquées pour payer au commissaire un salaire sans lien avec les services qu'il est appelé à rendre. Alors que toutes les mines et minéraux de la province ont été loués pendant soixante ans à une compagnie anglaise prospère, sans le consentement et exempté de tout contrôle par les représentants du peuple.

9. Resolved, That, apart from the mere question of Judges Fees, the presence of the Chief Justice at the Council Board is unwise and injurious, having a tendency to lessen the respect which the People ought to feel for the Court over which he presides; from the warm interest he has always manifested in public questions, and particularly in some of those in which the Representative Branch and His Majesty's Council have been diametrically opposed, he has frequently been brought into violent conflict with a People imbued with the truly British idea that Judges ought not to mingle in the heats and contentions of Politics.

→ 9. Résolu, qu'en dehors de la simple question des traitement des juges, la présence du juge en chef au Conseil est imprudente et nuisible, ayant tendance à affaiblir le respect que le peuple devrait ressentir pour la Cour qu'il préside. Le vif intérêt que le Juge en chef a toujours manifesté pour les questions publiques, et particulièrement dans les situations dans lesquelles la branche représentative et le Conseil de Sa Majesté étaient opposés. Il a été souvent en opposition violente avec un peuple convaincu par l'idée réellement britannique que les juges ne doivent pas être mêlés aux passions et querelles politiques.

*La résolution 10 a été déposée le 3 mars 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly, op. cit.p. 89.*

10. Resolved, That the evils arising from the structure of His Majesty's Council, and the disposition evinced by some of its Members to protect their own interests and emoluments at the expense of the public, are heightened and rendered more injurious by the practice still adhered to by that Body, of shutting out the people from their deliberations; this practice they still maintain, although it is opposed to that of the House of Lords in England, and that of the Legislative Councils of Lower Canada, New Brunswick and Newfoundland; and notwithstanding the murmurs and complaints of the people for a long series of years, and the representations and remonstrances of this Assembly.

→ 10. Résolu que les maux nés de la structure du Conseil de Sa Majesté et la propension évidente de certains de ses membres à protéger leurs propres intérêts et émoluments aux dépens du public, sont accentués et rendus plus nuisible par la pratique toujours en vigueur au sein de cet organe, d'exclure le peuple de ses délibérations. Les membres maintiennent toujours cette pratique, bien qu'elle soit en opposition avec celle de la Chambre des Lords en Angleterre, de celle des Conseils législatifs du Bas-Canada, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve. Cette pratique est maintenue malgré les murmures et les plaintes du peuple depuis de longues années, les représentations et les remontrances de cette assemblée.

*La résolution 11 a été déposée le 3 mars 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly, op. cit.p. 90.*

11. Resolved, That while the House has a due reverence for British institutions, and a desire to preserve to themselves and their children the advantages of that Constitution, under which their bretheren on the other side of the Atlantic have enjoyed so much prosperity and happiness, they cannot but feel that those they represent participate but slightly in these blessings. They know that the spirit of that constitution—the genius of those Institutions is a complete responsibility to the people by whose resources and for whose benefit they are maintained. — But sad experience has taught them, that in this Colony, the People and their Representatives are powerless, exercising upon the local Government very little influence, and possessing no effectual control. In England, the People by one vote of their Representatives can change the Ministry, and alter any course of policy injurious to their interests—here the Ministry are His Majesty's Council, combining Legislative, Judicial, and Executive powers — holding their seats for life, though nominally at the pleasure of the Crown, and often treating with indifference the wishes of the People, and the representations of the Commons.— In England the Representative Branch can compel a redress of grievances, by withholding the Supplies; here they have no such remedy, because the Salaries of nearly all the Public Officers being provided for by permanent Acts, or paid out of the Casual and Territorial Revenues, or from the produce of Duties collected under Imperial Acts — a stoppage of Supplies, while it inflicted great injury upon the Country, by leaving the Roads, Bridges, and other essential services unprovided for — would not touch the emoluments of the heads of Departments in the Council, or of any, but a few of the subordinate Officers of the Government.

→ 11. Résolu, que tandis que la Chambre a du respect pour les institutions britanniques et un désir de préserver pour eux-mêmes et leurs enfants les avantages de cette Constitution, en vertu de laquelle leurs frères de l'autre côté de l'Atlantique ont bénéficié de tant de prospérité et de bonheur. Ils ne peuvent que ressentir que ceux qu'ils représentent ne participent que légèrement à ces bénédictions. Ils savent que l'esprit de cette constitution, le génie de ces institutions est une responsabilité envers le peuple dont les ressources et au profit duquel elles sont maintenues. Toutefois la triste expérience leur a appris que, dans cette colonie, le peuple et ses représentants sont impuissants, exerçant sur le gouvernement local très peu d'influence et ne possèdent aucun contrôle réel. En Angleterre, le peuple, par un vote de ses représentants, peut changer de ministère et modifier le cours d'une politique nuisible à ses intérêts. Ici le

ministère est le Conseil de Sa Majesté, concentrant les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif – disposant de leurs sièges à vie, quoique symboliquement au plaisir de la couronne, et traitant souvent avec indifférence les souhaits du peuple et la représentation des communes. — En Angleterre, la branche représentative peut imposer un redressement des griefs, en refusant les subsides ; ici, ils n'ont pas un tel recours, puisque que les traitements de presque tous les officiers publics sont prévus par des lois permanentes, ou payés sur les revenus ponctuels et territoriaux, ou sur le produit des droits perçus en vertu des lois impériales – le refus de subsides, alors il causa un grand préjudice au pays, en laissant les routes, les ponts et autres services essentiels non financés - ne toucherait pas les émoluments des chefs de départements du Conseil, ou de n'importe lequel des officiers subordonnés du gouvernement, à l'exception de quelques-uns .

*La résolution 12 a été déposée le 3 mars 1837, Journal and Proceedings of the House of Assembly, op. cit.p. 91.*

12. Resolved, That as a remedy for these grievances His Majesty be implored to grant to this Province a Legislative Council, distinct from an Executive Council, whereby responsibility will be secured to the Commons; and, what they value above all other possessions, will be conferred upon the People of this Province, the blessings of the British Constitution<sup>10</sup>.

→ 12. Résolu que, comme remède à ces griefs, Sa Majesté soit implorée d'accorder à cette province un Conseil législatif, distinct d'un Conseil exécutif, responsable devant les Communes ; et, que les bénédictions de la Constitution britannique appréciées au-dessus de toutes autres possessions, soit accordées aux habitants de cette province.

---

<sup>10</sup> Dans sa rédaction d'origine Joseph Howe souhaitait l'octroi d'une chambre élue, c'est finalement la demande de séparation des conseils exécutif et législatif qui sera retenue à 26 voix contre 16.

#### *Annexe 4 – Résolutions de Robert Baldwin tu 3 septembre 1841*

Séance de l'assemblée législative du Canada, 3 septembre 1841, *Documents Kennedy statutes and documents and treaties* p. 457-458.

##### I. Robert Baldwin's Proposals.

1. That the most important as well as the most undoubted of the political rights of the people of this Province is that of having a Provincial Parliament for the protection of their liberties, for the exercise of their constitutional influence over the Executive Departments of their Government and for legislation upon all matters which do not, on the grounds of absolute necessity, constitutionally belong to the jurisdiction of the Imperial Parliament, as the paramount authority of the Empire.

2. That the head of the Provincial Executive Government of the Province being within the limits of his Government, the representative of the Sovereign, is not constitutionally responsible to any other than the authorities of the Empire.

3. That the representative of the Sovereign for the proper conduct and efficient disposal of the public business is necessarily obliged to make use of the advice and assistance of subordinate officers in the administration of his Government.

4. That in order to preserve that harmony between the different branches of the Provincial Parliament which is essential to the happy conduct of public affairs the principal of such subordinate officers, advisers of the representative of the Sovereign, and constituting as such the Provincial administration under him as the head of the Provincial Government, ought always to be men possessed of the public confidence, whose opinions and policy harmonizing with those of the representatives of the people, would afford a guarantee that the well understood wishes and interests of the people, which Our Gracious Sovereign has declared shall be the rule of the Provincial Government, will at all times be faithfully represented to the head of that Government, and through him to the Sovereign and Imperial Parliament.

5. That as it is practically always optional with such advisers to continue in or retire from office at pleasure, this House has the constitutional right of holding such advisers politically responsible for every act of the Provincial Government of a local character, sanctioned by such Government while such advisers continue in office.

6. That for the like reason this House has the constitutional right of holding such advisers in like manner responsible for using, while they continue in office, their best exertions to procure from the Imperial authorities the exercise of their right of dealing with such matters affecting the interests of the Province as constitutionally belong to those authorities, in the manner most consistent with the well understood wishes and interests of the people of this Province.

##### S. B. Harrison's Amendments to Baldwin's Proposals.

1. That the most important, as well as the most undoubted, of the political rights of the people of this Province is that of having a Provincial Parliament for the protection of their liberties, for the exercise of a constitutional influence over the Executive Departments of their Government, and for legislation upon ail matters of internal Government.

2. That the head of the executive Government of the Province, being within the limits of his Government the representative of the Sovereign, is responsible to the Imperial authority alone; but that, nevertheless, the management of our local affairs can only be conducted by him, by and with the assistance, counsel and information, of subordinate officers in the Province.

3. That in order to preserve between the different branches of the Provincial Parliament that harmony which is essential to the peace, welfare and good Government of the Province, the chief advisers of the representative of the Sovereign, constituting a Provincial administration under him, ought to be men possessed of the confidence of the representatives of the people, thus affording a guarantee that the well understood wishes and interests of the people, which our Gracious Sovereign has declared shall be the rule of the Provincial Government, will, on all occasions, be faithfully represented and advocated.

4. That the people of this Province have, moreover, a right to expect *from such* Provincial Administration, the exertion of their best endeavours that the Imperial authority, within its constitutional limits, shall be exercised in the manner Most consistent with their well understood wishes and interests.

\*\*\*\*\*

Résolutions déposées par Robert Baldwin :

1. Qu'il soit reconnu que le plus important et le plus indiscutable des droits du peuple de cette province est de disposer d'un parlement de la province garant de leurs liberté et l'exercice de leur droit constitutionnel d'exercer une influence sur les départements du gouvernement et la législation en toutes matière qui ne relèvent pas, de façon impérieuse de la compétence du Parlement impérial, autorité suprême de l'Empire.

2. Qu'il soit reconnu que le chef du gouvernement exécutif de la province, limité à son gouvernement, résidant dans la personne du représentant du Souverain, n'est constitutionnellement responsable que devant les autorités de l'Empire.

3. Que le représentant du Souverain pour la bonne conduite et la conduite efficace des affaires publiques est tenu de recourir aux conseils et à l'assistance des officiers subalternes dans l'administration de son Gouvernement.

4. Afin de préserver l'harmonie entre les différentes branches du Parlement provincial qui est essentielle à l'heureuse conduite des affaires publiques, Les principaux officiers subalternes, conseillers du représentant du Souverain, et responsables de l'administration provinciale soumis à ce dernier en tant que chef du gouvernement provincial, doivent toujours être des hommes bénéficiant de la confiance publique, dont les opinions et la choix politiques sont en accord celles des représentants du peuple. Cette garantie offrirait une garantie que les désirs et les intérêts cernés du peuple, que Notre Gracieux Souverain a déclaré être la règle du Gouvernement Provincial, sera en tout temps fidèlement représenté au sein de ce Gouvernement, et par l'entremise de ce dernier Parlement Souverain et Impérial.

5. Il est en pratique toujours facultatif pour les conseillers de se maintenir en fonction ou de se retirer à volonté. Cette Chambre dispose du droit constitutionnel de tenir ces conseillers politiquement responsables de tout acte du gouvernement provincial à caractère local, sanctionné par ce gouvernement tant que ces conseillers demeurent en fonction.

6. Pour la même raison, cette Chambre dispose du droit constitutionnel de tenir les conseillers de la même manière responsables tant qu'ils demeurent en fonction, leurs meilleurs efforts pour obtenir des autorités impériales le droit de traiter des enjeux affectant les intérêts de la province qui ressortent constitutionnellement à ces autorités, de la façon la plus compatible avec les souhaits et les intérêts des habitants de cette province.

Amendement déposés par Samuel Bealey Harrison :

1. Que le plus important, ainsi que le plus évidents, des droits politiques du peuple de cette Province est celui d'avoir un Parlement Provincial afféré à la protection de leurs libertés, pour exercer une influence constitutionnelle sur les Départements Exécutifs de leur gouvernement, pour la législation et toute question de gouvernement locale.

2. Que le chef du Gouvernement exécutif de la Province, étant dans les limites de son Gouvernement le représentant devant Souverain, est responsable devant les autorités impériales. Néanmoins, la gestion de nos affaires locales ne peut être conduite que par lui, par et avec l'assistance, le conseil et l'information d'officiers subalternes dans la Province.

3. Afin de conserver entre les différentes branches du Parlement provincial l'harmonie essentielle à la paix, au bien-être et au bon gouvernement de la Province, les principaux conseillers du représentant du Souverain, constituant sous lui une administration provinciale, devraient d'être des hommes qui disposent de la confiance des représentants du peuple, garantissant ainsi que les souhaits et les intérêts bien compris du peuple, que notre Gracieux Souverain a déclaré être la règle du Gouvernement provincial, seront, en toutes occasions, être fidèlement représenté et défendu.

4. Que les habitants de cette province ont, en outre, le droit d'attendre d'une telle administration provinciale, l'effort de leurs meilleurs efforts que l'Impérial l'autorité, dans ses limites constitutionnelles, doit être exercée de la manière la plus compatible avec leurs souhaits et intérêts bien compris.

La motion fut rejetée à l'unanimité et les amendements furent adoptés à la place soulignant la soumission de la chambre à Lord Sydenham.

### Annexe 5 – Documents relatifs à la crise australienne

Avis du Président de la Haute cour Australienne Garfield Barwick au Gouverneur-général John Kerr, reproduit dans Cooray L. J. M., *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, Sydney, Legal Books PTY LTD, 1979, p. 228 à 229.

Dear Sir John,

In response to Your Excellency's invitation I attended this day at Admiralty House. In our conversations I indicated that I considered myself, as Chief Justice of Australia, free, on Your Excellency's request, to offer you legal advice as to Your Excellency's constitutional rights and duties in relation to an existing situation which, of its nature, was unlikely to come before the Court. We both clearly understood that I was not in any way concerned with matters of a purely political kind, or with any political consequences of the advice I might give.

In response to Your Excellency's request for my legal advice as to whether a course on which you had determined was consistent with your constitutional authority on duty, I respectfully offer the following.

The Constitution of Australia is a federal Constitution which embodies the principle of Ministerial responsibility. The Parliament consists of two Houses, the House of Representatives and the Senate, each popularly elected, and each with the same legislative power, with the one exception that the Senate may not originate nor amend a money bill.

Two relevant Constitutional consequences flow from the structure of the Parliament. First, the Senate has constitutional power to refuse to pass a money bill; it has power to refuse supply to the Government of the day. Secondly, a Prime Minister who cannot ensure supply to the Crown, including funds for carrying on the ordinary services of Government, must either advise a general election (of a kind which the constitutional situation may then allow) or resign. If, being unable to secure supply, he refuses to take either course, Your Excellency has constitutional authority to withdraw his Commission as Prime Minister.

There is no analogy in respect of a Prime Minister's duty between the situation of the Parliament under the federal Constitution of Australia and the relationship between the House of Commons, a popularly elected body, and the House of Lords, an non-elected body, in the unitary form of Government functioning in the United Kingdom. Under that system, a Government having the confidence of the House of Commons can secure supply, despite a recalcitrant House of Lords. But it is otherwise under our federal Constitution. The Government having the confidence of the House of Representatives but not that of the Senate, both elected Houses, cannot secure supply to the Crown.

But there is an analogy between the situation of a Prime Minister who has lost the confidence of the House of Commons and a Prime Minister who does not have the confidence of the parliament, i.e. of the House of Representatives and of the Senate. The duty and responsibility of the Prime Minister to the Crown in each case is the same: if unable to secure supply to the Crown, to resign or to advise on election.

In the event that, conformably to this advice, the Prime Minister ceases to retain his Commission, Your Excellency's constitutional authority and duty would be to invite the Leader of the Opposition, if he can undertake to secure supply, to form a caretaker government (i.e. one which makes no appointments or initiates any policies) pending a general election,

whether of the House of Representatives, or of both Houses of the Parliament, as that Government may advise.

Accordingly, my opinion is that, if Your Excellency is satisfied in the current situation that the present Government is unable to secure supply, the course upon which Your Excellency has determined is consistent with your constitutional authority and duty.

\*\*\*\*\*

Cher Sir John,

En réponse à l'invitation de votre excellence je me suis présenté ce jour à *Admiralty House*. Durant notre conversation, je vous signifiais que je me considérais, libre, en tant que Juge en Chef de l'Australie, sur la requête de Votre Excellence, de vous offrir des conseils juridiques s'agissant des droits et devoirs constitutionnels<sup>11</sup> en lien avec la présente situation. Situation, qui, au regard de sa nature n'aurait que peu de chance d'être trancher par la Cour. Nous comprenons tous deux que je ne suis en aucune façon concernés par des affaires d'une nature seulement politique ou avec les conséquences politiques que les éclairages que je m'apprête à vous donner pourraient avoir.

J'apporte respectueusement la présente analyse, en réponse à la demande d'éclairages juridiques de votre excellence, sur le point de connaître de la compatibilité de la décision arrêtée à votre autorité et devoirs constitutionnels.

La Constitution australienne est une constitution fédérale qui donne corps au principe de responsabilité ministérielle. Le Parlement se compose de deux chambres, la Chambre des représentants et le Sénat toute deux désignées par le peuple et disposant des mêmes pouvoirs en matière législative, à la seule exception que les lois de finances ne peuvent émaner ou être amender par le Sénat.

De cette structure du Parlement découle deux conséquences essentielles. D'une part le Sénat dispose constitutionnellement de la faculté de refuser l'adoption d'un projet de loi de finances ; il dispose de la faculté de priver le gouvernement au pouvoir de subsides.

D'autre part, un Premier ministre ne pouvant assurer de subsides à la Couronne, notamment de fonds pour la conduite des affaires courantes du gouvernement doit recommander la tenue d'une élection générale (de la nature que la constitution permet en fonction du contexte) ou démissionner. Si ce dernier, se trouvant dans l'impossibilité d'assurer l'adoption d'un budget, refuse le recours à l'une des précédentes solutions exposées, Votre Excellence dispose de l'autorité (la compétence) constitutionnelle pour mettre fin à son mandat de Premier ministre.

*Il n'y a pas d'analogie possible, s'agissant des devoirs d'un Premier ministre, entre la situation du Parlement dans le contexte de la Constitution fédérale australienne et les rapports entre la Chambre des communes, un organe élu par le peuple et la Chambre des Lords, un organe non élu, dans le contexte du système de gouvernement unitaire en vigueur au Royaume Uni.*

Dans ce contexte précis, un gouvernement disposant de la confiance de la Chambre des communes est en mesure de faire adopter un budget malgré une Chambre des Lords peu disposée (*récalcitrante*). Cependant, la situation se trouve inversée dans le contexte de notre Constitution fédérale. Un gouvernement disposant de la confiance de la Chambre des

---

<sup>11</sup> Les éléments soulignés et mis en italique absents du document original.

représentants mais pas du Sénat, tous deux élus par le peuple, ne peut garantir l'adoption d'une loi de finance à la Couronne.

Cependant il existe une analogie entre la situation d'un Premier ministre qui a perdu la confiance de la Chambre des communes et un Premier ministre qui ne dispose pas de la confiance du Parlement [australien] *i.e.*, de la Chambre des représentants et du Sénat. Le devoir et la responsabilité du Premier ministre vis-à-vis de la Couronne sont semblables dans ces deux situations : dans l'impossibilité de garantir l'adoption d'un budget à la Couronne, [il reviendra au Premier ministre de] démissionner ou recommander la tenue d'une élection.

Dans l'hypothèse où, dans le prolongement de la présente recommandation, il est mis fin au mandat du Premier ministre, l'autorité et le devoir constitutionnel commanderaient à Votre excellence, d'inviter le Chef de l'opposition, s'il s'engage à garantir l'adoption d'un budget, à former un gouvernement de transition (*i.e.* un gouvernement ne procédant à aucune nomination ou décision politique) en attendant la tenue d'une élection de la Chambre des représentants ou des deux Chambres du Parlement, d'après l'avis du gouvernement.

Dès lors, mon opinion est la suivante : si Votre Excellence est convaincue, dans la situation actuelle, que le gouvernement ne peut garantir l'adoption d'un budget, la décision arrêtée par Votre excellent est conforme à son autorité et son devoir constitutionnels.

Déclaration du Gouverneur-général reproduit dans Cooray L. J. M., *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, Sydney, Legal Books PTY LTD, 1979, p. 224 à 227

### Statement by the Governor-General

I have given careful consideration to the constitutional crisis and have made some decisions which I wish to explain.

#### Summary

It has been necessary for me to find a democratic and constitutional solution to the current crisis which will permit the people of Australia to decide as soon as possible what should be the outcome of the deadlock which developed over supply between the two Houses of Parliament and between the Government and the Opposition parties. The only solution consistent with the Constitution and with my oath of office and my responsibilities, authority and duty as Governor-General is to terminate the commission as Prime Minister of Mr Whitlam and to arrange for a caretaker government able to secure supply and willing to let the issue go to the people.

I shall summarize the elements of the problem and the reasons for my decision which places the matter before the people of Australia for prompt determination.

Because of the federal nature of our Constitution and because of its provisions the Senate undoubtedly has constitutional power to refuse or defer supply to the Government. Because of the principles of responsible government a Prime Minister who cannot obtain supply, including money for carrying on the ordinary services of government, must either advise a general election or resign. If he refuses to do this I have the authority and indeed the duty under the Constitution to withdraw his Commission as Prime Minister. The position in Australia is quite different from the position in the United Kingdom. Here the confidence of both Houses on supply is necessary to ensure its provision. In the United Kingdom the confidence of the House of Commons alone is necessary. But both here and in the United Kingdom the duty of the Prime Minister is the same in a most important respect – if he cannot get supply he must resign or advise an election.

If a Prime Minister refuses to resign or to advise an election, and this is the case with Mr Whitlam, my constitutional authority and duty require me to do what I have now done – to withdraw his commission – and to invite the Leader of the Opposition to form a caretaker government – that is one that makes no appointments or dismissals and initiates no policies, until a general election is held. It is most desirable that he should guarantee supply. Mr Fraser will be asked to give the necessary undertakings and advise whether he is prepared to recommend a double dissolution. He will also be asked to guarantee supply.

The decisions I have made were made after I was satisfied that Mr Whitlam could not obtain supply. No other decision open to me would enable the Australian people to decide for themselves what should be done.

Once I had made up my mind, for my own part, what I must do if Mr Whitlam persisted in his stated intentions I consulted the Chief Justice of Australia, Sir Garfield Barwick. I have his permission to say that I consulted him in this way.

The result is that there will be an early general election for both Houses and the people can do what, in a democracy such as ours, is their responsibility and duty and theirs alone. It is for the people now to decide the issue which the two leaders have failed to settle.

#### Detailed Statement of Decisions

On 16 October the Senate deferred consideration of Appropriation Bills (Nos. 1 & 2) 1975-1976. In the time which elapsed since then events made it clear that the Senate was determined to refuse to grant supply to the Government. In that time the Senate on no less than two occasions resolved to proceed no further with fresh Appropriation Bills, in identical terms, which had been passed by the House of Representatives. The determination of the Senate to maintain its refusal to grant supply was confirmed by the public statements made by the Leader of the Opposition, the Opposition having control of the Senate.

By virtue of what has in fact happened there therefore came into existence a deadlock between the House of Representatives and the Senate on the central issue of supply without which all the ordinary services of the government cannot be maintained. I had the benefit of discussions with the Prime Minister and, with his approval, with the Leader of the Opposition and with the Treasurer and the Attorney-General. As a result of those discussions and having regard to the public statements of the Prime Minister and the Leader of the Opposition I have come regretfully to the conclusion that there is no likelihood of a compromise between the House of Representatives and the Senate nor for that matter between the Government and the Opposition.

The deadlock which arose was one which, in the interests of the nation, had to be resolved as promptly as possible and by means which are appropriate in our democratic system. In all the circumstances which have occurred the appropriate means is a dissolution of the Parliament and an election for both Houses. No other course offers a sufficient assurance of resolving the deadlock and resolving it promptly.

Parliamentary control of appropriation and accordingly of expenditure is a fundamental feature of our system of responsible government. In consequence it has been generally accepted that a government which has been denied supply by the Parliament cannot govern. So much at least is clear in cases where a ministry is refused supply by a popularly elected Lower House. In other systems where an Upper House is denied the right to reject a money bill denial of supply can occur only at the instance of the Lower House. When, however, an Upper House possesses the power to reject a money bill including an appropriation bill, and exercises the power by denying supply, the principle that a government which has been denied supply by the Parliament should resign or go to an election must still apply – it is a necessary consequence of Parliamentary control of appropriation and expenditure and of the expectation that the ordinary and necessary services of government will continue to be provided.

The Constitution combines the two elements of responsible government and federalism. The Senate is, like the House, a popularly elected chamber. It was designed to provide representation by States, not by electorates, and was given by Sec. 53, equal powers with the House with respect to proposed laws, except in the respects mentioned in the section. It was denied power to originate or amend appropriation bills but was left with power to reject them or defer consideration of them. The Senate accordingly has the power and has exercised the power to refuse to grant supply to the Government. The Government stands in the position that it has been denied supply by the Parliament with all the consequences which flow from that fact.

There have been public discussions about whether there is a convention deriving from the principles of responsible government that the Senate must never under any circumstances exercise the power to reject an appropriation bill. The Constitution must prevail over any convention because, in determining the question how far the conventions of responsible government have been grafted on to the federal compact, the Constitution itself must in the end control the situation.

Sec. 57 of the Constitution provides a means, perhaps the usual means, of resolving a disagreement between the Houses with respect to a proposed law. But the machinery which it provides necessarily entails a considerable time lag which is quite inappropriate to a speedy resolution of the fundamental problems posed by the refusal of supply. Its presence in the Constitution does not cut down the reserve powers of the Governor-General.

I should be surprised if the Law Officers expressed the view that there is no reserve power in the Governor-General to dismiss a Ministry which has been refused supply by the Parliament and to commission a Ministry, as a caretaker ministry which will secure supply and recommend a dissolution, including where appropriate a double dissolution. This is a matter on which my own mind is quite clear and I am acting in accordance with my own clear view of the principles laid down by the Constitution and of the nature, powers and responsibility of my office.

There is one other point. There has been discussion of the possibility that a half-Senate election might be held under circumstances in which the Government has not obtained supply. If such advice were given to me I should feel constrained to reject it because a half-Senate election held whilst supply continues to be denied does not guarantee a prompt or sufficiently clear prospect of the deadlock being resolved in accordance with proper principles. When I refer to rejection of such advice I mean that, as I would find it necessary in the circumstances I have envisaged to determine Mr Whitlam's commission and, as things have turned out have done so, he would not be Prime Minister and not be able to give or persist with such advice.

\*\*\*\*\*

### **Déclaration du Gouverneur-général John Kerr**

J'ai attaché à la crise constitutionnelle toute l'attention qu'elle méritait et ai pris plusieurs décisions que je sens le besoin d'expliquer.

#### Résumé :

Il m'est apparu nécessaire de trouver une solution démocratique et conforme à la constitution de la présente crise qui devait permettre au peuple australien de se prononcer dès que possible sur l'issue du blocage institutionnel qui s'est cristallisé autour de la question des finances entre les deux Chambres du Parlement d'une part et entre le gouvernement et les partis d'opposition d'autre part. La seule solution compatible avec les fonctions que j'occupe le serment que j'ai prêté et les responsabilités, autorité et devoirs dont j'ai la charge en tant que Gouverneur général m'imposaient de mettre fin aux fonctions de M. Whitlam en tant que Premier ministre et de commissionner un gouvernement de transition susceptible d'obtenir le vote de la loi de finance et disposer à laisser le peuple tranche définitivement ce litige.

Il convient de présenter brièvement les données du présent problème et des raisons qui ont guidé ma décision qui place cette question entre les mains du peuple australien qui est appelé à ce prononcer dans de brefs délais.

Eu égard à la nature fédérale de notre constitution et à certaines de ses dispositions, le Sénat indiscutablement de la compétence, d'un point de vue constitutionnel, de rejeter ou différer le vote d'une loi de finance. Eu égard au principe du gouvernement responsable, un Premier ministre qui n'est pas en mesure d'obtenir de subsides, notamment pour assurer l'administration des affaires courantes du gouvernement, est tenu de recommander la tenue d'une élection générale ou de démissionner. Si il refuse de ce plier à ce choix, je dispose de l'autorité et du devoir, en vertu de la Constitution de mettre de retire au Premier ministre son mandat. La situation se distingue en Australie de celle que connaît le Royaume Uni. En Australie, la confiance des deux Chambres est nécessaire pour assurer l'adoption d'une loi de

finance. Au Royaume Uni seule la confiance de la Chambre des communes suffit. Cependant, en Australie comme en Royaume Uni le devoir du Premier ministre est le même sur un élément primordial – Si il ne parvient pas à obtenir l’attribution de subsides il est dans l’obligation de démissionner ou recommander la tenue d’une élection.

Si un Premier ministre refuse de démissionner ou de recommander la tenue d’une élection comme ce fut le cas avec M. Whitlam, l’autorité qui m’est reconnue par la Constitution et mon devoir me commandent d’agir comme je l’ai fait – Lui retirer le mandat qui lui ait confié – et proposer au chef de l’opposition de former un gouvernement de transition – Un gouvernement qui ne proposera pas de nomination ou démission et qui n’engagera aucune réforme politique majeure, jusqu’à la tenue d’une élection générale. Il est souhaitable que ce gouvernement s’assure du vote de la loi de finance. Il sera demandé à M. Fraser de donner les engagements et recommandations nécessaires afin de savoir si il est disposé à recommander l’usage d’une double dissolution. Il conviendra aussi de s’assurer que ce dernier puisse obtenir le passage d’une loi de finance.

Les décisions que j’ai prises l’ont été une fois que j’étais convaincu que M. Whitlam n’était pas en mesure d’obtenir de subsides. Aucune autre des décisions qui m’étaient offertes n’aurait permis au peuple australien de se prononcer sur la solution qui devrait être arrêtée. Une fois que j’ai pris ma décision en mon âme et conscience, si il advenait que M. Whitlam persiste dans ses intentions, j’ai consulté l’avis du Président de la Haute cour australienne, Sir Garfield Barwick. J’ai sa permission de vous informer que j’ai recueilli son avis en ce sens. Il en résulte qu’une élection générale anticipée se tiendra pour les deux Chambres du Parlement et le peuple se trouvera seul face à son devoir et sa responsabilité propres à une démocratie comme la notre. Dorénavant, il revient au peuple de trancher ce litige que les chefs des grandes formations politiques ne sont pas parvenus à résoudre.

#### Déclaration détaillée des décisions :

Le 16 octobre, le Sénat a reporté l’examen des projets de loi de crédits (nos 1 et 2) 1975-1976. Dans le temps qui s’est écoulé depuis lors, les événements ont montré clairement que le Sénat était déterminé à refuser d’accorder des crédits au gouvernement. Au cours de cette période, le Sénat a décidé à pas moins de deux reprises de ne pas examiner de nouveaux projets de loi de crédits qui avaient été adoptés par la Chambre des représentants. La détermination du Sénat à maintenir son refus d’accorder les crédits a été confirmée par les déclarations publiques du chef de l’opposition, l’opposition ayant le contrôle du Sénat.

Ces événements ont créé un blocage entre la Chambre des représentants et le Sénat sur la question centrale de l’approvisionnement sans laquelle tous les services ordinaires du gouvernement ne peuvent être maintenus. J’ai eu l’occasion de discuter avec le premier ministre et avec son accord, avec le chef de l’opposition ainsi qu’avec le ministre des Finances et le procureur général. À la suite de ces discussions et compte tenu des déclarations publiques du Premier ministre et du chef de l’opposition, j’en suis venu à regret à la conclusion qu’il n’y a aucune probabilité de compromis entre la Chambre des représentants et le Sénat, pas plus qu’entre le gouvernement et l’opposition.

L’impasse qui s’est produite en était une qui, dans l’intérêt de la nation, devait être résolue dans les plus brefs délais, par des moyens adaptés à notre système démocratique. Dans les circonstances qui se sont produites, le moyen approprié est la dissolution du Parlement et l’élection des deux Chambres. Aucune autre issue n’offre une assurance suffisante de résoudre l’impasse et de le résoudre rapidement.

Le contrôle parlementaire des crédits et, par conséquent, des dépenses est une caractéristique fondamentale de notre système de gouvernement responsable. En conséquence, il est généralement admis qu’un gouvernement qui s’est vu refuser les crédits par le Parlement ne peut pas gouverner.

Cela est clair dans les cas où un ministère se voit refuser l'approvisionnement par une chambre basse élue au suffrage universel direct. Dans d'autres systèmes où une chambre haute se voit refuser le droit de rejeter un projet de loi de finances, le refus d'approvisionnement ne peut se produire qu'à la demande de la chambre basse. Toutefois, lorsqu'une Chambre haute possède le pouvoir de rejeter un projet de loi de finances, y compris un projet de loi de crédits, et exerce ce pouvoir en refusant des crédits, le principe selon lequel un gouvernement auquel le Parlement a refusé des crédits doit démissionner ou se rendre à des élections trouve à s'appliquer – c'est une conséquence nécessaire du contrôle parlementaire des crédits et des dépenses et de l'attente que les services ordinaires et nécessaires du gouvernement continueront d'être fournis.

La Constitution combine les deux éléments du gouvernement responsable et du fédéralisme. Le Sénat est, comme la Chambre, une chambre élue au suffrage universel direct. Il a été conçu pour assurer la représentation des États, et non des électeurs. Il s'est vu octroyé par l'article. 53, des pouvoirs égaux ceux de la Chambre en ce qui concerne les projets de loi, sauf dans les cas mentionnés à l'article. Il s'est vu refuser le pouvoir d'élaborer ou de modifier des projets de loi de crédits, mais il lui restait le pouvoir de les rejeter ou d'en différer l'examen. Le Sénat a donc le pouvoir, qu'il a exercé de refuser d'accorder des crédits au gouvernement. Le gouvernement soutient qu'il s'est vu refuser des crédits par le Parlement avec toutes les conséquences qui en découlent.

Il y a eu des discussions publiques pour savoir s'il existe une convention découlant des principes du gouvernement responsable selon laquelle le Sénat ne doit jamais, exercer le pouvoir de rejeter un projet de loi de crédits. La Constitution doit toujours primer sur une convention parce que, pour déterminer dans quelle mesure les conventions de gouvernement responsable ont été greffées sur le pacte fédéral, la Constitution elle-même doit en définitive contrôler la situation.

L'article 57 de la Constitution prévoit un moyen, peut-être le moyen habituel, de régler un désaccord entre les Chambres au sujet d'un projet de loi. Mais les mécanismes qu'elle prévoit impliquent nécessairement un délai considérable, tout à fait inadapté à une résolution rapide des problèmes importants entraînés par le refus de subsides. Sa présence dans la Constitution ne réduit pas les pouvoirs de réserve du Gouverneur général.

Je serais surpris si les responsables juridiques ne reconnaissaient pas que le Gouverneur-général dispose d'un pouvoir réservé de révoquer un ministère qui s'est vu refuser les subsides par le Parlement et pour mandater un ministère, en tant que ministère intérimaire, qui assurera le vote des subsides et recommandera une dissolution, notamment le cas échéant une double dissolution. C'est une question sur laquelle je suis clair et j'agis conformément à ma propre vision des principes énoncés par la Constitution et au regard des pouvoirs et de la responsabilité de mon office.

Il y a un autre point. Il y a eu des discussions sur la possibilité qu'une élection partielle du Sénat puisse avoir lieu dans le cas où le gouvernement n'a pas obtenu de suppléance. Si un tel conseil m'était donné, je me verrais dans l'obligation de le rejeter car une élection partielle du Sénat tenue alors que les crédits continuent d'être refusés ne garantit pas une sortie claire ou rapide de l'impasse. Lorsque j'évoque le rejet d'un tel avis, je veux dire que, dans la mesure où j'estimerai nécessaire, dans les circonstances que j'ai envisagées, de mettre fin au mandat de M. Whitlam et, dans l'état actuel des choses, il ne serait pas Premier ministre et ne pourrait plus recommander une telle solution.

Résidence du gouverneur, 11 novembre 1975

## Annexe 6 – Projet de nouvelle constitution canadienne, bill C-60 du 20 juin 1978

Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que les éventuelles coquilles et autres scorées sont présentes dans le texte original.

Troisième Session, Trentième Législature, 26-27 Elizabeth II, 1977-78

### NOTES EXPLICATIVES,

Le présent projet de loi propose la mise en œuvre d'un processus qui donnerait ultimement au Canada une nouvelle Constitution entièrement canadienne [...].

### CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA – BILL C-60

Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines.

Première lecture, le 20 juin 1978

### Préambule :

Le Parlement du Canada, fort de la volonté manifestée par les Canadiens de vivre et de demeurer ensemble dans une fédération fondée sur l'égalité et le respect mutuel, composée de collectivités stables qui se distinguent par leurs origines et par leur passé respectifs et ou tous puissent avoir davantage part à la plénitude d'une existence plus libre et plus riche, rendant hommage aux apports des premiers habitants du pays, de ceux qui en ont jeté les fondations et de tous ceux dont les efforts en ont année après année enrichi le patrimoine et saluant dans la formation de ce patrimoine le rôle historique des collectivités francophone et anglophone au sein d'un Canada façonné par des hommes et par des femmes venus de multiples contrées, est convaincu que le plein épanouissement des Canadiens d'aujourd'hui et demain passe par un renouvellement de la fédération réalise conformément aux objectifs fixés par la Constitution.

En conséquence Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, décrète:

### TITRE ABRÉGÉ (art. 1)

1. La présente loi peut être citée sous le titre de *Loi constitutionnelle de 1978*, et sa première Partie sous celui de *Loi sur la Constitution du Canada*.

### PREMIÈRE PARTIE – DISPOSITIONS RELATIVES À LA CONSTITUTION DU CANADA (art. 2 à 123)

#### I – MAINTIEN DE L'UNION (art. 2)

2. Le peuple du Canada consacre le maintien de L'union créée, dans le cadre du droit britannique, par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*, ci-après dénommé « Loi de 1867 », et par les textes constitutionnels ultérieurs, à la suite du vœu qu'ont formulé les provinces à l'origine de cette loi de s'unir sous le nom de Canada en **application d'une constitution analogue dans son principe à celle du Royaume-Uni**.

II – FINALITÉS ET OBJECTIFS DE LA FÉDÉRATION CANADIENNE (art. 3 et 4)  
[...]

### III – DROITS ET LIBERTÉS À L'INTÉRIEUR DE LA FÉDÉRATION CANADIENNE (art. 5 à 29)

#### *a) Principe général / Introductory (art. 5)*

5. La présente section peut être citée sous le titre « *Charte canadienne des droits et libertés* » est fondée sur le principe, consacré par la présente loi, que tous les individus et groupes vivant dans une société libre et démocratique jouissent de droits et libertés fondamentales inaliénables dans l'exercice normal des pouvoirs que la loi confère aux organes de l'État, notamment le pouvoir législatif.

#### *b) Droits et libertés publiques et politiques (art. 6 et 7) [...]*

#### *c) Droits des citoyens canadiens au Canada (art. 8) [...]*

#### *d) Discrimination / Non-Discrimination (art. 9) [...]*

#### *e) Élections des assemblées législatives (art. 10 à 12) [...]*

11. (1) La Chambre des communes du Canada et les assemblées législatives provinciales sont élues pour cinq ans ou, dans le cas d'une assemblée législative provinciale, pour une période plus courte prévue par la Constitution provinciale, à compter de la date du rapport des brefs d'élections, à moins d'être dissoutes plus tôt conformément **à la loi ou aux usages reconnus**.

#### *[...] f) Langues officielles et droits linguistiques (art. 13 à 22)*

#### *[...] g) Dispositions générales (art. 23 à 29)*

23. Afin de donner plein effet aux droits et libertés individuels reconnus par cette Charte, aucune loi, au Canada, ne peut avoir pour effet de limiter ou supprimer ces droits et libertés.

24. En l'absence de tout autre recours prévu par la loi, tout individu peut, en suivant la procédure applicable, demander à toute cour compétente, au Canada, de définir les droits et libertés individuels que lui accorde la présente Charte et de leur donner effet par un jugement-déclaratoire, une injonction ou une décision semblable, selon les circonstances.

25. Aucune des dispositions de la présente Charte n'exclut les restrictions à l'exercice des droits et libertés individuels qu'elle reconnaît lorsqu'elles sont justifiées dans une société libre et démocratique par la santé, la sécurité et la paix publiques, ou l'exercice des droits et libertés individuels, que ces restrictions soient expresses ou qu'elles résultent de l'interprétation ou de l'application de la loi.

26. La présente Charte ne limite ni ne supprime les droits et libertés qu'elle ne reconnaît pas expressément et qui pouvaient exister lors de la prise d'effet de la présente loi, notamment les droits et libertés qu'ont pu acquérir les peuples autochtones du Canada par la Proclamation royales du 7 octobre 1763. [...]

29. La présente Charte ne confère aux organes législatifs du Canada aucun pouvoir législatif autre que ceux qu'elle prévoit expressément. [...]

#### IV – ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA FÉDÉRATION CANADIENNE (art. 30 à 36)

30. Sa Majesté la Reine est la Souveraine et la Reine du Canada. Sa souveraineté passe à ses héritiers ou successeurs conformément à la loi.

31. La fédération canadienne, maintenue par la présente loi et appelée le Canada, se compose : *a*) d'une autorité fédérale composée du Parlement du Canada et de l'exécutif; *b*) des autorités politiques que sont l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, le Manitoba, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Edouard, la Saskatchewan, l'Alberta et Terre-Neuve, constituées conformément à la présente loi et à leur constitution respective, chacune étant un élément constitutif de la fédération canadienne appelé province par la présente loi; [...]

34. (1) Le drapeau canadien est l'unifolié rouge et blanc tel que déjà adopté légalement.

(2) L'Hymne national du Canada est le « O Canada » et l'hymne royal du Canada est le « God Save the Queen ».

(3) La devise du Canada est : « *A mari usque ad mare*<sup>12</sup> »

(4) L'autorité fédérale peut modifier le présent article.

35. La Constitution du Canada est la loi suprême de la fédération canadienne. Les institutions de la fédération canadienne et le peuple canadien sont gouvernés par elle **ainsi que par les conventions, coutumes et usages constitutionnels**. [...]

#### V – DISPOSITONS COMPLÉMENTAIRES RELATIVES AUX PROVINCES ET AUX TERRITOIRES (art. 37 à 41)

*a) Modifications des limites géographiques des provinces* (art. 37)

*b) Lois des territoires* (art. 38)

*c) Nouvelles provinces* (art. 39 et 40)

*d) Recensements* (art. 41)

#### VI – AUTORITÉS FÉDÉRALES / THE FEDERAL AUTHORITY IN AND FOR CANADA (art. 42 à 78)

*a) Gouverneur général du Canada* (art. 42 à 48)

42. **La Reine nomme le gouverneur général du Canada sur l'avis du Conseil d'État** du Canada par des lettres patentes délivrées sous le grand sceau du Canada; il représente la Reine au Canada et exerce pour elle les pouvoirs, fonctions et prérogatives prévus par la Constitution du Canada ou la loi.

43. **Le gouverneur général du Canada détient, au nom de la Reine, le pouvoir exécutif.**

---

<sup>12</sup> « D'un océan à l'autre ».

44. Le gouverneur général du Canada a préséance à titre de Premier canadien et sa charge est au-dessus de toute autre fonction publique.

45. (1) **Le gouverneur général du Canada exerce ses fonctions durant le bon plaisir de la Reine, exprimé sur l'avis du Conseil d'État** du Canada mais, si elle n'en décide pas ainsi, le gouverneur général a un mandat de cinq ans renouvelable pour un maximum de trois ans.

(2) Le gouverneur général du Canada est choisi parmi les citoyens du Canada jugés les plus éminents.

(3) Le Parlement du Canada fixe le traitement, les indemnités et la pension du gouverneur général du Canada et vote les crédits nécessaires à leur paiement.

46. Les pouvoirs, attributions et fonctions que le gouverneur général du Canada pouvait exercer, immédiatement avant que la présente loi ne prenne effet, soit seul, soit sur l'avis du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou d'un de ses membres, soit avec l'avis favorable de celui-ci ou d'un de ceux-ci, soit conjointement avec celui-ci ou un de ceux-ci, sont exercés de la même manière par le gouverneur général et le Conseil d'Etat du Canada respectivement, sous réserve de la présente loi et des modifications ou révocations faites par le Parlement du Canada ou autrement aux termes de la Constitution du Canada.

47. Le gouverneur général du Canada est le commandant en chef des Forces canadiennes.

48. (1) Le gouverneur général du Canada peut nommer, dans différentes régions, des suppléants qui exercent, à titre individuel ou collectif, ses pouvoirs, attributions et fonctions pendant la période de temps qu'il fixe sans préjudice à leur exercice par lui.

(2) Aucune disposition de la présente loi relative au gouverneur général du Canada ou à ses fonctions **ne porte atteinte au droit qu'a la Reine d'exercer, au Canada, sur l'avis du Conseil d'État du Canada**, les pouvoirs, attributions et fonctions du gouverneur général en vertu de la présente loi. **La Reine peut, sur l'avis du Conseil d'État du Canada, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, prendre les dispositions qu'elle juge appropriées** et qui sont compatibles avec la présente loi relatives à la charge de gouverneur général ou à ses pouvoirs, attributions et fonctions en ce qui a trait à des sujets que ne prévoit pas la présente loi, notamment la charge de chef de l'exécutif intérimaire et sa nomination en cas d'absence ou d'empêchement du gouverneur général ou de vacance de sa charge. [...]

*b) Pouvoir exécutif / Executive Authority (art. 49 à 55)*

*(i) Le Conseil d'État du Canada*

49. (1) Le Conseil d'État du Canada, au nom duquel sont donnés conseils et avis dans le cours de l'administration du gouvernement du Canada, est composé de membres choisis et appelés par le gouverneur général du Canada puis assermentés comme Conseillers d'État. **Ces membres peuvent être destitués par le gouverneur général.**

(2) **Les personnes choisies et appelées comme membres du Conseil d'État du Canada et assermentées comme Conseillers d'État comprennent, s'ils n'en font pas déjà partie, la personne occupant le poste reconnu de Premier ministre du Canada et chaque autre personne choisie et appelée, sur l'avis du Premier ministre, par le gouverneur général du Canada, pour être nommée ou pour être Ministre de la Couronne et pour être membre de l'administration en cours.**

**50. Les dispositions de la présente loi relatives au gouverneur général en conseil s'entendent du gouverneur général du Canada agissant sur l'avis du Conseil d'État du Canada.**

(ii) Le Cabinet

**51. Le comité du Conseil d'État du Canada, qui a le nom de Cabinet, est composé de la personne occupant le poste reconnu de Premier ministre du Canada et des autres membres du Conseil d'État du Canada qui sont Ministres de la Couronne et membres de l'administration en cours.**

52. Le Cabinet exerce les pouvoirs et fonctions du Conseil d'État du Canada sauf aux cérémonies officielles où le gouverneur général du Canada convoque tous les membres du Conseil d'État du Canada.

**53. (1) Le Cabinet dirige l'action du gouvernement et est responsable devant la Chambre des communes du Canada.**

**(2) Si le Cabinet perd la confiance de la Chambre des communes, le Premier ministre du Canada doit, sans délai, en informer le gouverneur général du Canada et, dans un délai raisonnable, a) lui recommander la dissolution du Parlement pour permettre la tenue d'élections générales, ou b) dans le cas où le Premier ministre ne recommande pas la dissolution du Parlement ou dans le cas où le gouverneur général refuse sa dissolution, lui demander s'il doit constituer une nouvelle administration ou s'il doit démissionner avec les autres membres du Cabinet pour permettre au gouverneur général de demander à une autre personne de constituer une nouvelle administration.**

**(3) Toute question relative à la confiance que le Cabinet a à la Chambre des communes est tranchée d'une manière définitive par la Chambre des communes.**

54. Les qualités requises des membres du Cabinet pour leur nomination et leur maintien en fonction sont, sous réserve de la présente loi et des autres lois ou règles de droit, fixées **par les usages reconnus**; les membres du Cabinet sont toutefois nommés parmi les membres des deux Chambres du Parlement du Canada ou parmi les personnes admissibles à présenter leur candidature aux élections de la Chambre des communes.

(iii) La Capitale fédérale / Seat of Government of Canada (art. 55)

*c) Pour législatif / Legislative authority (art. 56 à 78)*

(i) Dispositions générales

56. Le Parlement du Canada est composé du gouverneur général du Canada, de la Chambre de la Fédération et de la Chambre des communes.

57. Le Parlement du Canada siège lorsque le gouverneur général du Canada convoque, par un instrument sous le grand sceau du Canada les deux chambres.

58. Les privilèges, pouvoirs et immunités des deux Chambres et de leurs membres sont respectivement prévus par la loi du Parlement du Canada.

59. (1) Sous réserve de la présente loi, chacune des Chambres fixe ses règlements internes et celui de ses comités ainsi que leur mode d'application.

(2) Les débats des deux Chambres sont publics à moins que les circonstances particulières n'imposent le huis clos. [...]

60. Tout membre du Cabinet qui est membre de l'une des Chambres du Parlement peut participer aux débats de la Chambre dont il est membre, conformément au règlement interne de cette Chambre et à l'exception du droit de vote, lorsqu'il en est requis ou invité à la faire, dans le cas particulier par le président ou l'Orateur de cette Chambre ou son approbation. [...]

#### (ii) La Chambre de la Fédération

62. Les membres de la Chambre de la Fédération, au nombre de 118, sont repartis comme suit dans les provinces:

-provinces de l'Atlantique: 32 membres, dont 10 de la Nouvelle-Ecosse, 10 du Nouveau-Brunswick, 4 de l'Île-du-Prince-Edouard et 8 de Terre-Neuve;

-Québec: 24 membres;

-Ontario: 24 membres;

-provinces de l'Ouest: 36 membres, dont 8 du Manitoba, 10 de la Colombie-Britannique, 8 de la Saskatchewan et 10 de l'Alberta;

-le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest: un membre chacun.

63. (1) Les membres de la Chambre de la Fédération pour les provinces sont nommés *a*) pour moitié par la Chambre des communes, dans les trente premiers jours de séance qui suivent les élections générales fédérales, et *b*) pour moitié par l'assemblée législative de chaque province dans les trente premiers jours de séance qui suivent Les élections générales provinciales;

Les membres de la Chambre de la Fédération pour le Yukon et Les Territoires du Nord-Ouest sont nommés par le gouverneur général en conseil dans les trente premiers jours de séance des conseils respectifs qui suivent la date fixée par une proclamation aux termes du paragraphe (2) et, par la suite, qui suivent Les élections générales de chacun de ces territoires. [...]

64. (1) N'ont pas la qualité requise pour être membre de la Chambre de la Fédération pour une province *a*) les députés de la Chambre des communes et les députés de l'assemblée législative de la province; *b*) Les personnes qui n'ont pas eu leur principale résidence dans la province pendant une période totale d'au moins cinq ans au cours des dix années qui précèdent leur nomination; et *c*) Les personnes qui n'ont pas été portées candidates pour cette province, (i) dans le cas des nominations que doit faire la Chambre des communes, par le gouverneur général en conseil, après que se soient consultés Les leaders parlementaires des partis politiques reconnus et représentés à cette Chambre, et (ii) dans le cas des nominations que doit faire l'assemblée législative de la province, par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province, après que se soient consultés les leaders parlementaires des partis politiques reconnus et représentés à cette assemblée;

une personne ne peut être nommée à la Chambre de la Fédération pour un territoire si elle n'a pas eu sa résidence principale dans le territoire pendant une période totale d'au moins cinq ans au cours des dix années qui précèdent la date de sa nomination, à moins que le Commissaire du territoire n'ait consulté tous les membres de son Conseil. [...]

66. Les projets de loi **autres que les projets de loi de finances qui portent affectation de fonds publics ou qui déterminent les ressources fiscales du gouvernement** prennent naissance soit à la Chambre de la Fédération, soit à la Chambre des communes.

67. Un projet de loi adopté par la Chambre des communes et déposé à la Chambre de la Fédération peut, dans la forme où il y a été déposé, avec les amendements de la Chambre de la Fédération qui sont acceptés par la Chambre des communes dans le cas d'un projet de loi visé par l'alinéa c), a) lorsque la Chambre de la Fédération refuse de l'adopter ou de l'étudier à une étape essentielle à son adoption par elle et qu'au moins soixante jours et au plus cent vingt jours se sont écoulés depuis ce refus sans que la Chambre des communes n'adopte une motion permettant que le projet de loi modifié soit déposé à la Chambre des communes, b) lorsque la Chambre de la Fédération n'en dispose pas et qu'au moins soixante jours et au plus cent quatre-vingts jours, dont au moins quarante-cinq jours sont des jours de séance du Parlement au cours de la session dans laquelle le projet de loi est déposé à la Chambre de la Fédération, se sont écoulés depuis le jour où le projet de loi a été déposé devant elle, ou c) lorsque la Chambre de la Fédération le modifie et qu'au moins soixante jours et au plus cent quatre-vingts jours, dont quarante-cinq jours sont des jours de séance du Parlement au cours de la session dans laquelle le projet de loi est déposé à la Chambre de la Fédération, se sont écoulés depuis le jour où la Chambre des communes a refusé la totalité ou une partie des modifications de la Chambre de la Fédération à la suite du retour du projet de loi à la Chambre des communes, sans qu'aucun accord de compromis sur toute modification refusée ne soit intervenu au terme des consultations faites entre les représentants officiels des deux Chambres, être présenté sans délai au gouverneur général du Canada ou à son suppléant pour que ce dernier le sanctionne au nom du gouverneur général, que le Parlement soit ou non en séance. Le projet de loi ainsi sanctionné a, des lors, la valeur et l'effet qu'il aurait eus s'il avait été adopté dans cette forme par la Chambre de la Fédération; cependant, tous les exemplaires du projet de loi imprimés et publiés doivent avoir une mention indiquant que le projet de loi a été sanctionné en vertu du présent article. [...]

69. (1) Aux fins du présent article, une résolution, une adresse ou un projet de loi (ci-après appelés une «mesure») constituent une mesure ayant une importance linguistique spéciale s'ils portent essentiellement sur l'emploi ou le statut des langues française et anglaise ou de l'une de ces deux langues, ou sur un droit ou un privilège acquis, existant ou propose relativement à l'une de ces deux langues; les dispositions contenues dans une mesure ont une importance linguistique spéciale si elles portent essentiellement sur un sujet visé par le présent paragraphe. [...]

### (iii) La Chambre des Communes

71. Sous réserve de la présente loi, la Chambre des communes se compose de 282 députés repartis comme suit: l'Ontario, 95, le Québec, 75; la Nouvelle-Ecosse, 11; le Nouveau-Brunswick, 10; le Manitoba, 14; la Colombie-Britannique, 28; l'Île-du-Prince-Edouard, 4; la Saskatchewan, 14; l'Alberta, 5 21; Terre-Neuve, 7; le Yukon, 1; les Territoires du Nord-Ouest, 2. [...]

73. Par dérogation à la présente loi, le nombre de députés d'une province ne peut être inférieur au nombre de ses représentants à la Chambre de la Fédération.

74. Le Parlement du Canada peut modifier le nombre total des députés en maintenant, avec une précision raisonnable, la valeur du rapport que la présente loi fixe pour chaque province. [...]

76. Les projets de loi de finances qui portent affectation des fonds publics ou qui déterminent les ressources fiscales du gouvernement prennent naissance à la Chambre des communes.

77. La Chambre des communes ne peut pas adopter une motion, une résolution, une adresse ou un projet de loi de finances dont les objets n'ont pas, au cours de la même session, été préalablement recommandé par un message du gouverneur général du Canada.

78. Le droit de la Chambre des communes d'accepter ou de refuser l'adoption d'une motion, d'une résolution, d'une adresse ou d'un projet de loi de finances est un principe fondamental de la Constitution du Canada.

## VII – AUTORITÉS PROVINCIALES (art. 79 à 90)

### *a) Lieutenant-gouverneur (art. 79 à 84)*

79. Toute province a un lieutenant-gouverneur.

80. (1) Le lieutenant-gouverneur de chaque province est nommé par un instrument du gouverneur général en conseil délivré sous le grand sceau du Canada après consultation du Conseil exécutif de la province.

(2) Le lieutenant-gouverneur de chaque province exerce ses fonctions durant le bon plaisir du gouverneur général, sauf durant les cinq premières années de son mandat où il les exerce à titre inamovible sous réserve de destitution pour un motif valable; le motif de sa destitution lui est communiqué dans les trente jours qui suivent l'ordre de destitution et est communiqué sans délai, par un message, aux deux Chambres du Parlement du Canada et au Conseil exécutif de la province.

81. Les traitements et les pensions des lieutenants-gouverneurs sont prévus par le Parlement du Canada. [...]

83. Les pouvoirs, attributions et fonctions que les lieutenants-gouverneurs pouvaient exercer immédiatement avant que le présent article ne prenne effet, soit à titre personnel, soit sur l'avis du Conseil exécutif de la province ou d'un de ses membres, soit avec l'avis favorable de celui-ci ou d'un de ceux-ci, soit conjointement avec celui-ci ou un de ceux-ci, sont exercés de la même manière par le lieutenant-gouverneur et le conseil exécutif de chaque province sous réserve des modifications et révocations que peuvent faire les corps législatifs provinciaux sauf en ce qui a trait aux pouvoirs, attributions et fonctions conférés par la présente loi ou autrement par la Constitution du Canada.

84. [...] (2) Le gouverneur général en conseil peut, à la demande du Conseil exécutif d'une province, prendre des dispositions relatives à la charge de chef de l'exécutif intérimaire et à sa nomination en cas d'absence ou d'empêchement du lieutenant-gouverneur de la province ou de vacance de sa charge. [...]

### *b) Conseil exécutif (art. 85 et 86)*

85. Toute province, à, sous réserve de sa Constitution, un Conseil exécutif, quelle que soit par ailleurs sa désignation, qui donne des conseils et des avis dans le cours de l'administration du gouvernement de la province; les membres du Conseil exécutif sont choisis et appelés par le lieutenant-gouverneur de la province puis assermentés comme conseillers exécutifs ; ils peuvent être destitués par lui.

86. Les pouvoirs que la présente loi confère au lieutenant-gouverneur en conseil de la province sont exercés par lui sur l'avis du Conseil exécutif.

*c) Capitales Provinciales Seat of Provincial Governments (art. 87) [...]*

*d) Pouvoir législatif provincial / Provincial Legislative Authority (art. 88 à 90)*

88. Toute province a un corps législatif composé du lieutenant-gouverneur et de l'assemblée législative, quelle que soit par ailleurs sa désignation.

89. Le lieutenant-gouverneur de chaque province convoque l'assemblée législative au nom de la Reine en délivrant l'instrument approprié sous le grand sceau de la province. [...]

## VIII – REPARTITION DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES (art. 91 à 95)

*a) Pouvoirs du Parlement (art. 91)*

91. Il sera loisible au gouverneur général du Canada sur l'avis et le consentement de la Chambre de la Fédération et de la Chambre des communes réunis en Parlement, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets que la présente loi assigne exclusivement aux corps législatifs des provinces mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes plus haut employés dans le présent article, il est par les présentes déclare que (nonobstant toute disposition de la présente loi), la compétence législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

1. La modification, de temps à autre, de la Constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux corps législatifs des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la Constitution du Canada au corps législatif ou au gouvernement d'une province, ou en quelque catégorie de personnes en matières d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, les principes fondamentaux relatifs aux élections des assemblées législatives énoncés à l'article 10, les principes fondamentaux de la Constitution du Canada et des dispositions aux corps législatifs ou aux assemblées législatives prévues aux articles 11 et 12.

1A. La dette et la propriété publique. [...]

3. Les prélèvements des deniers par tous modes ou systèmes de taxation. [...]

7. La milice, le service militaire et le service naval ainsi que la défense. [...]

24. Les Indiens et les terres réservées aux Indiens. [...]

27. Le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

28. L'établissement, le maintien et l'administration des pénitenciers.

29. Les catégories de sujets qui sont expressément exceptées dans l'énumération des catégories de sujets que la présente loi assigne exclusivement aux corps législatifs des provinces.

Et aucune des matières tombant dans les catégories de sujets énumérés au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée qui sont comprises dans l'énumération des catégories de sujets que la présente loi assigne exclusivement aux corps législatifs des provinces.

*b) Pouvoirs exclusifs des corps législatifs des provinces (art. 92)*

92. Dans chaque province, le corps législatif pourra exclusivement légiférer relativement aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

1. A l'occasion, la modification (nonobstant toute disposition de la présente loi) de la Constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur et sauf en ce qui concerne les principes fondamentaux relatifs aux élections des corps législatifs énoncés à l'article 10, les principes fondamentaux de la Constitution du Canada et les dispositions relatives aux corps législatifs ou aux assemblées législatives prévues aux articles 11 et 12 dans la mesure ou ils s'appliquent au corps législatif et à l'assemblée législative.

2. La taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux.

3. Les emprunts de deniers sur le seul crédit de la province. [...]

6. L'établissement, l'entretien et l'administration des prisons publiques et des maisons de correction dans la province.

*c) Éducation (art. 93)*

93. Dans chaque province et pour chaque province, le corps législatif pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité *a)* de l'article 93 de la Loi de 1867, dans le cas de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique et de l'Île-du-Prince-Édouard, *b)* de l'article 22 de l'*Acte du Manitoba*, 1870 dans le cas du Manitoba, *c)* de l'article 93 de la Loi de 1867 modifié, en ce qui concerne la Saskatchewan, par l'article 17 de l'*Acte de la Saskatchewan* et, en ce qui concerne l'Alberta, par l'article 17 de l'*Acte de l'Alberta*, dans le cas de la Saskatchewan et de l'Alberta, et *d)* de l'article 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, dans le cas de Terre-Neuve, qui, immédiatement avant la prise d'effet du présent article, s'appliquaient ou s'étendaient dans et pour cette province et y étaient en vigueur.

*d) Pensions vieillesse (art. 94)*

94. Le Parlement du Canada peut légiférer sur les pensions de vieillesse et prestations additionnelles, y compris des prestations aux survivants et aux invalides sans égard à leur âge, mais aucune loi ainsi édictée ne doit porter atteinte à l'application de quelque loi présente ou future d'un corps législatif provincial en ces matières. [...]

*e) Agriculture et immigration (art. 95) [...]*

IX – INÉGALITÉS RÉGIONALES (art. 96) [...]

X – CONSULTATIONS ET ENGAGEMENTS AU NIVEAU FÉDÉRAL-PROVINCIAL (art. 97 à 99)

97. (1) Le Premier ministre du Canada convoque une conférence des Premiers ministres au moins une fois par année, à moins que, dans chaque cas, la majorité d'entre eux ne s'y oppose.

(2) L'ordre du jour des conférences est établi par les Premiers ministres qui se proposent d'y participer.

98. Avant que le Parlement du Canada n'exerce son pouvoir législatif de déclarer des ouvrages, bien qu'entièrement situés dans une province, à l'avantage général du Canada ou à

l'avantage de deux ou plusieurs provinces, le gouvernement fédéral doit consulter le gouvernement de la province ou des provinces où ils sont situés. [...]

XI – TRIBUNAUX ET POUVOIR JUDICIAIRE / THE COURTS AND JUDICIARY  
art. 100 à 120)

*a) Dispositions générales (art. 100)*

100. Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, compte tenu du principe de la primauté du droit et de la suprématie de la loi, est un principe fondamental de la Constitution du Canada.

*b) Cour suprême du Canada (art. 101 à 115)*

101. Est établie une cour générale d'appel pour le Canada qui a le nom de Cour suprême du Canada.

102. La Cour suprême du Canada est composée d'un président qui a le titre de Juge en chef du Canada et de dix juges nommés par le gouverneur général du Canada conformément à la présente section.

103. Les juges de la Cour suprême du Canada sont nommés parmi les personnes qui, pendant au moins dix années, consécutives ou non, après être devenues membres du barreau d'une province ou d'un territoire canadiens, ont été juges d'une cour au Canada ou membres du barreau de cette province ou de ce territoire. Les juges venant du Québec sont nommés parmi les personnes qui, pendant au moins dix années, consécutives ou non, après être devenus membres du barreau de cette province, ont été soit juge d'une cour de la province ou d'une cour établie par le Parlement du Canada, soit membre du barreau de la province.

104. Des onze juges de la Cour suprême du Canada, **quatre viennent du Québec et sept viennent des autres provinces ou territoires** de façon que, autant que possible, la Cour comprenne toujours un ou plusieurs juges venant des provinces de l'Atlantique, d'Ontario, des provinces de l'Ouest, à l'exclusion de la Colombie-Britannique [...]

105. Aux fins de l'article 104, *a)* les provinces de l'Atlantique sont la Nouvelle-Ecosse, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Edouard et Terre-Neuve et les provinces de l'Ouest sont le Manitoba, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et l'Alberta; et *b)* toute personne est considérée comme originaire de la province du barreau dont elle est membre; si elle est membre du barreau de plusieurs provinces ou territoires canadiens, elle est considérée comme originaire de la province ou du territoire avec laquelle ou lequel le Procureur général du Canada estime qu'elle a le plus de rapports.

106. (1) En cas de vacance à la Cour suprême du Canada, les juges sont nommés parmi les candidats désignés conformément au présent article et dont la candidature a été entérinée par la Chambre de la Fédération conformément à l'article 107.

(2) En cas de vacance de la Cour suprême du Canada, le Procureur générale du Canada doit, s'il envisage de proposer un candidat, communiquer sans délai le nom de ce dernier au Procureur général de la province concernée.

(3) En cas de vacance de la Cour suprême aucun candidat ne peut être proposé sans que le Procureur général du Canada et le Procureur général de la province concernée n'en arrivent à une entente sur le nom du candidat ou sans que le candidat n'ait été recommandé par le comité

prévu au paragraphe (5) ou n'ait été choisi par le Procureur général du Canada en vertu de ce dernier paragraphe. [...]

(5) Le Procureur général de la province concernée peut, dans les dix jours qui suivent la date de l'avis écrit prévu au paragraphe (4), informer par écrit le Procureur général du Canada de son choix d'un des deux types de comités suivants: a) un comité composé du Procureur général du Canada ou de son représentant et de tous les procureurs généraux des provinces ou de leurs représentants; b) un comité composé des personnes suivantes: le Procureur général du Canada ou son représentant, le Procureur général de la province concernée ou son représentant et un président nommé par les deux procureurs généraux; si ces derniers n'arrivent pas à une entente sur la nomination du président dans les quatorze jours qui suivent le délai de dix jours prévu au présent paragraphe, le président est nommé par le Juge en chef de la province concernée ou, en cas d'empêchement, par le plus ancien juge de sa cour; si le Procureur général de la province concernée n'exerce pas le choix que lui donne le présent paragraphe dans le délai imparti, le Procureur général du Canada peut choisir le candidat. [...]

107. (1) Le Procureur général du Canada communique, par avis écrit, le nom du candidat désigné en vertu de l'article 106 au président de la Chambre de la Fédération qui dépose sans délai l'avis devant cette Chambre ou qui, si celle-ci ne siège pas, le communique à chacun de ses membres de la façon jugée la plus expéditive.

(2) La Chambre de la Fédération doit, dans les quatorze premiers jours de séance qui suivent le dépôt de l'avis du nom du candidat ou la communication du nom du candidat à ses membres, débattre la question et si, à la fin du débat, la candidature n'est pas entérinée par la majorité des voix exprimées, l'entérinement de la candidature n'a pas lieu et le poste vacant est comblé comme si la vacance s'était produite à ce moment; toutefois, si la Chambre de la Fédération ne prend pas un vote dans le délai de quatorze jours prévu au présent paragraphe ou si la majorité des voix exprimées favorisent l'entérinement de la candidature, celle-ci est alors réputée entérinée. [...]

108. Les articles 106 et 107 ne s'appliquent pas au Juge en chef nommé parmi les juges de la Cour suprême du Canada.

109. Les juges de la Cour suprême du Canada sont nommés à titre inamovible et ils cessent d'occuper leur poste à l'âge de soixante-dix ans; le gouverneur général du Canada peut cependant les destituer sur une adresse conjointe des deux Chambres.

110. Le Parlement du Canada fixe le traitement, les indemnités et la pension des juges de la Cour suprême du Canada et vote les crédits nécessaires à leur paiement.

111. (1) Sous réserve de la présente section, la Cour suprême du Canada est une cour d'appel qui a la compétence prévue par le Parlement du Canada.

(2) Les jugements de la Cour suprême du Canada portant sur une question de droit relative au droit civil de la province de Québec sont de la compétence exclusive des juges venant de cette province; la majorité de ces derniers constitue le quorum et leur jugement est celui de la Cour.

112. (1) Par dérogation à la présente section, la Cour suprême du Canada peut statuer sur un appel portant sur l'aspect constitutionnel d'un jugement d'une cour au Canada et sur un appel d'une décision relative à une question constitutionnelle tranchée de manière incidente par une cour au Canada; elle peut aussi, sauf dans le cas où l'appel porte sur une décision rendue par la plus haute cour provinciale de dernier ressort, limiter l'exercice de cette compétence dans la mesure où le Parlement du Canada l'autorise à le faire.

(2) La Cour suprême du Canada peut refuser d'entendre un appel en matière constitutionnelle d'une décision de la plus haute cour provinciale de dernier ressort dans les cas où elle estime que la décision ne porte pas sur une question d'intérêt général et dans les cas où, pour tout autre motif, elle décide que la nature ou l'importance de la question ne justifient pas un jugement de sa part. [...]

114. Les jugements de la Cour suprême du Canada sont définitifs et décisifs. [...]

*c) Cours visant à assurer la meilleure exécution des lois du Canada (art. 116)*

116. Le Parlement du Canada peut, par dérogation à la Constitution du Canada, constituer des cours pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada mais nulle loi prévoyant la constitution et le fonctionnement administratif de ces cours ne peut porter atteinte à la compétence de la Cour suprême du Canada comme cour d'appel générale pour le Canada.

*d) Nominations et durée des fonctions des juges ainsi que leur traitement, leurs indemnités et leurs pensions (art. 117 à 120)*

117. Le gouverneur général du Canada nomme les juges des cours supérieures, des cours de district et des cours de comté des provinces, à l'exception des cours de vérification de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick.

118. (1) Les juges des provinces autres que le Québec sont nommés par le gouverneur général du Canada parmi les avocats de leur barreau respectif, jusqu'à l'uniformisation, dans toutes les provinces autres que le Québec, du droit relatif à la propriété, aux droits civils et à la procédure.

(2) Les juges du Québec sont nommés parmi les avocats de cette province.

119. Les juges des cours supérieures des provinces sont nommés à titre inamovible et cessent d'occuper leur poste à l'âge de soixante-dix ans; le gouverneur général du Canada peut cependant les destituer sur une adresse de la Chambre de la Fédération et de la Chambre des communes.

120. Le Parlement du Canada fixe le traitement, les indemnités et la pension des juges des cours supérieures, des cours de district et des cours de comté des provinces (à l'exception des cours de vérification de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick) et il vote les crédits nécessaires à leur paiement. [...]

**XII – REVENUS, COMMERCES INTERPROVINCIAL, POUVOIRS DE TAXATION**  
(art. 121 à 123)

**DEUXIÈME PARTIE – APPLICATION (art. 124 à 145)**

**I – DISPOSITIONS GÉNÉRALES (art. 124 à 129)**

**II – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES (art. 130 à 133)**

**III – DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET INTERPRÉTATION (art. 134 à 145)**

136. (1) Lorsqu'il est fait mention, relativement au Canada, du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Conseil privé, des membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada,

du Conseiller privé, du président du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du greffier du Conseil privé ou du titre de tout autre fonctionnaire du Bureau du Conseil privé, dans tout document ou texte juridique ou dans le titre de ceux-ci, ces termes sont, à moins que le contexte ne s'y oppose, remplacés, selon le cas, par le Conseil d'État du Canada, le membre du Conseil d'État du Canada, un Conseiller d'État, le président du Conseil d'État, le greffier du Conseil d'État ou par le titre approprié du fonctionnaire du Bureau du Conseil d'État, selon le cas. [...]

137. Les personnes qui, immédiatement avant que la présente loi ne prenne effet, étaient membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada deviennent, dès la prise d'effet de la présente loi, des Conseillers d'État et acquièrent de ce fait le droit de faire suivre leur nom des lettres « C.E » (français) ou « C.S » (anglais) pour remplacer respectivement les lettres « C.P » et « P.C » partout où l'emploi de celles-ci est d'usage. [...]

139. (1) Lorsqu'il est fait mention, relativement au Canada, du Sénat, du président du Sénat, du suppléant du président du Sénat, d'un sénateur, d'un greffier ou du titre de tout autre fonctionnaire du Sénat, dans tout document ou texte juridique ou dans le titre de ceux-ci, ces termes sont, à moins que le contexte ne s'y oppose, remplacés, selon le cas, par la Chambre de la Fédération, le président de la Chambre de la Fédération, un suppléant du président de la Chambre de la Fédération, un membre de la Chambre de la Fédération, le greffier de la Chambre de la Fédération ou par le titre approprié du fonctionnaire de la Chambre de la Fédération. [...]

142. Dès qu'il est raisonnablement possible de le faire après la nomination des premiers membres de la Chambre de la Fédération, effectuée après la prise d'effet de la présente loi, le gouverneur général en conseil doit autoriser la délivrance d'une proclamation sous le grand sceau du Canada déclarant que, à la date fixée dans la proclamation, la Chambre de la Fédération est créée et qu'elle remplace le Sénat comme Chambre du Parlement du Canada; les personnes nommées membres de la Chambre de la Fédération commencent alors à occuper leur place à ce titre. [...]

144. La cour qui existait, immédiatement avant que la présente loi ne prenne effet, sous le nom de Cour suprême du Canada demeure la Cour suprême du Canada ; ses juges continuent à occuper leur poste, à titre inamovible jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans, comme s'ils avaient été nommés conformément à la section XI de la première Partie; les lois relatives à la Cour suprême du Canada et à ses juges qui étaient en vigueur immédiatement avant que la présente loi ne prenne effet, restent en vigueur, sous réserve de la présente loi, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées conformément à cette section.

145. Les juges des cours supérieures des provinces nommés avant que la présente loi ne prenne effet, continuent à occuper leur poste, à titre inamovible jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans, comme s'ils avaient été nommés conformément à la section XI de la première Partie.

*Annexe 7 – Résolutions adoptées lors des conventions constitutionnelles australiennes de 1983 et 1985.*

Résolutions adoptées lors de la convention constitutionnelle qui s'est tenue à Adelaïde entre le 26 et 29 avril 1983<sup>13</sup>

That this Convention recognises and declares that the following practices should be observed as conventions in Australia.

→ Que la présente convention reconnaît et déclare que les pratiques suivantes doivent être observés comme des conventions en Australie

*Powers vested in the Queen by the Commonwealth Constitution*

→ *Pouvoirs reconnus à la Reine par la Constitution du Commonwealth*

(1) Powers vested in the Queen by the Commonwealth Constitution are exercisable by Her on the advice of Commonwealth Ministers and not on the advice of United Kingdom Ministers.

→ Les pouvoirs reconnus à la Reine par la Constitution du Commonwealth peuvent être exercés par cette dernière d'après l'avis des ministres du *Commonwealth* et non d'après l'avis des ministres du Royaume-Uni.

(2) The Queen receives advice from Commonwealth Ministers directly.

→ La Reine est directement conseillée par les ministres du *Commonwealth*.

*Appointment of the Governor-General*

→ *Désignation du Gouverneur-général*

(3) The Governor-General is appointed by the Queen on the formal advice of the Prime Minister of Australia after informal consultation on the appointment between the Queen and the Prime Minister. United Kingdom Ministers are not concerned in the appointment.

→ Le Gouverneur-général est désigné par la Reine d'après l'avis officiel du Premier ministre d'Australie après consultation informelle entre la Reine et le Premier ministre s'agissant de la désignation. Les ministres du Royaume-Uni ne sont pas concernés par la nomination.

(4) Assignments by the Queen of powers or functions to the Governor-General under section 2 of the Constitution are made on the advice of the Prime Minister of Australia. Any assignment in a matter of exclusively State concern is not advised or made except at the request of the States concerned.

→ Les compétences et fonctions attribuées par la Reine au Gouverneur-général sur le fondement de l'article 2 de la Constitution sont exercées d'après l'avis du Premier Ministre d'Australie. Toute compétence attribuée qui ressort d'une matière réservée aux Etats [de la fédération] ne peut être recommandée ou exercée qu'à la demande des Etats concernés.

(5) Appointments to the office of Governor-General are made from Australian citizens with backgrounds relevant to the constitutional responsibilities of the office.

---

<sup>13</sup> Reproduites dans C. J. G. SAMPFORD, « "Recognize and declare": an australian experiment in codifying constitutional conventions », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, n°3, 1987, p. 369 à 420.

→ Tous citoyens australiens disposant d'une expérience adéquate compte tenu des responsabilités inhérentes à cette charge peuvent être désignés au poste de Gouverneur-général.

(6) Commissions to administrators under section 4 of the Constitution are issued and withdrawn on the advice of the Prime Minister of Australia and are issued only to State Governors. Where it is necessary for an administrator to act under his commission, the most senior available holder of a dormant commission assumes duty, seniority amongst State Governors being determined according to the dates of their appointment as State Governors.

→ Les mandats aux administrateurs prévus à l'article 4 de la Constitution sont accordées et retirées d'après l'avis du Premier ministre d'Australie et ne sont accordées qu'aux Gouverneurs des États. Lorsqu'il est nécessaire qu'un administrateur agisse sur le fondement de son mandat, le titulaire disponible le plus expérimenté d'un mandat latent assume ses fonctions. L'ancienneté parmi les gouverneurs des États est déterminée en fonction de la date de désignation au poste de Gouverneurs d'un État.

(7) The power of the Queen under section 126 of the Constitution to authorise the Governor General to appoint a deputy is exercised on the advice of the Prime Minister of Australia.

→ La compétence de la Reine prévue à l'article 126 de la Constitution visant à autoriser le Gouverneur-général à désigner un adjoint est exercée d'après l'avis du Premier ministre d'Australie.

(8) The Governor-General acts on the advice of the Prime Minister in appointing a deputy under section 126.

→ Le Gouverneur-général agit d'après l'avis du Premier ministre en désignant un adjoint en vertu de l'article 126.

(9) A State Governor who is appointed as a deputy of the Governor-General acts on the advice of Commonwealth Ministers in Commonwealth matters.

→ Le Gouverneur d'un État désigné adjoint du Gouverneur-général agit d'après l'avis des ministres du *Commonwealth* lorsqu'il est question d'enjeux relatifs au *Commonwealth*.

*Respective Position of the Queen and the Governor-General in Australia*

→ *Place respective de la Reine et du Gouverneur-général en Australie*

(10) Ministerial advice to the Governor-General is given by Commonwealth Ministers. United Kingdom Ministers have no part in the giving of such advice.

→ Les avis des ministres au Gouverneur-général sont adressés par les ministres du *Commonwealth*. Les ministres du Royaume-Uni ne prennent aucunement part à la formulation de ces avis.

(11) The Queen does not intervene in the exercise by the Governor-General of powers vested in him by the Constitution and does not herself exercise those powers.

→ La Reine n'intervient pas dans l'exercice par le Gouverneur général des pouvoirs qui lui sont conférés par la Constitution et n'exerce pas directement ces pouvoirs.

*Composition of the Executive Council*

→ *Composition du Conseil exécutif*

(12) The Governor-General chooses Executive Councillors (including a Vice- President of the Council) on the advice of the Prime Minister.

→ Le Gouverneur-général choisit les membres du Conseil exécutif (parmi lesquels un Vice-président du Conseil) d'après l'avis du Premier ministre

(13) Even if members of the Executive Council retain their positions they are under summons only while they are also members of the Government.

→ Quand bien même les membres du Conseil exécutif conservent leurs fonctions, ils ne sont convoqués que lorsqu'ils sont également membres du Gouvernement.

(14) The Prime Minister and Treasurer are or must become members of the House of Representatives rather than the Senate.

→ Le Premier ministre et le ministre des finances doivent être ou devenir membre de la Chambre des représentants, plutôt que du Sénat.

#### *Operation of the Executive Council*

→ *Fonctionnement du Conseil exécutif*

(15) The Executive Council is not a deliberative body: it gives formal advice to the Governor-General by way of approval of a written submission by a Minister.

→ Le Conseil exécutif n'est pas un organe délibérant : il remet des avis formels au Gouverneur-général par voie d'approbation d'une proposition écrite par un ministre.

(16) The Governor-General is entitled to receive full information concerning matters before the Executive Council and, whilst bound to accept the unanimous advice of his Ministers, may raise, for Ministerial consideration, questions concerning matters submitted to, or recommended by, the Council.

→ Le Gouverneur-général est en droit de recevoir des informations précises sur les questions soumises au Conseil exécutif. Bien que tenu d'accepter l'avis unanime de ses ministres, il peut attirer l'attention des ministres sur toute question relative à tout sujet adressée ou recommandée par le Conseil.

(17) The Governor-General is informed in advance of proposed Executive Council meetings and of the proposed business, and decides whether he will be present.

→ Le Gouverneur-général est informé à l'avance des propositions de réunions et des sujets abordés au Conseil exécutif. Il décide s'il y assistera.

(18) The Governor-General, on the advice of the Prime Minister, appoints the Vice-President of the Executive Council to be a deputy of the Governor-General for the purposes of summoning and presiding at meetings of the Council at which the Governor-General is not to be present. The Governor-General also appoints each Minister, other than the Vice-President, to be his deputy for the purpose of presiding at meetings of the Council at which the Governor-General, the Vice-President or a more senior Minister is not present.

→ Le Gouverneur-général, d'après l'avis du Premier ministre, nomme le vice-président du Conseil exécutif comme adjoint du Gouverneur général chargé de convoquer et de présider les réunions du Conseil auxquelles le Gouverneur-général ne doit pas assister. Le Gouverneur-général nomme également chaque ministre, autre que le vice-président, agissant comme adjoint afin de présider les réunions du Conseil auxquelles le gouverneur général, le vice-président ou un ministre plus expérimenté n'assiste pas.

(19) A meeting of the Executive Council consists of at least two Ministers in addition to the Governor-General, the Vice-President or deputy of the Governor-General who is presiding.

Practices 20-27 as proposed in Agenda Item A.4 were referred to the Standing Committee of the Convention for further consideration.

→ Une réunion du Conseil exécutif compte au moins deux ministres en plus du Gouverneur-général, du vice-président ou du vice-président qui préside à la place du Gouverneur-général.

Les pratiques 20 à 27 proposées au point A.4 de l'ordre du jour ont été renvoyées au Comité permanent de la Convention pour un examen plus approfondi.

*Exercise of other Powers by the Governor-General*

→ *Recours à d'autres compétences par le Gouverneur-général*

(28) The Governor-General exercises his powers under section 58 to reserve a law for the Queen's pleasure or to return a proposed law to the House in which it originated with recommended amendments on the advice of the Attorney-General. Subject to the foregoing he assents to all Bills passed by both Houses of the Parliament.

→ Le Gouverneur-général exerce ses compétences en vertu de l'article 58 pour réserver une loi au plaisir de la Reine ou pour renvoyer un projet de loi à la Chambre dont il émane avec des amendements recommandés d'après l'avis du Procureur général. Sous réserve de ce qui précède, il sanctionne tous les projets de loi adoptés par les deux chambres du Parlement.

(29) The Governor-General recommends the purpose of an appropriation under section 56 of the Constitution on the advice of the relevant Minister.

→ Le Gouverneur-général recommande l'objet d'un crédit en vertu de l'article 56 de la Constitution d'après l'avis du ministre compétent.

(30) The Governor-General exercises on ministerial advice his power to submit to referendum Bills to alter the Constitution that have fulfilled the deadlock provisions of section 128. He may, in accordance with such advice, refrain from so submitting a Bill, whether it originated in the House of Representatives or in the Senate.

Practice 31 as proposed in Agenda Item A.4 was referred to the Standing Committee of the Convention for further consideration.

→ Le Gouverneur-général exerce, d'après l'avis ministériel, la compétence lui permettant de soumettre au référendum les projets de loi modifiant la Constitution qui remplissent les dispositions relatives au blocage entre les Chambres prévues l'article 128. Il peut, conformément à cet avis, s'abstenir de soumettre ce projet au référendum, que celui-ci émane de la Chambre des représentants ou du Sénat.

La pratique 31 telle que proposée au point A.4 de l'ordre du jour a été renvoyée au Comité permanent de la Convention pour un examen plus approfondi.

*The Parliament and Elections*

→ *Le Parlement et les élections*

(32) No important new initiative is taken, and no appointment to high office is made, by a Government in the period immediately prior to a general election for the House of Representatives unless it can be publicly justified as necessary in the national interest.

→ Aucune nouvelle initiative importante n'est prise, et aucune désignation à de hautes fonctions n'est entérinée, par un gouvernement durant la période précédant immédiatement une élection législative générale de la Chambre des représentants, à moins qu'elle puisse être justifiée publiquement comme nécessaire à l'intérêt national.

(33) State legislation and executive action for determining the times and places of Senate elections pursuant to section 9 of the Constitution is co-ordinated with the comparable legislation and executive action of other States and with the electoral laws of the Commonwealth. The dates (being the same for all States) for receipt of nominations and polling in Senate elections are settled between the Governor-General and the State Governor, acting on the advice of their respective Governments. Suitable dates are first proposed by the Commonwealth and are adopted in formal advice to State Governors unless they are unacceptable in one or more States. A State Government does not refuse to accept the suggested dates except on the basis of a sound practical objection to the convenience of the dates. The Governors issue writs for Senate elections pursuant to section 12 of the Constitution in time for the elections to be held on the agreed date.

→ Les lois des États et l'action de l'exécutif visant à déterminer les heures et les lieux des élections sénatoriales conformément à l'article 9 de la Constitution sont coordonnées aux regards des lois et actions des exécutifs semblables dans d'autres États et le *Commonwealth*. Les dates (étant les mêmes pour tous les États) de réception des candidatures et du scrutin des élections sénatoriales sont fixées par le Gouverneur-général et le Gouverneur de l'État, d'après l'avis de leurs gouvernements respectifs. Les dates arrêtées sont d'abord proposées par le *Commonwealth* et adoptées d'après un avis officiel adressés aux Gouverneurs des États, à moins qu'elles ne soient inacceptables pour un ou plusieurs d'entre eux. Le gouvernement d'un État ne peut refuser les dates suggérées, sauf à faire valoir une objection pratique valable. Les Gouverneurs émettent des brefs pour les élections sénatoriales conformément à l'article 12 de la Constitution à temps pour que les élections se tiennent à la date convenue.

*Independence of the Judiciary*

→ *Indépendance de l'autorité judiciaire*

(34) The Judiciary should not be subject to interference from the legislature or the executive in the exercise of its judicial functions.

→ L'autorité judiciaire ne devrait pas être soumise à l'ingérence des organes législatif ou exécutif dans l'exercice de ses fonctions.

Résolutions adoptées lors de la convention constitutionnelle qui s'est tenue à Brisbane entre le 29 juillet et 1<sup>er</sup> août 1985<sup>14</sup>.

That the report of the Structure of Government Sub-Committee on Conventions of the Constitution be noted together with the failure of that report to deal adequately with the reserve powers of the Crown exercisable through the Governor-General.

That this Convention recognises and declares that the following principles and practices should be observed as Conventions in Australia:

→ Qu'il soit noté que le rapport du Sous-comité sur la structure du gouvernement consacré aux conventions de la Constitution n'a pas parvenu à traiter de façon adéquate les pouvoirs réservés de la Couronne pouvant être exercés par l'intermédiaire du Gouverneur général.

Que la présente convention reconnaît et déclare que les principes et pratiques suivants doivent être observés comme des conventions en Australie :

A. The basic principle is that the Ministry has the confidence of the House of Representatives.

→ Le principe fondamental réside dans la confiance que le ministère tient de la Chambre des représentants.

B. Following a general election in which the Government is defeated, the Governor-General,

having taken the advice of the outgoing Prime Minister as to the person who the outgoing Prime Minister believes can form a Ministry that has the confidence of the House of Representatives, appoints as Prime Minister the person who, in his opinion, can form a Ministry that has the confidence of the House of Representatives.

→ A la suite des élections législatives générales au cours de laquelle le Gouvernement est renversé, le Gouverneur-général, après avoir recueilli l'avis du Premier ministre sortant s'agissant de la personne susceptible de former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants, désigne comme Premier ministre celui qui, d'après lui, peut former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants.

C. If the Prime Minister resigns, the Governor-General, having taken the advice of the resigning Prime Minister as to the person who the Prime Minister believes can form a Ministry that has the confidence of the House of Representatives, appoints as Prime Minister the person who, in his opinion, can form a Ministry that has the confidence of the House of Representatives.

→ Si le Premier ministre démissionne, le Gouverneur-général, après avoir recueilli l'avis du Premier ministre démissionnaire s'agissant de la personne susceptible de former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants, désigne comme Premier ministre le personne qui, d'après lui, peut former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants.

D. If the Prime Minister dies in office, the Governor-General having taken the advice of the next most senior Minister as to the person who that Minister believes can form a Ministry that has the confidence of the House of Representatives, appoints as Prime Minister the person who in his opinion can form such a Ministry.

---

<sup>14</sup> *Legal and constitutional committee*, Second report on the constitutional convention, Parliament of Victoria, mars 1986, p. 33 à 36.

→ Si le Premier ministre décède, le Gouverneur-général après avoir recueilli l'avis du ministre le plus expérimenté s'agissant de la personne susceptible de former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants, désigne Premier ministre la personne qui, d'après lui, peut former un tel ministère.

E. Following a defeat in the House of Representatives, the Prime Minister, acting in accordance with Practice F, advises the Governor-General to dissolve the House of Representatives or to send for the person who the Prime Minister believes can form a Ministry that has the confidence of the House of Representatives, the Governor-General acts on the advice.

→ A la Suite d'une défaite à la Chambre des représentants, le Premier ministre, agissant conformément à la pratique F, conseille au Gouverneur-général de dissoudre la Chambre des représentants ou d'aller quérir la personne qui, selon lui, est en mesure de former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants. Le Gouverneur-général agit d'après cet avis.

F. In advising the Governor-General for the purpose of Practice E, the Prime Minister acts in accordance with the basic principle that the Ministry should have the confidence of the House of Representatives and if, in his opinion, there is another person who can form a Ministry which has the confidence of the House of Representatives, he advises the Governor-General to send for that person.

→ En conseillant le Gouverneur-général sur le recours à la pratique E, le Premier ministre agit conformément au principe fondamental suivant lequel le ministère devrait disposer de la confiance de la Chambre des représentants. Si, d'après ce dernier, il y a une autre personne susceptible de former un ministère qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants, il recommande au Gouverneur-général d'aller quérir cette personne.

G. The Governor-General appoints and dismisses other Ministers on the advice of the Prime Minister.

→ Le Gouverneur-général nomme et révoque les autres ministres d'après l'avis du Premier ministre.

H. The resignation of a Prime Minister following a general election in which the government is defeated or following a defeat in the House of Representatives terminates the commissions of all other Ministers, but the death of a Prime Minister or his resignation in other circumstances does not automatically terminate the commissions of the other Ministers.

→ La démission d'un Premier ministre à la suite d'une défaite du gouvernement aux élections législatives générales ou à la suite d'une défaite à la Chambre des représentants, met fin aux mandats de tous les autres ministres. Toutefois, le décès d'un Premier ministre ou sa démission dans d'autres circonstances ne mettent pas automatiquement fin aux mandats des autres ministres.

I. The Governor-General dissolves the House of Representatives only on the advice of the Prime Minister.

→ Le Gouverneur-général ne dissout la chambre des représentant que suivant l'avis du Premier ministre.

J. When a Prime Minister who retains the confidence of the House of Representatives advises a dissolution of the House of Representatives, the Governor-General acts upon that advice.

→ Lorsqu'un Premier ministre, qui dispose de la confiance de la Chambre des représentants, recommande la dissolution de la Chambre des représentants, le Gouverneur-général agit conformément à cet avis.

K. The Governor-General, having satisfied himself on the advice of the Prime Minister that the conditions in section 57 of the Constitution have been met and that a double dissolution should be granted dissolves both Houses of the Parliament simultaneously on the advice of the Prime Minister.

→ Le Gouverneur-général, après s'être assuré d'après l'avis du Premier ministre que les conditions de l'article 57 de la Constitution sont remplies et qu'une double dissolution devrait être accordée, dissout simultanément les deux chambres du Parlement d'après l'avis du Premier ministre. Ministre.

L. All advice tendered by the Prime Minister to the Governor-General in connection with a dissolution of the House of Representatives or a dissolution of both Houses of Parliament and the Governor-General's response thereto, should be committed to writing and published before or during the ensuing election campaign.

→ Tout avis remis par le Premier ministre au Gouverneur-général en rapport avec une dissolution de la Chambre des représentants ou une dissolution des deux Chambres du Parlement et la réponse du Gouverneur-général s'y rapportant doivent être consignés par écrit et publiés avant ou pendant la campagne électorale qui suit.

M. In advising a dissolution, the Prime Minister must be in a position to assure the Governor-General that the government has been granted sufficient funds by the Parliament to enable the work of the administration to be carried on through the election period or that such funds will be granted before the dissolution.

→ En recommandant une dissolution, le Premier ministre doit être en mesure d'assurer au Gouverneur-général que le gouvernement a reçu ou recevra avant la dissolution du Parlement les subsides suffisant afin de permettre au travail de l'administration de se poursuivre pendant la période électorale.

N. Subject to the requirements of the Constitution as to the sittings of Parliament, the Governor-General acts on prime ministerial advice in exercising his powers to summon and prorogue Parliament.

→ Sous réserve des exigences prévues par la Constitution concernant les séances du Parlement, le Gouverneur-général agit d'après l'avis du Premier ministre dans l'exercice de ses pouvoirs de convocation et de prorogation du Parlement.

O. In advising a prorogation, the Prime Minister must be in a position to assure the Governor-General that the government has been granted sufficient funds by the Parliament to enable the work of the administration to be carried on through the period of prorogation or that such funds will be granted before the prorogation.

→ En recommandant une prorogation, le Premier ministre doit être en mesure d'assurer au Gouverneur-général que le gouvernement a reçu ou recevra avant la prorogation les subsides suffisants du Parlement afin de permettre au travail de l'administration de se poursuivre pendant la période de prorogation.

P. The Governor-General, having satisfied himself on the advice of the Prime Minister that the conditions in section 57 of the Constitution have been met, acts on prime ministerial advice in exercising his power to convene a joint sitting of the members of the Senate and of the House of Representatives.

→ Le Gouverneur-général, après s'être assuré suivant l'avis du Premier ministre que les conditions de l'article 57 de la Constitution sont remplies, agit d'après cet avis dans l'exercice de son pouvoir de convoquer une séance conjointe du Sénat et de la Chambre des Représentants.

Q. The Governor-General acts only on the advice of the Prime Minister in submitting a proposed law for the alteration of the Constitution to the electors, whether the proposed law has been approved by both Houses or by one House only.

→ Le Gouverneur-général agit uniquement d'après l'avis du Premier ministre lorsqu'il soumet un projet de loi de modification de la Constitution aux électeurs, que ce projet de loi ait été approuvé par les deux Chambres ou par une seule d'entre elle.

R. In the exercise of his constitutional powers and responsibilities, the Governor-General always has the right to be consulted, to encourage and to warn in respect of Ministerial advice given to him.

→ Dans l'exercice de ses pouvoirs et responsabilités constitutionnels, le Gouverneur-général a toujours le droit d'être consulté, d'encourager et de mettre en garde contre s'agissant des avis ministériels qui lui sont adressés.

That there be referred to the Standing Committee the question whether provision should be made for the case of an improper prorogation or failure to summon Parliament, and, generally, other predictable issues requiring the exercise of the power of the Governor-General where the Standing Committee believes a clearly acceptable rule can be stated in anticipation of the issue arising.

→ Que soit renvoyée au Comité permanent la question de savoir s'il convient de prévoir le cas d'une prorogation abusive ou d'un défaut de convocation du Parlement. De manière générale, qu'il soit renvoyé au Comité permanent toute autre question envisageable qui nécessiterait l'exercice du pouvoir du Gouverneur-général lorsque celui-ci estime qu'une règle claire et acceptable peut être énoncée en prévision d'une situation à venir.

*Annexe 8 – Extraits des débats de la Convention constitutionnelle*

**Constitutional Convention (on republic), Transcript of Proceedings, 3 February 1998, Old Parliament House, Canberra, 137 à 142.**

**WORKING GROUP 1**

**Same range of powers with the existing constraints on their use; no express provision to be made about the conventions that guide the use of the reserve powers.**

**RESOLUTIONS**

The conventions associated with the Australian Constitution not be codified, with the exception that the Constitution be amended to reflect the fact that the Head of State acts with the advice of the Federal Executive Council or a Minister in the exercise of all but his or her reserve powers.

However, in the event that the Head of State were popularly elected, full codification, including codification of the reserve powers, would be necessary.

Further, in the event that the Head of State were elected by a two-thirds majority of a joint sitting of Federal Parliament, and was dismissible by a similar process, full codification would be required.

In the event that the Head of State were dismissible by the Prime Minister or a body acting on the advice of the Prime Minister, codification would not be necessary. [...]

**WORKING GROUP 2**

**Same range of powers with an express provision to incorporate by reference the conventions governing the use of the re- serve powers.**

**RESOLUTIONS**

In order to ensure that the existing conventions continue to apply to the exercise of the reserve powers by the new Head of State

a)

if elected by a 2/3 majority of a joint sitting of the Federal Parliament or by the McGarvie model:

(i) that an express provision be inserted in the Constitution to incorporate by reference the existing conventions governing the use of the reserve powers; and

(ii) that a provision be inserted for the prompt dismissal of a Head of State who departs from the existing conventions; and

b) if elected by popular or direct election that the powers be limited and specified. [...]

**WORKING GROUP 3**

**Same powers with a written statement of the conventions governing the use of the reserve powers as a non-binding guide**

**RESOLUTIONS**

That the Convention resolve that if there is agreement on a written statement of the conventions governing use of the reserve powers, that it be in the form of binding rules, rather than non- binding guide. [...]

**WORKING GROUP 4**

**Same powers with codification of the conventions governing the use of the re- serve powers as binding rules**

**RESOLUTIONS**

1. The existing practice that non reserve powers should only be exercised in accordance with the government's advice should be stated in the Constitution.

2. The head of State should have reserve powers, ie. powers
3. The reserve powers are (1) to appoint the minister, (2) remove the Prime Minister and (3) refuse to dissolve Parliament.
4. The current balance of power between the Prime Minister and the head of State should be retained and accordingly the Constitution should expressly provide for the continuation of the existing conventions in a Republic.
5. After much consideration the full codification of the reserve powers was neither desirable nor achievable (not desirable because it was necessary for the head of State to be able to deal with unforeseen contingencies and the impossibility of anticipating future contingencies. It was unachievable because the community is divided on how the head of State should react to the Senate denial of supply and we believe the community would not wish to diminish the powers of the head of State).
6. However, we believe a partial codification of the reserve power conventions would be desirable essentially for two reasons: (1) to enable the Constitution to provide a statement of powers which more accurately reflects actual practice and (2) to constrain both the Prime Minister and the head of State to ensure that they comply with the governing conventions. Partial codification was favoured rather than full codification for the reason given in (5).
7. We accepted the Republic Advisory Committee' s partial codification model in principle and, with one dissentient, recommended to the Convention the specific draft principles enunciated by the Committee (attached hereto).
8. Consequentially, we did not consider the power to assent legislation a reserve power; the head of State' s exercise of the power to assent or refuse to assent should be exercised only in accordance with ministerial advice. We favored abolishing obsolete Constitutional provisions such as the Queen' s power to disallow legislation and archaic provisions such as the executive power to prorogue Parliament. [...]

## **WORKING GROUP 5**

### **The present powers of the head of state and the defects of the known republican alternatives**

#### **RESOLUTIONS**

1. That the Convention notes that the existing powers of the monarch of Australia following passage of the Statute of Westminster and the Australia Act are:
  - a) the appointment and dismissal of the Governor-General on the advice of the Australian Prime Minister; and
  - b) the disallowance of Acts of the Australian Parliament on the advice of the Australian Prime Minister.
2. That the Convention notes that the powers of the Governor-General consist of powers explicitly conferred by the Constitution which are now exercised by the Governor-General on the advice of the relevant Australian Ministers, powers exercised under statute, and reserve powers. The working group refers the Convention to the discussion of these powers in the paper by Sir David Smith *The Role of the Governor-General: our Australian Head of State*, (tabled).
3. That the Convention note that any conferral of tenure on the Head of State, as is conferred in all republican models, will lead to an imbalance between the powers of the Prime Minister and the powers of the Head of State, because the Prime Minister is without tenure. The Convention further notes the importance of maintaining the dominance of the elected Parliament in the Australian system of government.
4. That the Convention notes that codification of powers will give rise to litigation which could lead to results unforeseen by those responsible for the codification. The working group noted the opinion of The Rt. Hon Sir Harry Gibbs on this matter (tabled). The working group

particularly draws the attention of the Convention to differences between republican models in codifying the relationship of a president to the armed forces. [...]

## **WORKING GROUP 6**

### **Broader powers for a new head of state**

#### **RESOLUTIONS**

A. This Convention resolves that:

1. In the event that the Convention supports a direct popular election of the Head of State within a republic, the model containing the following expanded powers of the Head of State to be put to referendum:

(a) appointment of a Prime Minister consistent with majority of parliamentary support;  
(b) dismissal of a Prime Minister who loses majority parliamentary support or who acts illegally or unconstitutionally;

(c) the power to dissolve Parliament and call elections where:

(i) no Member of Parliament has majority support to commissioned Prime Minister; or  
(ii) the Member of Parliament or Members of Parliament who do have majority support have acted illegally or unconstitutionally;

(d) acts as President of the Executive Council;

(e) gives consent to legislation and executive actions, on the advice of the Executive Council except where otherwise provided in the Constitution.

(f) is Commander-in-Chief of the armed forces, acting on the advice of the Executive Council and with prior parliamentary approval, however in cases of urgency subsequent parliamentary approval is to be sought as soon as possible.

(g) negotiates and enters into treaties subject to ratification by Parliament;

(h) appoints justices of the High Court and other courts created by Parliament on the advice of the Executive Council and subject to ratification by Parliament;

(i) The Head of State can refer Bills, except those Bills for the ordinary annual services of the Government, his or her own proposed constitutional amendments and other matters of national interest to the people through referendum;

(j) can refer any Bill to the High Court to determine its constitutionality;

(k) the Head of State:

(i) shall, on the advice of the Prime Minister, by Proclamation or otherwise summons and prorogue the Parliament and in like manner dissolve the House of Representatives;

(ii) may, in his/her absolute discretion, refuse to dissolve Parliament on the advice of a Prime Minister who has ceased to retain the support of a majority of the House of Representatives;

(iii) may, in his/her absolute discretion, dissolve Parliament when the Parliament has refused to provide revenue or moneys for the ordinary annual services of the Government;

(iv) when a proposed law is passed by both Houses of Parliament and presented to the Head of State for his/her assent, s/he shall declare, according to the Constitution, that s/he assents, or that s/he withholds his/her assent. The Head of State may within three months return to the House in which it originated any proposed law so represented to him/her, and may transmit therewith any amendments, which s/he may recommend, and the House may deal with the recommendations;

(v) where the Head of State withholds his/her assent to a proposed law passed by the Houses of Parliament and continues to do so, the Prime Minister may, after a period of three months, advise the Head of State to convene a joint sitting of the Members of the Senate and of the House of Representatives;

(vi) the members present at the joint sitting may deliberate and shall vote together upon the proposed law as last proposed by the Senate and the House of Representatives, and if the proposed law is affirmed by a majority of sixty percent of the total number of members of the

Senate and House of Representatives, it shall be taken to be duly passed by both Houses of the Parliament, and on presentation to the Head of State, s/he shall give it his/her assent;

(vii) appoints public servants and military personnel; and

(viii) can take emergency measures to protect national security and integrity, subject to the right of Parliament to review, confirm, amend, or revoke those measures.

2. That the Westminster conventions as modified currently in operation that are inconsistent with the above changes, be expressly repealed.

B. This Convention resolves that:

1. In the event that the Convention supports a direct popular election of the Head of State within a republic, the model containing the following expanded powers of the Head of State be put to referendum:

(a) The Head of State appoints Ministers of State, who are not Members of Parliament but whose appointment is subject to ratification by Parliament;

(b) acts as President of the Executive Council;

(c) gives consent to legislation and executive actions, except where otherwise provided in the Constitution;

(d) is Commander-in-Chief of the armed forces acting with prior parliamentary approval, however in cases of urgency subsequent parliamentary approval is to be sought as soon as possible;

(e) negotiates and enters into treaties subject to ratification by Parliament;

(f) appoints justices of the High Court and other courts created by Parliament subject to ratification by Parliament;

(g) The Head of State can refer Bills, except those Bills for the ordinary annual services of the Government, his or her own proposed constitutional amendments and other matters of national interest to the people through referendum;

(h) can refer any Bill to the High Court to determine its constitutionality;

(i) appoints public servants and military personnel;

(j) can take emergency measures to protect national security and integrity, subject to the right of Parliament to review, confirm, amend, or revoke those measures.

2. The Head of State is not subject to Westminster conventions, as modified, currently applicable, which are expressly repealed in their entirety. [...]

## **WORKING GROUP 7**

### **Lesser powers of the head of state with codification**

#### **RESOLUTIONS**

##### **Resolution A**

#### **RESOLUTION ON CODIFICATION AND LIMITATION OF HEAD OF STATE POWERS**

This Convention supports:

- full codification of the powers of the Head of State in order to eliminate, to the maximum practicable extent, uncertainty and ambiguity about their meaning;

- limitation, in that context, of the powers of the Head of State in order to eliminate, to the maximum practicable extent, the possibility of any conflict with the principles of responsible government; and

- limitation of the powers of the Senate to the extent necessary to eliminate the possibility arising of the Head of State exercising discretionary power to resolve a conflict between the two Houses.

This would mean:

(1) in the case of the powers expressly given to the Governor-General by the present Constitution and stated to be exercisable on the advice of the Federal Executive Council

- retain, with provisions to clarify the position of the Federal Executive Council as representing the Government of the day;
- (2) in the case of the powers expressly given to the Governor-General by the present Constitution, but with no indication as to how they are to be exercised
  - spell out in detail the applicable rules, taking into account the Resolutions adopted by the Australian Constitutional Convention in 1983 and 1985, and the Recommendations of the 1993 Republic Advisory Committee;
- (3) in the case of the reserve powers of the Governor-General (not expressly stated in the present Constitution) in relation to the appointment and dismissal of Prime Ministers and the dissolution of Parliament
  - spell out in detail appropriate rules to cover each situation, making it clear that the Head of State retains no independent personal discretion, taking into account the Recommendations of the 1993 Republic Advisory Committee and provisions of other Constitutions where these rules are fully codified;
- (4) in the case of the Senate's power to block supply, not expressly limited by the present Constitution
  - amend the Constitution by a provision removing the Senate's right to reject or significantly delay bills appropriating moneys for the ordinary annual services of the government.

**ATTACHMENT TO WORKING GROUP 7**  
**RESOLUTION A**  
**REPUBLIC ADVISORY COMMITTEE 1993: COMPLETE CODIFICATION**  
**MODEL**

1A. Executive Power of the Commonwealth

- 1) The executive power of the Commonwealth is vested in the Head of State and is exercisable either directly or through Ministers of State (including the Prime Minister) or persons acting with their authority.
- 2) The executive power of the Commonwealth extends to the execution and maintenance of the Constitution, and the laws of the Commonwealth.
- 3) The Head of State shall exercise his or her powers and functions in accordance with the advice tendered to him or her by the Federal Executive Council, the Prime Minister or other such Ministers of State as are authorized to do so by the Prime Minister.
- 4) Subsection (3) does not apply in relation to the exercise of the powers or functions of the Head of State under sections 2A, 3A(4), 5A and 6A.

2A. Appointment of the Prime Minister

- 1) The Head of State shall appoint a person, to be known as the Prime Minister, to be the Head of the Government of the Commonwealth.
- 2) Subject to subsection 3A(4), whenever it is necessary for the Head of State to appoint a Prime Minister, the Head of State shall appoint that person who commands the support of the House of Representatives expressed through a resolution of the House, and in the absence of such a resolution, the person who, in his or her judgment, is the most likely to command the support of that House.
- 3) The Prime Minister shall not hold office for a longer period than 90 days unless he or she is or becomes a member of the House of Representatives.
- 4) The Prime Minister shall be a member of the Federal Executive Council and shall be one of the Ministers of State for the Commonwealth.
- 5) The Prime Minister shall hold office, subject to this Constitution, until he or she dies or resigns, or the Head of State terminates his or her appointment.
- 6) The exercise of power of the Head of State under subsection (2) shall not be examined in any court.

### 3A. Other Ministers

1) Ministers of State shall be appointed by the Head of State acting in accordance with the advice of the Prime Minister

2) One of the Ministers of State may be denominated Deputy Prime Minister.

3) Subject to this section, the Head of State shall only remove a Minister from office in accordance with the advice of the Prime Minister.

4) Upon the death of the Prime Minister, the Head of State shall appoint the Deputy Prime Minister or, if there is no Deputy Prime Minister, the minister most senior in rank, to be the Prime Minister.

5) In this section, "Minister" does not include the Prime Minister.

#### 4A. Dismissal of the Prime Minister—no confidence resolutions

1) If the House of Representatives, by an absolute majority of its members, passes a resolution of confidence in a named person as Prime Minister (other than the person already holding office as Prime Minister), and the Prime Minister

does not forthwith resign from office, the Head of State shall remove him or her from office.

2) If the House of Representatives passes, other than by an absolute majority of its members, a resolution of confidence in a named person as Prime Minister (other than the person already holding office as Prime Minister), and the Prime Minister does not within three days resign from office or secure a reversal of that resolution, the Head of State shall remove him or her from office.

3) If the House of Representatives passes a resolution of no confidence in the Prime Minister or the Government by an absolute majority of its members and does not name another person in whom it does have confidence, and the Prime Minister does not, within three days of the passing of that resolution, either resign from office, secure a reversal of that resolution or advise the Head of State to dissolve the Parliament, the Head of State shall remove him or her from the office of Prime Minister.

4) If the House of Representatives passes a resolution of no-confidence in the Prime Minister or the Government other than by an absolute majority of its members and does not name another person in whom it does have confidence, and the Prime Minister does not, within seven days of the passing of that resolution, either resign from office, secure a reversal of that resolution or advise the Head of State to dissolve the Parliament, the Head of State shall remove him or her from the office of Prime Minister.

#### 5A. Dismissal of the Prime Minister—constitutional contravention

1) If the Head of State believes that the Government of the Commonwealth is contravening a fundamental provision of this Constitution or is not complying with an order of a court, the Head of State may request the Prime Minister to demonstrate that no contravention is occurring or that the Government is complying with the order.

2) If, after giving the Prime Minister that opportunity, the Head of State still believes that such a contravention or non-compliance is occurring, the Head of State may apply to the High Court for relief.

3) If, on application by the Head of State, the High Court is satisfied that the Government of the Commonwealth is contravening a provisions of this Constitution or not complying with the order of a court, the High Court may grant such relief as it sees fit including a declaration to that effect. The High Court shall not decline to hear such application on the ground that it raises non-justiciable issues.

4) If on an application by the Head of State, the High Court declares that the Government of the Commonwealth is contravening this Constitution or not complying with the order of a court and the Prime Minister fails to take all reasonable steps to end the contravention or to ensure compliance with the order, the Head of State may dissolve the House of Representatives.

5) If the Head of State dissolves the House of Representatives under this section, he or she may also terminate the Prime Minister's commission and appoint as Prime Minister such other person who the Head of State believes will take all reasonable steps to end the contravention and who will maintain the administration of the Commonwealth pending the outcome of the general election following the dissolution referred to in subsection (4) above

6) The exercise of the powers of the Head of State under this section shall not be examined by any court.

**6A. Refusal of dissolution**

The Head of State shall not dissolve the House of Representatives—

a) on the advice of a Prime Minister in whom, or in whose Government, the House of Representatives has passed a resolution of no-confidence, if the House has, by an absolute majority of its members, also expressed confidence in another named person as Prime Minister;

b) on the advice of a Prime Minister in whom, or in whose Government, the House of Representatives has passed a resolution of no-confidence, if the House has, other than by an absolute majority of its members, also expressed confidence in another named person as Prime Minister, unless the House has reversed the resolution;

c) while a motion of no confidence in the Prime Minister or the Government is pending;  
or

d) before the House of Representatives has met after a general election and considered whether it has confidence in the Prime Minister or the Government, unless then House of Representatives has met and is unable to elect a Speaker.

For the purpose of paragraph (c), a "motion of no-confidence" is one which expresses confidence in another named person as Prime Minister and is to come before the House of Representatives within eight days.[...]

**RESOLUTION B**

Any codification of powers should include a provision enabling the Head of State to refer any Bill to the High Court for a decision as to its constitutionality.

### **GROUPE DE TRAVAIL 1**

**Même éventail de pouvoirs avec les contraintes existantes relatives à leur utilisation ; aucune disposition expresse à prévoir sur les conventions qui régissent l'utilisation des pouvoirs réservés.**

#### **RÉSOLUTIONS**

Les conventions de la Constitution australienne ne doivent pas être codifiées, sous réserve que la Constitution soit amendée pour refléter le fait que le chef de l'État agit d'après l'avis du Conseil exécutif fédéral ou d'un ministre dans l'exercice de tous ces pouvoirs, à l'exception de ses pouvoirs réservés.

Cependant, dans le cas où le chef de l'État serait élu au suffrage universel direct, une codification complète, y compris la codification des pouvoirs réservés, serait nécessaire.

En outre, dans le cas où le chef de l'État serait élu à la majorité des deux tiers d'une séance commune du Parlement fédéral et serait révoqué par une procédure similaire, une codification complète serait requise.

Dans le cas où le chef de l'État serait révoqué par le Premier ministre ou un organe agissant d'après l'avis du Premier ministre, la codification ne serait pas nécessaire. [...]

### **GROUPE DE TRAVAIL 2**

**Même éventail de pouvoirs avec une disposition expresse visant à incorporer par référence les conventions régissant l'utilisation des pouvoirs réservés.**

#### **RÉSOLUTIONS**

Afin d'assurer que les conventions existantes continuent de s'appliquer à l'exercice des pouvoirs réservés du nouveau chef de l'État

a) s'il est élu à la majorité des 2/3 d'une séance conjointe du Parlement fédéral ou selon le modèle McGarvie :

(i) qu'une disposition expresse soit insérée dans la Constitution pour incorporer par référence les conventions existantes régissant l'utilisation des pouvoirs réservés ; et

(ii) qu'une disposition soit insérée relative à la destitution rapide du chef d'État par dérogation aux conventions existantes ; et

b) s'il est élu par élection populaire ou directe, que les pouvoirs soient limités et précisés. [...]

### **GROUPE DE TRAVAIL 3**

**Mêmes pouvoirs avec un énoncé écrit des conventions régissant l'utilisation des pouvoirs réservés à titre de guide non contraignant**

#### **RÉSOLUTIONS**

Que la Convention décide que s'il y a entente sur un énoncé écrit des conventions régissant l'utilisation des pouvoirs réservés, que celui-ci soit sous la forme de règles contraignantes plutôt que d'un guide non contraignant. [...]

### **GROUPE DE TRAVAIL 4**

**Mêmes pouvoirs avec codification des conventions régissant l'usage des pouvoirs réservés comme règles contraignantes**

#### **RÉSOLUTIONS**

1. La pratique actuelle selon laquelle les pouvoirs non réservés ne doivent être exercés que conformément à l'avis du gouvernement devrait être énoncée dans la Constitution.

2. Le chef de l'Etat doit disposer des pouvoirs réservés, c'est-à-dire, des pouvoirs

3. Les pouvoirs réservés sont (1) de nommer le [Premier] ministre, (2) de révoquer le Premier ministre et (3) de refuser de dissoudre le Parlement.

4. L'équilibre actuel des pouvoirs entre le Premier ministre et le chef de l'Etat doit être maintenu et, en conséquence, la Constitution doit expressément prévoir le maintien des conventions existantes dans une République.

5. Après mûre réflexion, la codification complète des pouvoirs réservés n'était ni souhaitable ni réalisable (non souhaitable parce qu'il fallait que le chef de l'État puisse faire face aux imprévus et à l'impossibilité d'anticiper les éventualités futures. Elle était irréalisable parce que la communauté est divisée sur la manière dont le chef de l'État devrait réagir en cas de refus des subsides du Sénat et nous pensons que la communauté ne souhaiterait pas diminuer les pouvoirs du chef de l'État).

6. Cependant, nous pensons qu'une codification partielle des conventions relatives aux pouvoirs réservés serait souhaitable essentiellement pour deux raisons : (1) permettre à la Constitution de fournir un énoncé des pouvoirs qui reflète plus fidèlement la pratique réelle et (2) contraindre à la fois le Premier ministre et le chef de l'État pour s'assurer qu'ils respectent les conventions en vigueur. La codification partielle a été préférée à la codification complète pour la raison donnée en (5).

7. Nous avons accepté en principe le modèle de codification partielle proposé par le Comité consultatif de la République et, avec un avis dissident, recommandé à la Convention le projet de principes spécifiques énoncés par le Comité (ci-joint).

8. Par conséquent, nous n'avons pas considéré le pouvoir de sanctionner une loi comme un pouvoir réservé; l'exercice par le chef de l'État du pouvoir d'approuver ou de refuser l'approbation ne devrait être exercé que conformément à l'avis ministériel. Nous étions favorables à l'abolition des dispositions constitutionnelles obsolètes telles que le pouvoir de la Reine de désavouer une loi et les dispositions archaïques telles que le pouvoir exécutif de proroger le Parlement. [...]

## **GROUPE DE TRAVAIL 5**

### **Les pouvoirs actuels du chef de l'Etat et les défauts des alternatives républicaines connues**

#### **RÉSOLUTIONS**

1. Que la Convention note que les pouvoirs existants du monarque d'Australie à la suite de l'adoption du *Statut de Westminster* et de l'*Australia Act* sont :

a) la nomination et la révocation du Gouverneur-général d'après l'avis du Premier ministre australien ; et

b) le rejet des lois du Parlement australien d'après avis du Premier ministre australien.

2. Que la Convention note que les pouvoirs du Gouverneur-général consistent en des pouvoirs explicitement conférés par la Constitution, qui sont maintenant exercés par le Gouverneur-général après avis des ministres australiens compétents, des pouvoirs exercés en vertu de la loi et des pouvoirs réservés [...].

3. Que la Convention constate que toute mandat du chef de l'Etat, telle qu'elle est conférée dans tous modèles républicains, conduira à un déséquilibre entre les pouvoirs du Premier ministre et les pouvoirs du chef de l'Etat, car le Premier ministre est sans mandat. La Convention note en outre l'importance de maintenir la domination du Parlement élu dans le système de gouvernement australien.

4. Que la Convention constate que la codification des compétences donnera lieu à des litiges qui pourraient aboutir à des résultats imprévus par les responsables de la codification. Le groupe de travail a pris note de l'avis de Très honoré Sir Harry Gibbs sur cette question (déposé). Le groupe de travail attire particulièrement l'attention de la Convention sur les différences entre les modèles républicains dans la codification des relations d'un président aux forces armées. [...]

## **GROUPE DE TRAVAIL 6**

### **Des pouvoirs élargis pour un nouveau chef de l'Etat**

#### **RÉSOLUTIONS**

A. La présente Convention décide que :

1. Dans le cas où la Convention soutiendrait une élection populaire directe du chef de l'État au sein d'une république, le modèle contenant les pouvoirs élargis du chef de l'État à soumettre au référendum serait :

(a) la désignation d'un Premier ministre compatible avec un soutien au Parlement d'une majorité ;

(b) destitution d'un Premier ministre qui perd le soutien de la majorité au Parlement ou qui agit en contradiction avec la loi ou la Constitution ;

(c) le pouvoir de dissoudre le Parlement et de convoquer des élections lorsque :

(i) aucun membre du Parlement n'a le soutien de la majorité pour assumer la fonction de Premier ministre ; ou

(ii) le député ou les députés qui dispose du soutien de la majorité ont agi en contradiction avec la loi ou la Constitution ;

(d) agit à titre de président du Conseil exécutif ;

(e) donne son consentement aux mesures législatives et exécutives, d'après l'avis du Conseil exécutif, sauf disposition contraire de la Constitution.

(f) est le commandant en chef des forces armées, agissant d'après l'avis du Conseil exécutif et avec l'approbation préalable du Parlement. En cas d'urgence, l'approbation ultérieure du Parlement doit être demandée dès que possible.

(g) négocie et conclut des traités soumis à ratification par le Parlement ;

(h) nomme les juges de la Haute Cour et des autres tribunaux créés par le Parlement d'après l'avis du Conseil exécutif et sous réserve de confirmation par le Parlement ;

(i) Le chef de l'État peut renvoyer par référendum des projets de loi, à l'exception des projets de loi pour les services annuels ordinaires du gouvernement, ses propres propositions d'amendements constitutionnels et d'autres questions d'intérêt national pour le peuple ;

(j) peut renvoyer tout projet de loi à la Haute Cour pour déterminer sa constitutionnalité

;

(k) le Chef de l'Etat :

(i) doit, s'après l'avis du Premier ministre, par proclamation ou autrement convoquer et proroger le Parlement et dissoudre de la même manière la Chambre des représentants ;

(ii) peut, à son entière discrétion, refuser de dissoudre le Parlement d'après l'avis du Premier ministre qui a cessé de disposer du soutien d'une majorité à la Chambre des représentants ;

(iii) peut, à son entière discrétion, dissoudre le Parlement lorsque le Parlement a refusé de fournir des subsides ou des fonds pour les services annuels ordinaires du Gouvernement ;

(iv) lorsqu'un projet de loi est adopté par les deux chambres du Parlement et présenté au chef de l'État pour son assentiment, il/elle déclare, conformément à la Constitution, qu'il/elle approuve ou qu'il/elle refuse sa sanction. Le chef de l'État peut, dans un délai de trois mois, renvoyer à la Chambre dont il émane tout projet de loi qui lui est ainsi présenté. Il peut transmettre tout amendement qu'il recommande et la Chambre peut statuer sur les recommandations ;

(v) lorsque le chef de l'État refuse de promulguer un projet de loi adopté par les chambres du Parlement et continue de le faire, le Premier ministre peut, après un délai de trois mois, conseiller au chef de l'État de convoquer une réunion conjointe des membres du Sénat et de la Chambre des représentants ;

(vi) les membres présents à la séance commune peuvent délibérer et voter ensemble sur le projet de loi tel qu'il a été proposé en dernier lieu par le Sénat et la Chambre des représentants, et si le projet de loi est confirmé par une majorité de soixante pour cent du nombre total des membres du Sénat et de la Chambre des Représentants, le texte est réputé dûment adopté par les deux Chambres du Parlement, et une fois présenté au Chef de l'Etat, le texte sera promulgué ;

(vii) nomme les fonctionnaires et le personnel militaire ; et

(viii) peut prendre des mesures d'urgence pour protéger la sécurité et l'intégrité nationales, sous réserve du droit du Parlement d'examiner, de confirmer, de modifier ou d'abroger ces mesures.

2. Que les conventions de Westminster telles que modifiées actuellement en vigueur qui sont incompatibles avec les changements ci-dessus, soient expressément abrogées.

B. La présente Convention décide que :

1. Dans le cas où la Convention soutiendrait une élection populaire directe du chef de l'État au sein d'une république, le modèle contenant les pouvoirs élargis du chef de l'État soumis à référendum serait:

a) Le chef de l'État nomme les ministres d'État, qui ne sont pas membres du Parlement mais dont la désignation est soumise à la confirmation du Parlement ;

(b) agit en tant que président du Conseil exécutif ;

(c) donne son consentement aux mesures législatives et exécutives, sauf disposition contraire de la Constitution ;

(d) est le commandant en chef des forces armées agissant avec l'approbation préalable du Parlement. En cas d'urgence, une approbation ultérieure du Parlement doit être demandée dès que possible ;

e) négocie et conclut des traités soumis à ratification par le Parlement ;

f) nomme les juges de la Haute Cour et des autres tribunaux créés par le Parlement sous réserve de confirmation par le Parlement ;

(g) Le chef de l'État peut organiser un référendum sur tous projets de loi, à l'exception des projets de loi pour les services annuels ordinaires du gouvernement. Le référendum peut porter sur des propositions d'amendements constitutionnels et autres questions d'intérêt national pour le peuple ;

(h) peut renvoyer tout projet de loi à la Haute Cour pour déterminer sa constitutionnalité ;

(i) nomme les fonctionnaires et le personnel militaire ;

j) peut prendre des mesures d'urgence pour protéger la sécurité et l'intégrité nationales, sous réserve du droit du Parlement d'examiner, de confirmer, de modifier ou d'abroger ces mesures.

2. Le chef de l'État n'est pas soumis aux conventions de Westminster, telles que modifiées, actuellement applicables, qui sont expressément abrogées dans leur intégralité. [...]

## **GROUPE DE TRAVAIL 7**

### **Pouvoirs moins importants du chef de l'État avec codification**

#### **RÉSOLUTIONS**

##### **Résolution A**

#### **RESOLUTION SUR LA CODIFICATION ET LA LIMITATION DES POUVOIRS DU CHEF D'ETAT**

Cette convention soutient :

- une codification complète des pouvoirs du chef de l'Etat afin d'éliminer, dans toute la mesure du possible, l'incertitude et l'ambiguïté quant à leur signification ;

- la limitation, dans ce contexte, des pouvoirs du chef de l'Etat afin d'éliminer, dans toute la mesure du possible, la possibilité de tout conflit avec les principes de gouvernement responsable ; et

- la limitation des pouvoirs du Sénat dans la mesure du possible pour éliminer la possibilité que le Chef de l'Etat exerce un pouvoir discrétionnaire pour résoudre un conflit entre les deux Chambres.

Cela signifierait :

- (1) dans le cas des pouvoirs expressément conférés au Gouverneur-général par la présente Constitution et déclarés pouvoirs exercés d'après l'avis du Conseil exécutif fédéral
  - **Maintenus**, avec des dispositions visant à la clarifier, la position du Conseil exécutif fédéral en tant que représentant du gouvernement en place ;
- (2) dans le cas des pouvoirs expressément attribués au Gouverneur-général par la présente Constitution, mais sans indication quant à la manière dont ils doivent être exercés
  - **énoncer** en détail les règles applicables, en tenant compte des résolutions adoptées par la Convention constitutionnelle australienne en 1983 et 1985, et des recommandations du Comité consultatif de la République de 1993 ;
- (3) dans le cas des pouvoirs réservés du gouverneur-général (non expressément énoncés dans la présente Constitution) en ce qui concerne la nomination et la révocation des premiers ministres et la dissolution du Parlement
  - **énoncer** en détail les règles appropriées pour couvrir chaque situation, en précisant que le chef de l'État ne conserve aucune discrétion personnelle indépendante, compte tenu des recommandations du Comité consultatif de la République de 1993 et des dispositions des autres Constitutions où ces règles sont pleinement codifiées ;
- (4) en cas de pouvoir du Sénat de bloquer les subsides, non expressément limité par la présente Constitution
  - amender la Constitution par une disposition supprimant le droit du Sénat de rejeter ou de retarder sensiblement les projets de loi portant affectation de deniers aux services ordinaires annuels du gouvernement.

## **RATTACHEMENT AU GROUPE DE TRAVAIL 7**

### **RÉSOLUTION A**

#### **COMITÉ CONSULTATIF DE LA RÉPUBLIQUE 1993 : MODÈLE DE CODIFICATION COMPLET**

##### *1A. Pouvoir exécutif du Commonwealth*

- 1) Le pouvoir exécutif du *Commonwealth* est confié au chef de l'État et peut être exercé soit directement, soit par l'intermédiaire des ministres d'État (y compris le Premier ministre) ou des personnes agissant avec leur autorité.
- 2) Le pouvoir exécutif du *Commonwealth* s'étend à l'exécution et au maintien de la Constitution et des lois du *Commonwealth*.
- 3) Le chef de l'État exerce ses pouvoirs et fonctions conformément à l'avis qui lui est adressé par le Conseil exécutif fédéral, le Premier ministre ou d'autres ministres d'État autorisés à le faire par le Premier ministre.
- 4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas à l'exercice des pouvoirs ou fonctions du chef de l'État en vertu des articles 2A, 3A(4), 5A et 6A.

##### *2A. Désignation du Premier ministre*

- 1) Le chef de l'État nomme une personne, connue sous le nom de Premier ministre, pour être le chef du gouvernement du *Commonwealth*.
- 2) Sous réserve du paragraphe 3A (4), chaque fois qu'il est nécessaire que le chef de l'État nomme un Premier ministre, le chef de l'État nomme la personne qui bénéficie du soutien de la Chambre des représentants exprimé par une résolution de la Chambre, et en l'absence d'une telle résolution, la personne qui, à son avis, est la plus susceptible d'obtenir l'appui de cette Chambre.
- 3) Le Premier ministre ne peut exercer ses fonctions pendant plus de 90 jours à moins qu'il ne soit ou ne devienne membre de la Chambre des représentants.
- 4) Le Premier ministre est membre du Conseil exécutif fédéral et est l'un des ministres d'État du *Commonwealth*.

5) Le Premier ministre reste en fonction, sous réserve de la présente Constitution, jusqu'à ce qu'il décède ou démissionne, ou que le chef de l'État mette fin à son mandat.

6) L'exercice du pouvoir du chef de l'État en vertu du paragraphe (2) ne peut être examiné par aucun tribunal.

### 3A. Autres ministres

1) Les ministres d'État sont nommés par le chef de l'État sur avis du Premier ministre.

2) L'un des ministres d'État peut être dénommé vice-premier ministre.

3) Sous réserve du présent article, le chef de l'État ne peut révoquer un ministre de ses fonctions que sur avis du Premier ministre.

4) Au décès du Premier Ministre, le Chef de l'Etat nomme le Vice-Premier Ministre ou, à défaut de Vice-Premier Ministre, le ministre le plus ancien en grade, au poste de Premier Ministre.

5) Dans cette section, "ministre" n'inclut pas le Premier ministre.

### 4A. Destitution du Premier ministre - résolutions de non-confiance

1) Si la Chambre des représentants, à la majorité absolue de ses membres, adopte une résolution de confiance en la personne désignée comme Premier ministre (autre que la personne exerçant déjà la fonction de Premier ministre), et que le Premier ministre ne démissionne pas immédiatement de ses fonctions, le chef de l'État le destitue.

2) Si la Chambre des représentants adopte, autrement qu'à la majorité absolue de ses membres, une résolution de confiance en une personne désignée comme Premier ministre (autre que la personne qui occupe déjà le poste de Premier ministre), et que le Premier ministre ne l'a pas fait dans un délai trois jours, démissionne de ses fonctions ou obtienne l'annulation de cette résolution, le chef de l'État le destitue de ses fonctions.

3) Si la Chambre des représentants vote une résolution de défiance à l'égard du Premier ministre ou du gouvernement **à la majorité absolue de ses membres** et ne désigne pas une autre personne en qui elle a confiance, et que le Premier ministre dans les trois jours de l'adoption de cette résolution, ne démissionne pas, n'obtient pas l'annulation de cette résolution ou ne recommande au chef de l'État de dissoudre le Parlement, le chef de l'État le destitue de ses fonctions de Premier ministre.

4) Si la Chambre des représentants vote une résolution de défiance à l'égard du Premier ministre ou du gouvernement **autrement qu'à la majorité absolue de ses membres** et ne nomme pas une autre personne en qui elle a confiance, et que le Premier ministre dans les sept jours suivant l'adoption de cette résolution, ne démissionne pas, n'obtient l'annulation de cette résolution ou ne recommande pas au chef de l'État de dissoudre le Parlement, le chef de l'État le destitue de ses fonctions de Premier ministre.

### 5A. Révocation du Premier ministre — non respect de la constitution

1) Si le chef de l'État estime que le gouvernement du *Commonwealth* contrevient à une disposition fondamentale de la présente Constitution ou ne se conforme pas à une ordonnance d'un tribunal, le chef de l'État peut demander au Premier ministre de démontrer qu'aucune infraction n'est commise ou que le gouvernement se conforme à l'ordre.

2) Si, après avoir donné cette possibilité au Premier ministre, le chef de l'État croit toujours qu'une telle contravention ou non-conformité existe, le chef de l'État peut saisir la Haute Cour pour obtenir réparation.

3) Si, à la demande du chef de l'État, la Haute Cour est convaincue que le gouvernement du *Commonwealth* contrevient à une disposition de la présente Constitution ou ne se conforme pas à l'ordonnance d'un tribunal, la Haute Cour peut accorder la réparation qu'elle juge adéquate, y compris une déclaration à cet effet. La Haute Cour ne peut refuser d'entendre une

telle demande au motif qu'elle soulève des questions qui ne ressortent pas de sa compétence [non justiciables].

4) Si, à la demande du chef de l'État, la Haute Cour déclare que le gouvernement du *Commonwealth* contrevient à la présente Constitution ou ne se conforme pas à l'ordonnance d'un tribunal et que le Premier ministre ne prend pas toutes les mesures raisonnables pour mettre fin à la contravention ou pour assurer le respect de l'ordonnance, le chef de l'État peut dissoudre la Chambre des représentants.

5) Si le chef de l'État dissout la Chambre des représentants en vertu du présent article, il peut également mettre fin au mandat du Premier ministre et nommer comme Premier ministre toute autre personne qui, selon le chef de l'État, prendra toutes les mesures raisonnables pour mettre fin à la contravention et qui assurera l'administration du Commonwealth en attendant le résultat des élections législatives générales suivant la dissolution visée au paragraphe (4) ci-dessus

6) L'exercice des pouvoirs du chef de l'État en vertu du présent article ne peut être examiné par aucun tribunal.

#### 6A. Refus de dissolution

Le chef de l'État ne peut dissoudre la Chambre des représentants :

a) d'après l'avis d'un Premier ministre à l'encontre duquel ou du gouvernement duquel la Chambre des représentants a adopté une résolution de défiance, si la Chambre a, à la majorité absolue de ses membres, également exprimé sa confiance en une autre personne nommée en tant que Premier ministre ;

b) d'après l'avis d'un Premier ministre à l'égard duquel ou du gouvernement duquel la Chambre des représentants a adopté une résolution de défiance, si la Chambre a, autrement qu'à la majorité absolue de ses membres, également exprimé sa confiance en un autre personne désignée comme premier ministre, à moins que la Chambre n'ait renversé la résolution ;

c) alors qu'une motion de censure à l'encontre du Premier ministre ou du gouvernement est pendante ; ou

d) alors que la Chambre des représentants ne s'est pas réunie après une élection générale et ait considéré qu'elle n'accorde pas sa confiance au Premier ministre ou au gouvernement, à moins que la Chambre des représentants ne se soit réunie et ne soit pas en mesure d'élire un président.

Aux fins du paragraphe (c), une "motion de censure" est une motion qui exprime la confiance dans une autre personne nommée en tant que Premier ministre et doit être présentée à la Chambre des représentants dans les huit jours.[...]

#### **RÉSOLUTION B**

Toute codification des compétences devrait comporter une disposition permettant au chef de l'Etat de saisir la Haute Cour de tout projet de loi pour qu'il statue sur sa constitutionnalité.

## Index des noms propres

---

### A

Avril (Pierre), 23, 24, 550, 565

### B

Bagehot (Walter), 18, 30, 136, 314, 354, 359, 550, 574

Bagot, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 224

Baldwin, 201, 202, 205, 210, 211, 213, 214, 215, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 230, 597, 621, 622

Bentham, 28, 41, 95, 96, 97, 101, 147, 189, 197, 242, 248, 454, 551, 567

Buller, 224, 229, 230, 548, 576

### C

Chevalier (Jean-Jacques), 34, 40, 48, 52, 55, 69, 159, 185, 188, 192, 250, 273, 554

Churchill (Winston), 40, 482, 485, 486, 550

Coke (Edward), 15, 19, 44, 437

### D

Dicey (Albert Venn), 4, 5, 12, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 218, 268, 275, 327, 371, 445, 553, 573, 581, 684

Disraeli (Benjamin), 13, 36, 41, 451, 482, 483, 484, 502, 523, 550, 551, 553, 560

Dixon (Dixon), 265, 270, 560, 564, 570

Durham, 40, 114, 115, 129, 137, 168, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 206, 207, 212, 224, 225, 226, 229, 238, 242, 248, 551, 552, 569, 576

### E

Evatt, 22, 373, 398, 400, 408, 544, 553, 571

### F

Forsey, 390, 392, 393, 394, 399, 400, 401, 402, 404, 447, 448, 553, 557, 571

### G

Graham (Robert), 356, 466

Grey (George), 40, 70, 83, 107, 113, 117, 119, 122, 123, 124, 129, 137, 174, 175, 177, 178, 179, 189, 206, 223, 224, 225, 228, 229, 230, 231, 233, 235, 238, 239, 241, 248, 264, 273, 343, 363, 384, 401, 402, 552, 554, 592

Grey, Comte (Henry), 223

Guilluy (Thibault), 1, 15, 21, 36, 40, 267, 270, 272, 273, 554, 572

### H

Hart, 52, 84, 269, 287, 366, 376, 377, 451, 456, 467, 551, 554, 558, 560, 561, 564

Heard (Andrew), 20, 23, 342, 365, 366, 367, 422, 480, 533, 554, 564, 572

Howe, 202, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 576, 597, 616, 620

## J

Jennings (William Ivor), 20, 22, 23, 35, 268, 274,  
313, 327, 350, 379, 389, 440, 466, 477, 485,  
535, 538, 541, 555, 564  
Joseph, 63, 64, 65, 72, 117, 179, 202, 224, 225,  
226, 227, 229, 230, 300, 370, 381, 431, 448,  
550, 555, 573, 597, 616, 620

## K

Kennedy (WPM), 49, 51, 57, 86, 91, 131, 141, 142,  
156, 157, 163, 165, 210, 211, 212, 215, 222,  
223, 226, 555, 592, 593, 621  
King (Mackenzie), 81, 97, 100, 136, 190, 292, 352,  
354, 363, 373, 393, 394, 396, 397, 398, 399,  
402, 491, 492, 507, 551, 553, 555, 560, 575,  
588, 613

## L

La Fontaine (Hyppolite), 215, 216, 217, 219, 220,  
221, 222, 223, 230  
Lauvaux (Philippe), 1, 397, 427, 556, 564, 574  
Le Divellec (Armel), 1, 34, 556, 565, 574

## M

Marshall (Geoffrey), 20, 22, 333, 341, 372, 390,  
406, 472, 538, 556, 565  
Metcalf, 129, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221,  
222, 223, 224, 578, 592

## O

Oliver (Dawn), 265, 557, 561, 563, 564, 565, 566,  
577

## P

Palmer, 401, 448, 548, 552, 557, 578

## Q

Quick (John), 93, 95, 102, 250, 322, 324, 359, 379,  
558

## R

Reine Victoria (Alexandrina), 354, 549, 559  
Russel, 344, 562, 564, 566

## S

Saunders (Cherill), 13, 553, 558, 562, 563, 564, 566,  
579

## T

Twomey (Anne), 170, 275, 354, 360, 368, 372, 380,  
384, 391, 404, 414, 437, 559, 580, 581

## W

Ward (John Manning), 210, 215, 227, 414, 431, 559  
Wentworth, 176, 241  
Winterton (George), 266, 311, 319, 367, 405, 560,  
561, 562, 566, 567, 581, 592

## Index des notions

---

### A

Australasie, 46, 52, 61, 68, 76, 77, 85, 92, 108, 130,  
133, 168, 169, 175

Autochtone, 62

### C

Cabinet, 8, 18, 28, 31, 66, 86, 94, 105, 119, 130,  
131, 134, 135, 137, 140, 141, 155, 158, 202,  
203, 205, 210, 212, 215, 231, 237, 250, 251,  
254, 264, 266, 290, 301, 350, 351, 356, 358,  
359, 360, 364, 365, 369, 372, 374, 380, 386,  
389, 391, 392, 393, 395, 396, 398, 402, 409,  
410, 436, 447, 452, 453, 455, 456, 457, 458,  
459, 460, 461, 464, 465, 466, 467, 468, 469,  
470, 471, 472, 474, 476, 477, 478, 479, 482,  
483, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492,  
493, 494, 495, 496, 497, 498, 500, 504, 506,  
509, 510, 511, 512, 514, 515, 516, 517, 519,  
520, 521, 522, 524, 525, 535, 536, 538, 539,  
541, 555, 561, 564, 567, 570, 574, 588, 589,  
590, 593, 636, 637

Chambre des communes, 17, 26, 28, 35, 64, 90, 91,  
97, 107, 109, 123, 144, 149, 153, 162, 164, 165,  
174, 184, 207, 221, 245, 328, 329, 340, 341,  
342, 344, 354, 362, 363, 372, 398, 399, 400,  
418, 419, 420, 422, 424, 426, 433, 435, 439,  
440, 441, 451, 452, 460, 470, 473, 474, 486,  
491, 492, 499, 533, 593, 596, 598, 599, 600,  
602, 607, 608, 609, 625, 626, 630, 632, 633,  
636, 637, 638, 639, 640, 644

Chambre des Lords, 66, 73, 225, 321, 330, 331,  
337, 340, 341, 343, 344, 347, 354, 355, 419,  
464, 467, 541, 619, 625

Chambre des représentants, 81, 85, 120, 121, 145,  
180, 181, 232, 234, 246, 266, 296, 298, 299,  
300, 302, 303, 307, 308, 309, 312, 313, 316,  
317, 318, 322, 323, 324, 325, 338, 344, 345,  
361, 387, 388, 391, 399, 409, 410, 412, 428,  
451, 488, 490, 498, 592, 594, 625, 626, 630,  
648, 649, 651, 652, 653, 664, 666, 667, 668

Charte, 9, 52, 70, 94, 95, 102, 105, 111, 117, 118,  
123, 179, 204, 328, 329, 372, 373, 606, 633

Colonial office, 70, 71, 72, 175

Colonie, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 60, 62,  
63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 77, 78, 79, 80, 81,  
82, 83, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96,  
97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106,  
107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116,  
117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 135, 144,  
146, 147, 150, 154, 160, 161, 162, 164, 165,  
168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177,  
179, 180, 181, 182, 188, 190, 193, 194, 201,  
202, 203, 206, 207, 209, 210, 212, 221, 224,  
226, 231, 232, 234, 236, 237, 239, 241, 242,  
244, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 253,  
254, 257, 263, 264, 284, 286, 330, 331, 334,  
398, 576, 598, 599, 601, 602, 603, 605, 607,  
610, 611, 616, 619

Commonwealth, 10, 20, 24, 31, 32, 36, 38, 40, 41,  
43, 46, 54, 61, 63, 67, 69, 70, 72, 93, 94, 95, 99,  
102, 105, 106, 107, 108, 110, 113, 115, 116,  
118, 127, 138, 172, 174, 197, 230, 241, 242,  
246, 249, 250, 260, 261, 262, 263, 270, 272,  
274, 275, 276, 283, 290, 295, 298, 299, 300,  
304, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 315, 320,  
322, 323, 324, 325, 326, 331, 333, 337, 338,  
341, 345, 351, 352, 357, 360, 361, 364, 367,  
368, 371, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379,

380, 383, 385, 389, 390, 392, 393, 395, 399,  
421, 426, 428, 436, 437, 445, 451, 452, 464,  
467, 469, 479, 497, 498, 509, 510, 511, 512,  
516, 521, 524, 525, 526, 527, 530, 547, 548,  
550, 553, 556, 557, 558, 560, 561, 563, 565,  
566, 567, 568, 570, 573, 575, 576, 580, 582,  
586, 587, 589, 590, 594, 646, 647, 650, 659,  
660, 661, 666, 667, 668

Conquête, 39, 44, 51, 52, 54, 59, 62, 68, 79, 92, 96,  
98, 99, 100, 101, 128

Conseil exécutif, 84, 105, 106, 107, 112, 118, 120,  
124, 146, 152, 165, 166, 202, 203, 204, 205,  
206, 208, 209, 211, 214, 215, 219, 221, 226,  
227, 228, 229, 230, 233, 234, 236, 237, 238,  
239, 253, 256, 258, 263, 360, 445, 519, 610,  
614, 620, 639, 640, 647, 648, 649, 662, 664,  
665, 666

Conseil législatif, 85, 97, 103, 104, 105, 106, 107,  
108, 114, 115, 116, 118, 120, 121, 123, 149,  
151, 156, 164, 170, 171, 172, 173, 174, 177,  
178, 179, 180, 203, 204, 225, 226, 227, 235,  
239, 240, 241, 245, 246, 247, 249, 250, 251,  
255, 257, 276, 330, 331, 332, 333, 334, 343,  
344, 345, 369, 415, 599, 600, 601, 602, 603,  
604, 606, 608, 614, 616, 620

Conseil privé, 19, 28, 101, 115, 177, 241, 277, 330,  
332, 370, 441, 456, 476, 500, 509, 510, 511,  
521, 589, 590, 635, 644, 645

Convocation, 77, 82, 104, 116, 146, 246, 263, 299,  
315, 350, 386, 387, 420, 442, 653, 654

Cristallisation, 20, 271, 281, 472

## D

Désaveu, 153, 157, 171, 172, 242, 353, 355, 357,  
358, 366, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382,  
383, 384, 385, 588

Dissolution, 27, 121, 160, 234, 236, 246, 263, 296,  
299, 300, 303, 309, 310, 311, 312, 313, 316,  
317, 326, 337, 338, 339, 350, 351, 352, 367,

368, 373, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,  
393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401,  
402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410,  
411, 412, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420,  
421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429,  
430, 431, 432, 433, 438, 439, 442, 446, 451,  
473, 479, 480, 482, 487, 489, 491, 492, 493,  
496, 497, 498, 500, 503, 504, 506, 513, 514,  
516, 518, 527, 528, 530, 533, 553, 556, 568,  
569, 573, 574, 577, 580, 582, 603, 627, 628,  
629, 630, 631, 636, 652, 653, 659, 661, 666,  
668

## E

Epigone, 1, 4, 8, 9, 10, 29, 33, 35, 36, 38, 39, 40,  
41, 43, 135, 139, 199, 258, 289, 294, 347, 352,  
418, 458, 462, 544, 546, 547, 684

Etablissement, 8, 39, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54,  
55, 56, 61, 62, 66, 68, 72, 74, 76, 83, 87, 94,  
100, 101, 103, 107, 109, 110, 118, 131, 140,  
142, 155, 170, 176, 225, 233, 241, 244, 247,  
302, 606, 618, 640, 641

## F

Fédération, 27, 41, 62, 115, 117, 190, 228, 260,  
261, 276, 277, 303, 307, 311, 321, 325, 336,  
363, 380, 383, 385, 632, 634, 636, 637, 638,  
640, 642, 643, 644, 645, 646

Formalisme, 1, 8, 33, 130, 199, 240, 249, 251, 449,  
450, 543

## G

Gouverneur, 20, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 61, 62,  
67, 68, 69, 70, 77, 79, 80, 81, 82, 84, 88, 92, 93,  
94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104,  
105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114,  
115, 116, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 130,  
135, 136, 151, 156, 157, 159, 162, 163, 164,

165, 166, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176,  
179, 180, 181, 182, 191, 207, 208, 209, 210,  
211, 212, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221,  
222, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232,  
233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242,  
244, 246, 248, 250, 253, 254, 255, 257, 262,  
270, 276, 277, 278, 279, 286, 295, 296, 298,  
299, 300, 301, 302, 303, 310, 311, 312, 313,  
314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 323, 330,  
334, 349, 352, 355, 357, 358, 359, 360, 361,  
362, 363, 364, 367, 368, 369, 370, 371, 373,  
374, 375, 376, 377, 379, 380, 381, 382, 384,  
386, 387, 388, 389, 391, 392, 394, 395, 396,  
397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405,  
407, 408, 409, 410, 412, 413, 414, 415, 416,  
417, 419, 421, 422, 423, 424, 428, 429, 430,  
431, 432, 434, 435, 438, 439, 440, 441, 445,  
447, 488, 489, 491, 497, 498, 502, 519, 520,  
527, 547, 575, 580, 600, 601, 602, 603, 605,  
607, 608, 609, 610, 611, 613, 614, 616, 627,  
629, 631, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640,  
642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650,  
651, 652, 653, 654, 663, 666

Gouverneur-général, 20, 61, 80, 84, 88, 92, 94, 103,  
151, 170, 208, 228, 230, 231, 235, 236, 237,  
238, 246, 270, 277, 278, 296, 300, 301, 302,  
303, 310, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318,  
319, 323, 349, 355, 358, 359, 361, 363, 364,  
367, 370, 371, 374, 376, 377, 380, 381, 382,  
388, 389, 391, 394, 395, 396, 397, 398, 401,  
402, 403, 405, 409, 410, 421, 422, 423, 429,  
431, 432, 434, 435, 439, 440, 441, 447, 488,  
489, 491, 498, 519, 520, 666

## I

Indépendance, 41, 42, 46, 47, 48, 61, 63, 64, 73,  
82, 91, 98, 148, 151, 152, 170, 182, 195, 224,  
244, 272, 276, 280, 281, 287, 378, 384, 394,  
401, 461, 462, 598, 607, 642, 650

## L

Lieutenant-gouverneur, 20, 70, 80, 84, 104, 105,  
106, 115, 118, 120, 121, 156, 157, 161, 162,  
166, 172, 203, 204, 205, 226, 227, 228, 233,  
276, 352, 355, 358, 365, 373, 377, 381, 383,  
394, 403, 404, 425, 442, 637, 639, 640, 641

## M

Maori, 72, 73, 122, 577

Métropole, 13, 16, 29, 33, 35, 36, 39, 41, 42, 45,  
46, 47, 51, 53, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 75,  
80, 83, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 106,  
108, 109, 112, 114, 115, 116, 118, 122, 123,  
124, 126, 127, 128, 131, 132, 133, 134, 135,  
136, 137, 138, 140, 144, 146, 148, 149, 150,  
153, 154, 157, 159, 160, 162, 164, 166, 167,  
168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176,  
177, 181, 182, 184, 185, 187, 188, 191, 193,  
194, 196, 198, 199, 201, 202, 204, 205, 206,  
207, 209, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221,  
222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 231,  
233, 235, 238, 242, 243, 245, 248, 249, 250,  
251, 253, 254, 257, 258, 259, 264, 266, 271,  
272, 273, 275, 276, 277, 281, 282, 283, 285,  
286, 287, 329, 366, 372, 453, 546, 603

## P

Peuplement, 39, 48, 51, 57, 65, 67, 69, 74, 78, 79,  
92, 93, 100, 101, 111, 130, 172, 225, 245, 253,  
257

Prérogative, 8, 17, 25, 44, 62, 90, 93, 94, 97, 98, 99,  
100, 112, 125, 152, 175, 192, 204, 207, 209,  
218, 219, 221, 224, 239, 244, 253, 254, 293,  
294, 315, 320, 340, 349, 350, 353, 355, 356,  
357, 358, 359, 363, 364, 373, 375, 376, 379,  
380, 381, 382, 383, 384, 385, 389, 391, 393,  
411, 420, 422, 427, 428, 429, 431, 434, 435,

436, 437, 438, 440, 444, 460, 464, 473, 523,  
580

Prorogation, 160, 236, 246, 263, 350, 351, 352,  
369, 386, 387, 388, 405, 407, 420, 427, 428,  
429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437,  
438, 439, 440, 441, 442, 446, 464, 473, 497,  
568, 569, 573, 575, 577, 580, 581, 653, 654

Province, 47, 48, 53, 56, 57, 77, 80, 81, 82, 86, 87,  
88, 89, 90, 91, 108, 109, 110, 111, 112, 113,  
120, 121, 122, 145, 146, 147, 148, 149, 150,  
155, 156, 159, 160, 161, 162, 165, 180, 190,  
191, 194, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 208,  
209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 226, 227,  
228, 229, 231, 341, 365, 367, 372, 381, 382,  
392, 395, 396, 404, 405, 422, 425, 429, 430,  
431, 441, 500, 551, 552, 565, 595, 598, 599,  
600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608,  
609, 610, 611, 612, 613, 614, 616, 617, 618,  
620, 621, 622, 623, 634, 637, 638, 639, 640,  
641, 642, 643, 644

## R

Réception, 18, 32, 42, 44, 45, 87, 133, 134, 145,  
193, 200, 255, 285, 287, 290, 574, 650

Régime, 21, 27, 31, 39, 45, 53, 54, 56, 77, 90, 93,  
97, 98, 123, 124, 128, 129, 131, 134, 139, 140,  
141, 154, 158, 159, 163, 167, 168, 169, 170,  
171, 172, 179, 182, 184, 188, 198, 210, 212,  
218, 224, 232, 238, 245, 247, 250, 251, 253,  
255, 262, 284, 287, 290, 291, 295, 320, 324,  
367, 372, 425, 456, 523, 538, 547, 602, 606

## S

Sénat, 260, 266, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 304,  
305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313,  
314, 315, 316, 318, 321, 322, 323, 324, 325,  
326, 327, 331, 334, 335, 336, 337, 338, 339,  
340, 341, 342, 346, 347, 362, 371, 383, 422,

491, 493, 498, 510, 532, 533, 579, 592, 594,  
625, 626, 629, 630, 631, 645, 648, 649, 654,  
663, 664, 665, 666

Système (de gouvernement), 1, 4, 8, 11, 14, 15, 17,  
18, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36,  
39, 40, 41, 42, 45, 47, 48, 50, 51, 53, 55, 57, 58,  
60, 64, 67, 75, 76, 78, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89,  
90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 101, 102, 103,  
104, 105, 107, 115, 117, 118, 119, 120, 122,  
123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 133,  
134, 135, 136, 137, 139, 141, 142, 143, 146,  
147, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 160,  
165, 166, 167, 170, 172, 174, 178, 181, 184,  
185, 186, 188, 189, 191, 192, 193, 196, 197,  
198, 201, 202, 206, 209, 215, 218, 223, 224,  
225, 228, 229, 230, 231, 233, 235, 236, 245,  
251, 252, 255, 256, 257, 258, 259, 262, 264,  
267, 270, 271, 281, 282, 283, 284, 285, 286,  
287, 290, 293, 295, 296, 307, 314, 320, 321,  
327, 329, 330, 335, 343, 347, 349, 351, 353,  
372, 379, 382, 384, 385, 386, 389, 399, 401,  
406, 426, 432, 444, 445, 450, 451, 452, 453,  
455, 460, 466, 475, 477, 481, 494, 501, 503,  
504, 506, 514, 536, 538, 540, 541, 542, 543,  
544, 545, 546, 547, 548, 549, 574, 599, 600,  
601, 603, 606, 607, 609, 616, 617, 625, 630,  
663, 684

## W

Westminster, 1, 4, 5, 8, 10, 15, 16, 18, 19, 21, 24,  
29, 30, 31, 32, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 46,  
75, 76, 88, 90, 93, 104, 125, 127, 128, 131, 133,  
135, 143, 147, 151, 153, 158, 162, 171, 177,  
188, 194, 228, 231, 239, 241, 245, 247, 255,  
256, 258, 259, 263, 271, 272, 273, 274, 275,  
276, 277, 281, 287, 289, 290, 294, 296, 297,  
321, 322, 343, 347, 348, 349, 353, 355, 357,  
358, 367, 372, 373, 377, 378, 380, 382, 384,  
386, 402, 418, 429, 430, 431, 432, 436, 440,

444, 445, 450, 451, 453, 458, 459, 460, 461,  
471, 472, 473, 480, 481, 506, 509, 538, 546,  
550, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565,

566, 567, 569, 570, 571, 573, 574, 575, 579,  
581, 584, 585, 656, 658, 663, 665, 684

## **Table des matières**

Thèse de Doctorat / décembre 2022 .....	1
<b><i>Introduction : Des épigones et de leur source</i></b> .....	<b>9</b>
I – Le caractère idéalisé de la constitution britannique : un discours sur la constitution .....	12
II – De la constitution historique à la constitution juridique : la question des conventions de la constitution .....	19
III – Vers une perte du particularisme britannique .....	25
IV – L’intérêt d’étudier les épigones de Westminster .....	29
<b><i>Partie 1<sup>ère</sup> : la construction de l’ordre constitutionnel des épigones de Westminster</i></b> .....	<b>38</b>
<b>Titre 1 : Les premières constitutions coloniales – L’écrit comme outil d’administration</b> .....	<b>44</b>
Chapitre 1 : L’établissement de la présence britannique dans les dominions .....	47
Section 1 : L’établissement de la souveraineté britannique en Amérique du Nord canadienne .....	48
Sous-section 1 - Les premières expériences de colonisation du Canada .....	48
A – L’établissement de la présence française en Nouvelle-France .....	49
B – La guerre de Sept Ans .....	52
Sous-section 2 – Le premier gouvernement militaire au Canada.....	55
A – Une organisation centralisée .....	55
B – La critique du système en vigueur .....	58
Section 2 : L’établissement de la souveraineté britannique en Australasie .....	61
Sous-section 1 – L’établissement de la colonie de Nouvelle-Galles du Sud, point de départ de la présence britannique en Australie .....	62
A – La colonie de la Nouvelle-Hollande, solution au problème de la surpopulation carcérale .....	63
B – L’influence déterminante de Lord Sydney .....	65
Sous-section 2 – L’établissement de la présence britannique en Nouvelle-Zélande .....	68
A – L’annexion de la Nouvelle-Zélande .....	68
B – Le Traité de Waitangi 1841 .....	72
<b>Conclusion : l’unité dans la diversité</b> .....	<b>75</b>
Chapitre 2 : Les premières lois portant constitutions pour les dominions, fondement des premières gouvernements .....	76
Section 1 – L’administration coloniale dans l’Amérique du Nord canadienne .....	77

Sous-section 1 – La proclamation de 1763 et le Quebec act de 1774 : premières chartes de gouvernement .....	78
A – La proclamation royale de 1763 .....	78
B – Le besoin d’un nouveau cadre institutionnel .....	83
Sous-section 2 – Le Quebec Act 1774.....	85
A – L’adoption du <i>Quebec Act</i> .....	85
B – L’échec du <i>Quebec Act</i> .....	88
Section 2 : L’administration des colonies en Australasie.....	92
Sous-section 1 – 1787-1828 d’un gouvernement autoritaire à un gouvernement limité ...	92
A – Le gouvernement de Nouvelle-Galles du Sud .....	93
B – Le développement au-delà de la Nouvelle-Galles du Sud .....	106
Sous-Section 2 – L’administration coloniale en Nouvelle-Zélande.....	117
A – La première charte de gouvernement du 16 novembre 1840 .....	118
B – La première constitution formelle de 1846 .....	119
Conclusion : Les balbutiements d’une autonomie locale .....	125
<b>Conclusion du titre 1 – Les premières constitutions coloniales, une stratification formelle.....</b>	<b>127</b>
<b>Titre 2 : La plume au service de l’idée – L’essor du formalisme constitutionnel ...</b>	<b>130</b>
Chapitre 3 : L’éclosion du système de gouvernement parlementaire – l’essor de l’idée en creux de la plume .....	135
Section 1 : L’octroi formel du régime représentatif – étape vers le gouvernement parlementaire .....	140
Sous-section 1 : La lutte pour l’autonomie locale au Canada.....	140
A – L’expérience de 1791 - Une conception restrictive du système représentatif	141
B – Le projet de William Grenville –Formalisation a minima de la Constitution britannique .....	149
Sous-Section 2 – L’échec d’un système représentatif de conception limitée - L’idée résiste à la plume .....	153
A – L’échec de l’expérience de formalisation de 1791 .....	154
B – Au-delà du Constitutional Act 1791 .....	158
Section 2 – La mise en œuvre du régime représentatif de conception limitée en Australasie .....	168
Sous-section 1 : L’Australian constitution Act 1842 .....	170
Sous-section 2 : Les dispositions du Constitutional Act de 1852 de Nouvelle-Zélande .	178
Conclusion : la lecture restrictive des premières constitutions coloniales portant mise en œuvre du régime représentatif .....	182

Chapitre 4 : L'enracinement du gouvernement parlementaire – La formalisation de l'idée en creux de la plume .....	184
Section 1 : Un changement de paradigme institutionnel .....	187
Sous-Section 1 : Le rapport Durham, apparente redéfinition du cadre institutionnel .....	188
Sous-section 2 – Le développement du gouvernement responsable au Canada et en Nouvelle-Zélande.....	197
A – Le Canada, exemple d'une redéfinition des règles du jeu institutionnel ____	199
1– Les revendications dans les provinces du Canada .....	201
2 – Charles Poulett Thomson, Lord Sydenham entre continuité et rupture .....	206
3 – Charles Bagot, une avancée peu connue .....	212
4 – Lord Metcalfe, un système à l'épreuve de la régression .....	216
5 – Henry Grey, un tournant dans la mise en œuvre du gouvernement responsable .....	224
6 – Joseph Howe et la Nouvelle-Ecosse.....	224
7 – James Bruce Lord Elgin, la dernière étape .....	229
B – La Nouvelle-Zélande, héritière de la lutte politique du Canada .....	232
Sous-section 3 : L'expérience australienne, le formalisme en creux .....	240
A- L'Australian Constitutions Act de 1850 .....	241
B -Les premières constitutions dans les colonies australiennes .....	248
1 – Le processus d'adoption des lois portant constitution pour les colonies australiennes .....	248
2 – Le minimalisme formel reflète d'une évidence constitutionnelle .....	252
Section 2 – La rédaction des constitutions nationales et l'évolution des rapports avec la métropole.....	259
Sous-Section 1 – La rédaction des constitutions nationales .....	259
A – Les choix de formalisation.....	259
B – Le développement constitutionnel – La révélation de la constitution par le juge. ....	267
Sous-section 2 – La reconnaissance juridique de l'autonomie des dominions par la métropole .....	271
A – Le statut de Westminster .....	272
B – Les Australia acts 1986 .....	275
Conclusion : l'écrit au service de l'idée .....	281
<b>Conclusion du titre 2 : constitution formelle et système de gouvernement.....</b>	<b>283</b>
<b><i>Conclusion de la première partie : La Constitution britannique faisant modèle .</i></b>	<b><i>285</i></b>

***Partie 2 – La plume moderne – Codification et formalisation dans les épigones de Westminster..... 289***

**Titre 3. L'idée contre la plume – La concrétisation par le conflit ..... 292**

Chapitre 5 – Le désaccord australien de 1975 – Un exemple à plusieurs facettes..... 295

Section 1 : retour sur les faits de la crise de novembre 1975 : crise institutionnelle sur fond de scandale politique ..... 297

Sous-section 1 : les antécédents institutionnels et politiques ..... 298

A - La position inconfortable du gouvernement Whitlam ..... 298

B - La double dissolution d'avril 1974 ..... 299

C - *The Loans Affair* – Versant politique d'une crise constitutionnelle latente \_\_ 301

Sous-section 2 : le blocage institutionnel de 1975 ..... 303

A - L'attribution des sièges au Sénat – La question secondaire de la violation d'une convention de la Constitution australienne ..... 303

B - La question du vote du budget par le Sénat, pierre angulaire de la crise – 15 octobre 1975 ..... 306

C - La divergence d'analyse sur l'équilibre institutionnel en 1975 ..... 311

Sous-section 3 : vers la fin de la crise – Novembre 1975 ..... 314

A - Le renvoi de Gough Whitlam ..... 314

B - L'arbitrage royal ..... 317

C - Les conséquences immédiates de la crise ..... 318

Section 2 : les rapports entre les chambres du parlement, transposition discutable des règles britanniques dans le cadre de la fédération australienne ..... 321

Sous-section 1 : l'interdiction de priver un gouvernement de subsides – une règle non codifiée remise en question ..... 322

Sous-section 2 : l'existence discutable d'une convention de la constitution ..... 327

A- Une application variable de la convention dans les colonies australiennes et les états australiens ..... 330

B- Le « compromis de 1857 » et les tentatives de codifications de ces règles \_ 332

C - L'usage de l'article 53 depuis 1901 ..... 336

Sous-section 3 : la pratique du rejet d'une loi de nature financière dans les autres parlements des dominions et en Angleterre..... 340

A- Un usage désuet en Angleterre ..... 340

B- Un usage inexistant au Canada ..... 341

C- La Nouvelle-Zélande : le lent affaiblissement de la seconde chambre ..... 343

Conclusion : une crise reflète des multiples facettes du droit constitutionnel ..... 347

Chapitre 6 – Les conflits dans l'exercice de la prérogative royale – Les limites de la codification ..... 349

Section 1 : la sanction royale, le refus de promulgation et le contrôle des lois dans les dominions : illustration d'une compétence sous-jacente .....	353
Sous-section 1 – La sanction royale une prérogative progressivement tombée en désuétude.....	353
A - La sanction royale : une prérogative exercée sur l'avis du Parlement ou du cabinet .....	359
B – La survie discutable du veto royal .....	366
Sous-section 2 - Les prérogatives de réserve et de désaveu, vestiges de l'Empire .....	375
A – Une désuétude issue tant de la pratique que de la formalisation constitutionnelle .....	378
B – De l'usage mesuré, à la désuétude .....	380
Section 2 – La dissolution et la prorogation .....	386
Sous-section 1 : les tentatives de consolidations et de systématisation dans le recours à la dissolution .....	389
A- le rejet de la requête de dissolution anticipée : une volonté de limiter l'influence du chef du gouvernement .....	393
B - Le bilan nuancé des expériences de formalisation de la dissolution .....	411
Sous-section 2 – La prorogation : une règle faussement désuète.....	427
A – Le refus d'accorder une prorogation afin de préserver le principe du gouvernement responsable .....	428
B - Les expériences de codification de la prorogation .....	437
Conclusion : l'impossible codification de la prérogative royale .....	444
<b>Conclusion du titre 3 : les illusions de la codification .....</b>	<b>446</b>
<b>Titre 4 – Réconcilier l'idée et la plume – Le renouveau du formalisme .....</b>	<b>450</b>
Chapitre 7 – Les <i>Cabinet manuals</i> outils de reconnaissance de la flexibilité constitutionnelle .....	453
Section 1 – Genèse et développement de l'outil.....	455
Sous-section 1 – Le développement du phénomène en Angleterre .....	455
A – Un phénomène ancien .....	456
B – Un phénomène renouvelé .....	457
Sous-section 2 – Les <i>Cabinet manuals</i> dans les épigones de Westminster .....	458
A – L'apparition du phénomène .....	458
B – Le poids des <i>Cabinet manuals</i> .....	459
Section 2 – Les incidences de la reconnaissance .....	461
Sous-section 1 – L'appréhension du phénomène par le juge .....	461
A – Les règles de conduites appliquées au juge .....	461
B – Le juge face à la reconnaissance des règles conventionnelles .....	464

Sous-section 2 – Incidence de cette reconnaissance sur les règles conventionnelles .....	468
A – L’essor de nouvelles pratiques .....	468
B – Palliatif à la cristallisation de règles conventionnelles .....	472
Conclusion : les <i>Cabinet manuals</i> , des miroirs au gouvernement .....	476
Chapitre 8 – Les règles de transition en période électorale : une pratique institutionnelle fondée sur la logique de réciprocité .....	479
Section 1 : Une règle de comportement admise de longue date .....	481
Sous-Section 1 : Une convention fondée sur le bon sens .....	482
A – Une règle de comportement fondée sur le bon sens, admise de longue date en Angleterre .....	482
B – Une existence reconnue et formalisée récemment dans les dominions .....	487
Sous-Section 2 : la durée variable de la période de transition .....	496
A – L’annonce de la dissolution, point de départ de la transition (la période pré-électorale) .....	496
B – Les <i>hung parliaments</i> : prolongement de la période de transition au-delà des élections .....	501
Sous-Section 3. Une pratique institutionnelle de nature hybride .....	505
A – Une règle liée à l’art de gouverner .....	505
B – Le rôle grandissant des fonctionnaires : gardiens du <i>statu quo</i> .....	508
Section 2 : la pratique de la convention de transition, reflet d’une pratique politique .....	513
Sous-Section 1 : la question des décisions politiques « significatives » .....	514
A – Contour général de la règle .....	514
B – Une application à géométrie variable au regard du sujet considéré .....	517
Sous-section 2 : La question des nominations .....	523
A – Contour général de la règle .....	523
B – Une application uniforme de la règle .....	526
Sous-section 3 : la question des contrats .....	528
A – Le contour général de la règle .....	528
B – Quelques cas litigieux .....	530
Conclusion : une convention nécessaire mais à la portée discutable .....	535
<b>Conclusion du titre 4 – Une classification de la reconnaissance des règles de fonctionnement du système de gouvernement .....</b>	<b>538</b>
<b><i>Conclusion de la Partie 2 : Codification et formalisme, deux mécanismes complémentaires.....</i></b>	<b>543</b>
<b><i>Conclusion : l’héritage de Westminster, de la constitution d’un cadre à celle d’un ordre.....</i></b>	<b>546</b>

<b><i>Bibliographie</i></b> .....	<b>550</b>
<b><i>Table des annexes</i></b> .....	<b>597</b>
<b><i>Index des noms propres</i></b> .....	<b>669</b>
<b><i>Index des notions</i></b> .....	<b>671</b>

## **Résumé :**

La notion de constitution reste, en dépit de la longue histoire du constitutionalisme libéral moderne, une source de perplexité et de questionnements pour les juristes. De nombreux citoyens comme certains juristes, politistes ou historiens la résumant à un texte solennel encadrant l'organisation et l'exercice du pouvoir politique dans un Etat, « une loi suprême », en somme. Toutefois, cette définition conduirait à exclure le cas du Royaume-Uni. Il est bien connu que le constitutionnalisme britannique repose sur ce qu'il est convenu d'appeler une constitution essentiellement coutumière. C'est dans ce contexte que sont apparues ce que la doctrine appelle, depuis Dicey, des conventions de la constitution, normes non codifiées permettant le fonctionnement de l'ordre constitutionnel. L'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande sont trois anciens Dominions pétris par la culture britannique, ayant transposé son système de gouvernement. Ils présentent la particularité d'être chacun dotés de textes constitutionnels à prétention (quasi) complète et systématique, bref d'une constitution formelle. Il est pourtant notoire que les conventions de la constitution ou, plus généralement, les normes non codifiées jouent également un rôle important dans ces épigones. La présente recherche se propose d'étudier la construction progressive des ordres constitutionnels dans ces trois pays, tant en ce qui concerne l'écrit que les normes non codifiées, la coexistence et l'articulation contemporaines entre ces deux composantes fondamentales. Elle se comprendra comme une contribution à la problématique de la définition et du lien entre les notions de constitution et de système de gouvernement.

### *Descripteurs :*

Ordre constitutionnel, système de gouvernement, système parlementaire, convention de la constitution, self-government, codification, Australie, Canada, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, colonies, Westminster.

### **Title and Abstract:**

#### **Constitution and system of government in epigones of Westminster. The limits of legal formalism in Australia, Canada and New-Zealand.**

The very notion of constitution remains, despite the long history of modern liberal constitutionalism, a source of perplexity and puzzling for jurists. Many citizens, like some jurists, political scientists or historians, summarize it as a solemn text framing the organization and exercise of political power in a state, "a supreme law", of short. However, this definition would lead to exclude the case of the United Kingdom. It is well known that British constitutionalism rests on what is known as an unwritten constitution. It is in this context that bloomed what the doctrine calls, since Dicey, conventions of the constitution, non-codified norms allowing the functioning of the constitutional order. Australia, Canada and New Zealand are three former Dominions groomed by British culture, having transposed its system of government. They have the particularity of being each endowed with constitutional texts claiming to be (almost) complete and systematic, in short, a written constitution. It is however well known that the conventions of the constitution or, more generally, the uncoded norms also play an important role in these former British colonies. This research aims to study the progressive development of constitutional orders in these three countries, both in terms of writing and uncoded norms, the contemporary coexistence and link between these two fundamental elements. It will be understood as a contribution to the question of the definition and the connexion between the notions of constitution and system of government.

### *Keywords:*

Constitutional order, system of government, parliamentary system, convention of the constitution, self-government, codification, Australia, Canada, New-Zealand, United Kingdom, colonies, Westminster.