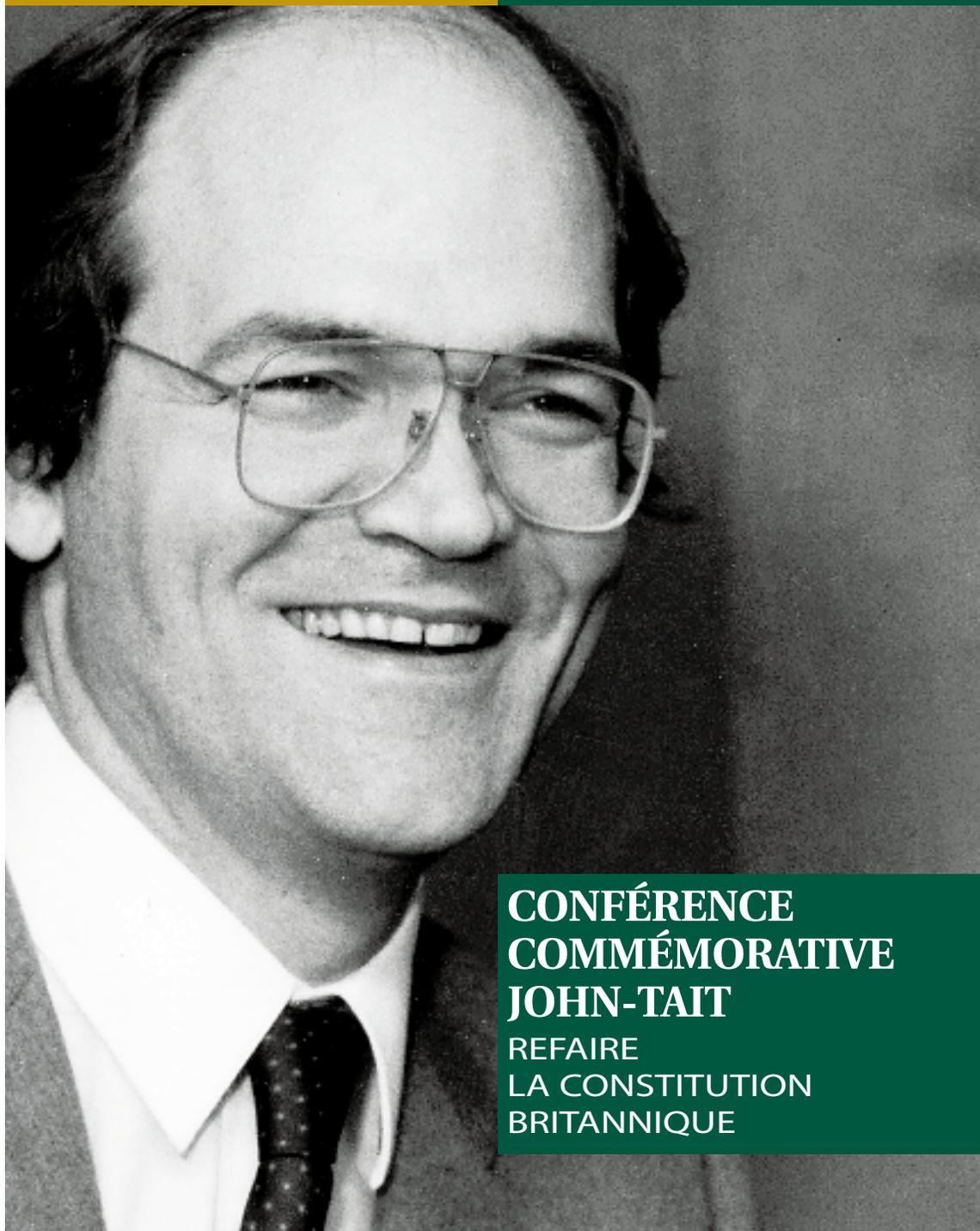


AU SERVICE DES CANADIENS



**CONFÉRENCE
COMMÉMORATIVE
JOHN-TAIT**
REFAIRE
LA CONSTITUTION
BRITANNIQUE

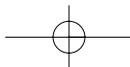


Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada



McGill

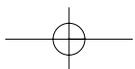
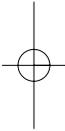
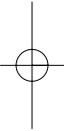


Conférence commémorative John-Tait

Refaire la Constitution britannique

Exposé de M. Geoffrey Marshall
Membre de la British Academy
Professeur émérite du collège Queen
Université d'Oxford

Devant la Faculté de droit
Université McGill
Montréal (Québec)
Le jeudi 5 octobre 2000



Stephen Scott

Messieurs les juges, mesdames et messieurs, je m'appelle Stephen Scott et j'enseigne ici, à l'Université McGill. Au nom du ministère de la Justice, qui est représenté ce soir par son sous-ministre, M. Morris Rosenberg, et de la faculté de droit de l'Université McGill, que représente son doyen, M. Peter Leuprecht, je vous souhaite la plus cordiale bienvenue.

Lors de certains banquets du Queen's College d'Oxford, où notre conférencier, Geoffrey Marshall, a oeuvré pendant plus de 40 ans, la tradition veut que les convives se passent de main à main une ancienne corne à boire saxonne remplie de bière et d'hydromel. Avant de boire, chacun dit à son voisin :

« *In memoriam absentium, in salutem praesentium.* »

Autrement dit, « à la mémoire des absents et à la santé des personnes présentes ». À l'occasion de cette première conférence honorant la mémoire de notre éminent ancien, John C. Tait, dont les parents sont présents ici ce soir, nous avons la chance d'avoir parmi nous l'actuel sous-ministre de la Justice, qui nous parlera brièvement de la vie et de l'oeuvre de John Tait. Monsieur Rosenberg.

Université McGill
Le 5 octobre 2000

PRINCIPAUX INTERVENANTS :

Président : Stephen Scott, professeur, faculté de droit, Université McGill
Morris Rosenberg, sous-ministre de la Justice
Peter Leuprecht, doyen, faculté de droit, Université McGill
Conférencier : M. Geoffrey Marshall, membre de la British Academy

Morris Rosenberg

Merci, professeur Scott.

Membres de la magistrature, collègues de John, mesdames et messieurs, je vous souhaite la bienvenue à la première Conférence commémorative John-Tait. Je salue en particulier la femme de John, Sonia Plourde, ses parents, Jack et Eleanor Tait, et son frère, David.

Avant que le professeur Scott présente notre éminent conférencier, j'aimerais rappeler brièvement l'origine de cette manifestation, et ce qu'elle représente.

Cette première conférence, parrainée conjointement par le ministère fédéral de la Justice et la faculté de droit de l'Université McGill, honore la mémoire de John Tait, qui fut pour beaucoup d'entre vous un ami, un collègue et un mentor.

Permettez-moi de vous dire un mot de ses antécédents.

John Tait était un érudit et un fonctionnaire éminent. Il était diplômé de la faculté de droit de McGill ainsi que des universités de Princeton et d'Oxford. Il convient donc que deux de ces trois établissements soient associés à la première d'une série de conférences qui porte son nom.

John vient d'une famille distinguée de fonctionnaires qui allient un amour profond du Canada à un parti pris pour l'usage de la raison dans l'administration des affaires de l'État. Son aptitude à évaluer rigoureusement les mérites et les faiblesses de politiques publiques lui a permis d'apporter des contributions remarquables à beaucoup de dossiers gouvernementaux importants, dont la législation fédérale sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels, la Loi sur les langues officielles, et la *Charte canadienne des droits et libertés* aux premières étapes de son élaboration et de son application au gouvernement du Canada.

John Tait avait gagné l'estime de la collectivité autochtone pendant son mandat au ministère des Affaires indiennes

Refaire la Constitution britannique

et du Nord canadien, de 1981 à 1983. Travaillant en étroite collaboration avec les Cris de la baie James au cours d'une période caractérisée par la méfiance et l'absence de respect, il avait instauré un sens des valeurs et du respect.

Sous-ministre de la Justice de 1988 à 1994, John Tait avait fait sa marque au Ministère, au gouvernement dans son ensemble et dans les milieux juridiques du Canada. Il avait mis la main à plusieurs des grands dossiers de l'heure, des relations avec les Premières Nations aux travaux de modernisation du cadre constitutionnel qui préside au fonctionnement de la fédération canadienne, en passant par la révision de l'approche du gouvernement touchant l'évaluation environnementale. Et ce n'est là qu'un petit échantillon.

John Tait avait un grand nombre d'excellentes qualités, dont un ferme attachement aux principes et aux applications pratiques du droit public, une grande affection pour le Québec et pour Montréal, où il avait grandi, et une passion pour son pays. Il nous est donc paru à propos que l'Université McGill organise cette conférence. Lorsque nous avons abordé la question avec Peter Leuprecht, il a accepté notre suggestion rapidement et généreusement, et je tiens à le remercier, de même que ses collègues, et plus particulièrement le professeur Stephen Scott, de leur coopération.

Je suis très heureux, comme John l'aurait été, de voir une assistance aussi nombreuse ici, ce soir. Nous allons entendre un exposé stimulant qui, j'en suis certain, sera suivi d'une discussion animée. Nul doute qu'au cours de la soirée, nombre d'entre nous penseront à John et le sentiront peut-être même présent parmi nous, en train d'écouter attentivement, de prendre des notes illisibles et de poser des questions pénétrantes. Je vous remercie.

Stephen Scott

Merci, monsieur le sous-ministre.

Geoffrey Marshall est originaire du nord de l'Angleterre. Il a fait ses études à l'école Arnold, à Blackpool, et à l'Université de Manchester, et il a obtenu son doctorat à Glasgow. Une bourse de recherche du Nuffield College l'a amené à Oxford en 1955, et il n'en est jamais reparti. Il a d'abord occupé les fonctions d'associé et de directeur des études de politique au Queen's College, de 1957 à 1993, puis celles de principal du collège jusqu'en août 1999. Il est maintenant membre émérite du Collège et, depuis 1971, membre de la British Academy.

Ce soir, toutefois, nous accueillons M. Marshall en sa qualité non seulement d'éminent érudit de l'étranger, mais aussi d'ancien membre de cette faculté. Il a en effet enseigné ici, pendant le trimestre universitaire d'automne 1977-1978, l'interprétation des lois et la théorie du droit. Il me faut résister presque complètement à la tentation d'énumérer ses nombreux talents et distinctions. Toutefois, il pourrait vous intéresser de savoir qu'il a fait partie à un moment donné d'une équipe de soccer de Blackpool. Il a aussi connu la mêlée de la politique au sein du conseil municipal d'Oxford, de 1965 à 1974, à titre de conseiller choisi par l'Université. En 1970-1971, il a été le tout dernier shérif de la ville d'Oxford avant, comme il le dit, que le poste de conseiller universitaire ne soit aboli, en 1974, au motif que ses titulaires présentaient « un danger pour la démocratie. » À titre de shérif, il avait pour fonction annuelle de rassembler les chevaux et les bestiaux qui paissaient illégalement dans le pré du port. « Selon la tradition, le shérif menait une petite troupe de cavaliers. Comme je n'avais ni troupe ni cheval, je pense que j'employais une bicyclette », explique-t-il. C'est là, vous en conviendrez, un exemple par excellence d'initiative pratique et d'économie dans l'exercice direct du gouvernement.

Refaire la Constitution britannique

M. Marshall est l'auteur de nombreux ouvrages savants portant principalement sur la théorie, le droit et la pratique constitutionnels; il a par ailleurs écrit quelques sketches satiriques et comiques. Son style se caractérise par un humour subtil et par la perspicacité, la clarté et la légèreté de touche. Quelquefois, ses essais satiriques divertissent les lecteurs de revues savantes comme le *McGill Law Journal* où, en 1978, il a publié un article intitulé « Cultural Sovereignty in the U.K. : A Glance Ahead » traitant d'une loi écossaise fictive dite *Loi officielle du vêtement*, modelée sur la *Charte de la langue française du Québec*. Dans son exposé de ce soir, il fera un tour d'horizon de l'évolution constitutionnelle au Royaume-Uni.

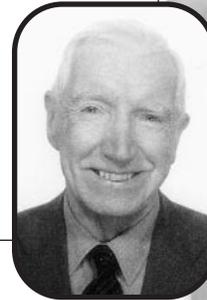
Refaire la Constitution britannique

CONFÉRENCE COMMÉMORATIVE JOHN-TAIT

10

Refaire la Constitution britannique

Geoffrey Marshall



La mention, dans *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, selon laquelle le Canada devrait avoir une constitution semblable, en principe, à celle du Royaume-Uni, signifiait sans aucun doute que son gouvernement et son régime parlementaire devaient s'inspirer de ce que l'on appelait, pas très précisément, le modèle de Westminster. Celui-ci n'est cependant pas ce qu'il était alors, car il a subi des transformations importantes et accélérées à partir d'un certain moment du XX^e siècle que, pour la commodité, nous fixerons à 1972.

J'aimerais parler de ces transformations et peut-être examiner d'abord pourquoi elles se sont tellement étalées dans le temps. Cela s'explique en partie par le fait que ni l'un ni l'autre des deux grands partis politiques n'a abordé la réforme constitutionnelle de manière très radicale. Le Parti travailliste compte une aile fortement traditionnaliste à l'égard des institutions, et le Parti conservateur a pour sa part eu M^{me} Margaret Thatcher à la barre pendant assez longtemps. Le Parti travailliste, d'une part, et M^{me} Thatcher, de l'autre, étaient des forces irrésistibles. Je ne veux pas dire que M^{me} Thatcher était opposée à toute modification des institutions. Elle a imposé des changements radicaux aux administrations locales ainsi qu'à la fonction publique, qu'elle a décentralisée en confiant une grande partie de ses activités à des organismes exécutifs partiellement détachés. Elle a en outre adapté le système de cabinet britannique et les moeurs de la responsabilité ministérielle collective à sa propre conception de la gouvernance. De fait, certaines des personnes présentes à la première séance de son cabinet ont déclaré que celle-ci leur avait rappelé la réunion du duc de Wellington avec ses collègues du Cabinet. (« Ç'a été inouï », avait déclaré le duc, « je leur ai donné leurs instructions et ils

ont voulu rester pour les discuter ».) À un certain moment, les observateurs étaient portés à dire que la notion de gouvernement par un premier ministre était plus naturelle pour la philosophie respectueuse du Parti conservateur que pour le pluralisme que l'on pouvait attendre du Parti travailliste. Mais qui peut croire cela maintenant? Le système de cabinet britannique dans sa forme traditionnelle semble avoir évolué de la même manière, quel que soit le parti au pouvoir. Bien sûr, il est vrai — comme nous le révèle la mortalité de M^{me} Thatcher — que, dans un système parlementaire, la survie des premiers ministres dépend de l'appui de leur parti. Néanmoins, pour ce qui est de leur mode de fonctionnement, les deux partis se sont montrés disposés à tolérer et à appuyer un système de prise de décision que l'on peut qualifier de présidentiel et qui se manifeste sans inhibition au sein du gouvernement Blair. L'une de ces manifestations est une forme de bilatéralisme dans les relations ministérielles. Un ministre de premier plan a décrit celui-ci en termes de gestion. « Le premier ministre agit à titre de président d'un certain nombre de filiales, et les ministres sont appelés à lui rendre des comptes chacun pour soi¹. » Même si le sens de la Constitution s'en trouve modifié, je ne pense pas que la suppression de la prise de décision collective représente un sujet de plainte constitutionnelle légitime, ni une violation de la doctrine de la responsabilité ministérielle. Pourvu que le Parlement sache clairement à quels ministres incombe la responsabilité de quels éléments du programme gouvernemental, il n'est pas nécessaire que ceux qui en rendent compte soient les concepteurs ou les initiateurs des politiques en question.

¹ M. Jack Straw (ministre de l'Intérieur), cité dans Peter Hennessy, *The Prime Minister: The Office and its Holders since 1945*, 2000, p. 523.

Il a été clair dès le début que le programme législatif du gouvernement Blair serait dominé par les questions constitutionnelles. Douze projets de loi constitutionnels ont en effet été présentés au cours de la première année de son mandat. Ils ont été suivis par d'autres prévoyant, entre autres, le transfert de pouvoirs à l'Écosse, au pays de Galles et à l'Irlande du Nord, la réforme de la Chambre des lords, des modifications touchant la loi électorale et les partis politiques, et l'adoption d'une loi sur les droits de la personne destinée à intégrer la *Convention européenne des droits de l'homme*. Ces mesures législatives, prises ensemble, représentent une tentative de remodeler le cadre constitutionnel du Royaume-Uni en modifiant sa nature unitaire, le caractère de sa législature, les relations entre les organes du gouvernement et certains des éléments fondamentaux de son système juridique. Nous ne devons cependant pas supposer que les changements constitutionnels ont commencé en 1997. La législation actuelle n'est que l'étape la plus récente d'un processus de transformation dont la source et l'inspiration ne sont pas uniquement le fait de M. Blair et du Parti travailliste nouvelle manière.

L'influence du Commonwealth

L'une de ces influences, passée inaperçue à de nombreux égards, a été le Commonwealth. Au cours de la première moitié du XX^e siècle, l'idée de commerce des institutions politiques évoquait principalement l'exportation du modèle de Westminster. Pendant la deuxième moitié du siècle, l'inspiration a suivi une orientation importante en sens inverse. Pensons, par exemple, aux trois aspects clés du système britannique exposés dans l'ouvrage classique du professeur A.V. Dicey sur la Constitution², soit la souveraineté du

Parlement, les conventions de la Constitution et la primauté du droit. Il est évident que leur forme actuelle a été fortement influencée par l'évolution constitutionnelle qui s'est produite au Canada, en Nouvelle-Zélande, en Australie et en Afrique du Sud. Voyons quelques exemples. Les décisions capitales rendues par la Haute Cour d'Afrique du Sud dans les années 1950, à partir de l'affaire *Harris c. Minister of the Interior*³, qui ont défini les pouvoirs souverains du Parlement sud-africain, alliées aux décisions relatives aux pouvoirs d'inscription législative en Australie⁴, ont suscité une révision de la théorie traditionnelle de la souveraineté au Parlement du Royaume-Uni. Cela influe sur la question fondamentale de la capacité du Parlement de fixer des limites procédurales à l'exercice futur de ses propres pouvoirs. Les parlements souverains — et peut-être surtout les parlements souverains — devraient également avoir cette capacité. Les tribunaux britanniques n'ont malheureusement pas encore eu l'occasion de nous dire si la Reine constituée en parlement la possède ou non.

Dans le cas des conventions constitutionnelles, nous trouvons de nouveau une chose qu'aucun tribunal britannique ne nous a donnée, soit l'exposition, principes à l'appui, de la nature des conventions et de leur rapport avec la primauté du droit, faite dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada en 1981⁵ relativement au rapatriement de la

2 *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1^{re} éd., 1885), 10^e éd., sous la direction de E.C.S.Wade, 1959.

3 (1952) (2) S.A. 428. (Appellate division of the Supreme Court). Voir également *Bribery Commissioner c. Ranasinghe* [1965] A.C. 172 (P.C.).

4 En particulier *Attorney-General for New South Wales c. Trethowan* (1931) 44 C.L.R. 394 (H.C. of A.), appel *Trethowan c. Peden*, (1930) S.R. (N.S.W.) 183 (S.C. or N.S.W.) Appel devant le Conseil privé, [1932] A.C. 526.

5 *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada* (1982) 125 D.L.R. (3d) 1 C.S.C.; également *Affaire procureur général du Québec et procureur*

Refaire la Constitution britannique

Constitution. Ces principes pourraient fort bien avoir une incidence sur l'examen des relations du Parlement de Westminster avec le Parlement écossais et les organes de la Communauté européenne.

Voyons maintenant la primauté du droit. Dans ce cas, l'adoption de la Charte des droits et libertés par le Canada et celle d'une déclaration des droits par la Nouvelle-Zélande, en 1990, ont renforcé le mouvement d'opinion britannique favorable à l'inscription de garanties semblables dans la législation du Royaume-Uni. Considérons en outre l'assujettissement croissant de l'administration au contrôle parlementaire et judiciaire dans les années 1960. L'adoption, par le gouvernement Wilson, d'un régime d'ombudsman inspiré directement du commissaire parlementaire de la Nouvelle-Zélande et modelé sur celui-ci, a constitué une étape importante de ce processus. On a suivi, en l'occurrence, l'exemple et la nomenclature du Commonwealth de préférence aux autres modèles offerts par la France et par la Scandinavie — peut-être parce que personne ne pouvait prononcer les mots « Conseil d'État » ou ne savait quel était le pluriel d'« ombudsman ».

Comme dernier exemple, nous pourrions aussi dire que l'Australie et le Canada ont donné des leçons aux gouvernements britanniques en matière de législation sur la liberté de l'information et de surveillance démocratique des activités de renseignement et de sécurité. La décision des tribunaux australiens dans l'affaire *Spycatcher* a certainement influé sur l'attitude adoptée par les tribunaux britanniques dans

général du Canada (1982) 140 D.L.R. (3d) 385 (C.S.C.). La meilleure analyse détaillée de la nature de la convention a été faite par un spécialiste de science politique canadien, M. Andrew Heard, dans *Canadian Constitutional Conventions; The Marriage of Law and Politics*, 1991.

des causes subséquentes relatives à des secrets officiels⁶. Il faut dire que, dans ce domaine, les gouvernements britanniques de toutes les couleurs ont été lents à suivre la voie tracée par le Commonwealth. Il est possible, mais peu probable, que le gouvernement britannique connaisse plus de secrets — ou des secrets plus gros ou plus complexes — que les gouvernements australien ou canadien. Au dire des Britanniques, il existe deux sortes de secrets : les simples et les complexes. Le secret simple s'entend du cas où on sait qu'il y a quelque chose que l'on ne sait pas. Et le secret complexe est quelque chose qu'on ignore ne pas savoir. On peut peut-être confier les secrets du premier genre aux comités spéciaux de la Chambre des communes, mais pas les seconds.

La Communauté européenne et la Constitution

La deuxième source de modification de la Constitution depuis les années 1970, et la plus évidente, a été l'adhésion de la Grande-Bretagne à la Communauté européenne. La législation du Royaume-Uni s'étoffe constamment de règles promulguées par les organes de la Communauté ou créées par les décisions de la Cour de justice européenne. L'application des règles et directives de la Communauté se fait en grande partie au moyen de textes réglementaires qui modifient des lois existantes. De janvier à septembre 2000, par exemple, plus de 140 règlements ont été publiés en Angleterre, en Écosse et au pays de Galles. Ils ont porté, entre autres choses, sur le gouvernement local, la taxe sur la valeur ajoutée, la marine marchande, la télédiffusion, les pesticides, les substances explosives, l'urbanisme et le rurbanisme, la publicité trompeuse, la pêche en mer et

⁶ P. ex. *Lord Advocate c. Scotsman Publications Ltd* [1990] 1 A.C. 812.

Refaire la Constitution britannique

les aliments génétiquement modifiés. Tout cela élargit considérablement la gamme des documents juridiques que doivent consulter les personnes qui ont besoin de savoir ce que permet la loi du Royaume-Uni — dans sa forme génétiquement modifiée. Un importateur de denrées alimentaires, par exemple, agirait à ses risques et périls si lui-même ou ses conseillers juridiques ne consultaient pas, disons, le décret intitulé *Food (Peanuts from Egypt) (Emergency Control) (England and Wales) Order*, qui met en vigueur la directive n° 49 de 2000 de la Communauté européenne. En théorie, la législation de la Communauté est imprégnée de l'idée de subsidiarité, selon laquelle on devrait laisser aux administrations locales le soin de réglementer les affaires locales. Mais, quelles que soient les autres matières auxquelles elle s'applique, la subsidiarité ne semble pas s'étendre aux arachides. Ni, d'ailleurs, aux concombres, comme en fait foi le règlement 1677 de 1988, selon lequel les concombres de bonne classe ne doivent pas présenter une courbure de plus de 10 millimètres par 10 centimètres de longueur.

La pêche en mer est peut-être une question non subsidiaire, et elle a été au centre du litige dans l'affaire *R. c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, dans laquelle, à la suite d'une décision de la Cour de justice européenne, la Chambre des lords a statué pour la première fois, en 1991, qu'une loi du Parlement — la *Merchant Shipping Act* de 1988 — devait être traitée comme inopérante, ou inappliquée, en raison de son incompatibilité avec la législation de la Communauté. Cela a amené de nombreuses personnes à demander si l'on avait abandonné ou détruit petit à petit la souveraineté du Parlement. À mon sens, la réponse est que

7 [1991] 1 A.C. 603 (H.L.).

la souveraineté du Parlement existe toujours, mais qu'elle a été ébranlée par certains actes de violence. On peut soutenir que, dans les affaires comme *Factortame*, les tribunaux doivent simplement appliquer la volonté du Parlement, exprimée dans la *European Communities Act* de 1972, selon laquelle les lois britanniques futures devaient désormais être conformes à la législation de la Communauté européenne. On pourrait fort bien invoquer la forte présomption selon laquelle, en 1972, l'intention du Parlement était que toutes ses lois présentent cette conformité, pour chercher à interpréter toutes les lois conformément à la législation de la Communauté, voire pour s'efforcer de le faire. Mais, en ce qui concerne la théorie traditionnelle de la souveraineté, la disposition de conformité future adoptée en 1972 n'aurait pas été traitée comme plus fondamentale que l'intention, exprimée clairement dans un texte législatif subséquent, de rendre opérantes les dispositions incompatibles avec la législation de la Communauté. En fait, les tribunaux ont traité la loi de 1972 comme si elle contenait une disposition juridiquement opérante semblable à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de telle sorte que seule une disposition d'une loi subséquente établissant que celle-ci devrait s'appliquer nonobstant toute disposition contraire de la législation de la Communauté pourrait l'emporter sur celle-ci. L'adoption d'une loi abrogeant simplement la *European Communities Act* constituerait, au moins du point de vue de la législation du Royaume-Uni, un exercice valide de la souveraineté du Parlement.

On peut poser ici une autre question plus fondamentale, soit : quel est maintenant le fondement juridique, ou la racine juridique, de la Constitution britannique? En supposant que la loi de 1972 puisse être abrogée et que le Parlement puisse, s'il énonce expressément son intention de le faire, adopter

des lois incompatibles avec la législation de la Communauté, la racine juridique de la Constitution est inchangée. Toute mesure adoptée par la Reine constituée en parlement a force de loi. La deuxième hypothèse est cependant niée dans des avis exprès de la Cour de justice européenne⁸, qui considère la Communauté comme un ordre juridique supérieur et indépendant habilité à déterminer les limites de sa propre compétence et auquel toutes les lois nationales doivent se soumettre. Mais, si tel est vraiment le cas, comment en est-on arrivé là? On a affaire ici à deux théories inconciliables au sujet des origines et du caractère de l'ordre juridique de la Communauté. En un sens, elles ressemblent aux théories opposées au sujet des origines de l'univers. Selon la théorie de la création juridique continue, il n'y a pas eu discontinuité dans la naissance de la Communauté. Celle-ci a été créée en vertu des instruments juridiques fondateurs par lesquels chaque État membre a conféré ou délégué des pouvoirs législatifs dans le Traité, et elle s'appuie sur ces instruments. D'après la théorie du « Big Bang », il y a eu création spontanée d'un nouvel ordre, existant de son propre chef et englobant maintenant les systèmes inférieurs qui constituent ses parties — quoique la jurisprudence de la cour ne dise pas comment, ni quand, ni où exactement cela s'est produit. Je pense pour ma part que la théorie du Big Bang juridique de l'Europe est tout aussi superstitieuse que celle du Big Bang cosmologique. Malheureusement, rien ne garantit que les membres futurs de la Chambre des lords n'ajouteront pas foi aux superstitions doctrinales de l'Europe.

8 *P. ex. Van Gend & Loos c. Nederlandse Administratie der belastingen* [1963] E.C.R. 1, et *Costa c. ENEL* [1964] E.C.R. 585. Les revendications opposées sont examinées dans l'ouvrage de Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law State and Nation in the European Commonwealth*, 1999, c. 7. Voir également P. Craig et G. de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 2^e éd., 1998, c. 6.

Le programme constitutionnel des travaillistes

Il est probablement temps de laisser la théorie juridique et de nous pencher sur les opérations actuelles de génie constitutionnel. Le premier ministre Tony Blair a dit des mesures exposées dans le manifeste travailliste qu'elles représentaient « le plus important programme de modification de la démocratie jamais proposé. » Si on écarte pour l'instant les prétentions rivales, disons, des pères fondateurs des États-Unis et la reconstruction de l'Allemagne et du Japon après la guerre, on peut concéder qu'il y a là une certaine vérité. Nous constatons assurément que certains changements fondamentaux ont été apportés au cadre du gouvernement britannique, en particulier la nouvelle structure quasi fédérale, la réforme (ou quoi que ce soit) de la Chambre des lords, et la nouvelle loi sur les droits de la personne. Je pense que le dernier de ces changements est de loin le plus important, et que l'expérience canadienne peut fournir des enseignements évidents pour l'application de cette loi. Peut-être les vétérans de l'application de la Charte y trouveront-ils un certain intérêt morbide.

Quant à la réforme de la Chambre des lords, elle traîne depuis un certain temps — en fait, depuis 1911, lorsque le préambule de la *Parliament Act* de cette année-là énonçait l'intention de créer une seconde chambre constituée sur une base populaire plutôt qu'héréditaire. Mais, mises à part la réduction du pouvoir de la Chambre de retarder des mesures législatives de deux années (comme prévu dans la loi de 1911) à une seule (en vertu de la loi du Parlement de 1949) et la création de pairies à vie en 1958, la seule tentative sérieuse de réforme a été faite par le gouvernement Wilson en 1968. Tentative qui fut renversée pour des raisons assez

communes en politique. En d'autres termes, de nombreuses questions mobilisent trois groupes d'opinion, soit les réformateurs modérés, les non-réformateurs et les réformateurs radicaux. Lorsque ces groupes sont répartis également et que les radicaux préfèrent l'absence de réforme à la réforme modérée, l'alliance des deux derniers groupes peut souvent produire une majorité de voix par rapport au premier. C'est une recette d'inaction parfaite qui a contribué à faire du système de partis britannique ce qu'il est aujourd'hui. Trente ans après la dernière tentative, toutefois, le nouveau Parti travailliste s'est ceint les reins et a mis en oeuvre au moins une partie de la proposition de réforme de 1911, soit l'abolition des pairies héréditaires. Ou au moins il l'aurait fait si les pairs héréditaires ne s'étaient pas mis en rage et n'avaient pas menacé de crier comme des damnés à la Chambre. On a donc permis à quatre-vingt-douze d'entre eux de garder leur siège⁹ jusqu'à ce qu'une commission royale ait fait rapport sur les pouvoirs et la composition futurs de la seconde chambre. Cette commission a maintenant présenté son rapport¹⁰. Il y est dit que, à l'avenir, les pairs à vie devraient être nommés par une commission des nominations indépendante et qu'ils devraient se signaler par leur distinction personnelle, par la portée de leur expérience et par l'étendue de leur expertise. Tout cela. De plus, ils devraient faire autorité — mais pas au point de mettre en question l'autorité de la Chambre des communes. On pourrait dire en un mot qu'après quatre-vingt-dix années de délibérations, nous

9 La *House of Lords Act*, 1999 prévoit que personne ne sera membre de la Chambre des lords en vertu d'un pairage héréditaire, à l'exception du chef du protocole, du grand chambellan et de quatre-vingt-dix pairs héréditaires élus conformément au Règlement de la Chambre par les groupements des partis et les députés non inscrits.

10 Rapport *Royal Commission on the Reform of the House of Lords*, Cm. 4534.

avons finalement réussi à établir le plan d'une Chambre haute digne d'être abolie.

Un mot maintenant du transfert de pouvoirs au sein du Royaume-Uni. En théorie, ce programme visait la décentralisation dans toutes les directions. Même en Angleterre, cela devait prendre la forme d'assemblées régionales. Mais, Dieu merci, celles-ci n'ont pas vu le jour, au grand soulagement des Anglais qui, de toute façon, n'admettent pas habiter dans des régions. Le plan est donc inégal et asymétrique. Les Gallois ont obtenu une assemblée sans pouvoirs législatifs où ils peuvent s'exprimer librement dans leur langue, tandis qu'en Irlande, le processus est bloqué par l'intransigeance des factions. Le seul véritable transfert de pouvoirs de Westminster a eu lieu en Écosse, où le Parlement d'Édimbourg peut légiférer sur toutes les matières, à des exceptions importantes près, dont la politique étrangère, la défense, la politique fiscale nationale et la Constitution — quelle qu'elle soit¹¹. Édimbourg n'a pas compétence pour légiférer en matière d'immigration non plus, sans doute parce qu'on veut l'empêcher de continger l'immigration des « Sassenach ». En théorie, le pouvoir du Parlement de Westminster de légiférer pour l'Écosse en toutes matières subsiste, mais, comme toute tentative future de l'exercer provoquerait une fuite d'électeurs travaillistes écossais vers le Parti nationaliste et des demandes d'indépendance totale, il semble juste d'affirmer que nous avons maintenant un système de quasi-fédéralisme tempéré par la consultation, en particulier sur les lois de la Communauté européenne touchant les pouvoirs transférés qui doivent être appliquées par le Royaume-Uni.

Comme la nouvelle loi sur les droits de la personne est

¹¹ *Scotland Act*, 1998, articles 29 et 30.

déjà en vigueur en Écosse, mais a seulement pris effet le 2 octobre 2000 en Angleterre et au pays de Galles, les tribunaux écossais ont une longueur d'avance pour ce qui est de mesurer les pratiques actuelles par rapport aux exigences de la Convention importée d'Europe. Ils ont conclu que certaines laissaient à désirer. Ainsi, dans l'affaire *Starrs c. Ruxton*¹², le juge a statué qu'un procès devant un shérif temporaire nommé pour une période relativement limitée ne satisfaisait pas à l'exigence de l'article 6 de la Convention, selon lequel la cause doit être entendue par un tribunal indépendant et impartial. Dans une affaire qui fait encore plus réfléchir, soit *Hoekstra c. H.M. Advocate*¹³, la Cour d'appel de la Haute Cour de justice a statué qu'un juge ne devait pas entendre un appel relatif à une cause touchant les droits de la personne parce que son impartialité avait été mise en question par un article vigoureux qu'il avait rédigé un mois auparavant au sujet de l'intégration de la Convention et de la Charte canadienne, qu'il paraissait désapprouver car, disait-il, ses dispositions « donnent toute liberté aux fous, empoisonnent les juges et sont une mine d'or pour les avocats ». Ce verdict sommaire d'Écossais (que je cite seulement pour l'intégrité historique) n'est certainement pas appuyé de façon générale par les juges anglais et gallois. Il n'est cependant pas facile de dire quel traitement ils réserveront à notre Charte.

La loi sur les droits de la personne, 1998

La loi sur les droits de la personne de 1998, qui est maintenant en vigueur, a été promulguée avec deux années de retard pour permettre aux tribunaux de se préparer à l'onde de

¹² 2000 S.L.T. 42, (H.C.J.).

¹³ *The Times*, 14 avril 2000.

choc légale prévue. L'adjectif « particulière » la décrit bien. Sa première particularité est le fait qu'elle ne remplit pas l'engagement pris dans le manifeste électoral des travaillistes d'intégrer la *Convention européenne des droits de l'homme* à la législation du Royaume-Uni. La loi dit simplement que les droits garantis par la Convention, énoncés dans sa première annexe, doivent s'appliquer à ses fins, ce qui constitue une formulation plus prudente et plus propre au langage des juristes. Si la Convention faisait vraiment partie de la législation du Royaume-Uni, elle l'emporterait, en vertu des règles d'interprétation normales, sur toutes les lois préexistantes. Mais la loi sur les droits de la personne prévoit que toutes les lois jamais adoptées par le Parlement doivent rester valides et continuer de s'appliquer. Autrement dit, elle constitue ce qu'on appelle une mesure d'interprétation, tout comme la déclaration des droits de la Nouvelle-Zélande, sur laquelle elle est modelée. Il y est dit que toutes les lois doivent être interprétées et appliquées d'une manière compatible avec les droits garantis par la Convention « dans toute la mesure du possible ». On pense que « possible » signifie ici « assez possible », ou « peut-être possible », plutôt que « à peine possible » ou « juste en théorie possible ».

Les tribunaux — ou au moins les tribunaux supérieurs — peuvent faire une déclaration d'incompatibilité s'ils sont convaincus qu'une disposition est incompatible avec un droit garanti par la Convention. C'est là une deuxième particularité majeure, de source intérieure cette fois, et non pas empruntée à la Nouvelle-Zélande ni à aucune autre déclaration de droits existante. Les déclarations de ce genre ne procurent aucun remède juridique aux parties et n'ont aucun effet sur la validité des lois. La seule raison pour laquelle on les demande est que, dit-on, elles visent à provoquer un recours parlementaire

Refaire la Constitution britannique

parfois appelé « recours accéléré ». Il n'est cependant pas garanti que ce recours se révélera sans obstacles ni rapide, car il suppose qu'un ministre dépose un ordre au Parlement en vue de modifier la loi de manière à supprimer l'incompatibilité. Le ministre doit faire cette démarche seulement si, à son avis, des raisons impérieuses la justifient, et les députés du parti de la majorité ne doivent voter en faveur de l'ordre que s'ils inclinent à le faire. Cela signifie essentiellement que, en pareil cas, la décision de remédier ou non à la violation de droits des citoyens dépend des politiciens, qui sont peut-être responsables de cette violation en premier lieu. Il n'est pas clair si cette situation est compatible avec le recours efficace garanti par l'article 13 de la Convention européenne à toute personne qui voit ses droits et libertés violés. Malheureusement, on ne peut pas facilement faire valoir cet argument en vertu de la loi sur les droits de la personne, car les droits garantis par la Convention énoncés dans son annexe ont été numérotés prudemment de 2 à 12, puis 14. Il n'y a pas d'article 13. Le rédacteur (ou une autre personne) semble l'avoir égaré.

La loi aura cependant du mordant à l'article 6, selon lequel il sera illégal pour toute autorité publique d'agir d'une manière incompatible avec un droit garanti par la Convention. Cela fournira un nouveau motif d'examen judiciaire de toutes les lois administratives de la sphère publique. Il n'est cependant pas facile de déterminer quelle est cette sphère et qui doit être considéré comme une autorité publique, et la loi n'est pas très éclairante à cet égard, car elle mentionne simplement que toute personne est une autorité publique si certaines de ses fonctions sont de nature publique, mais que, dans les cas où les actes de la personne en question sont de nature privée, il ne s'agira pas de fonctions publiques. Il est difficile de savoir, d'après ces

définitions, si, disons, l'Université d'Oxford, ou Virgin Airlines, ou Marks and Spencer, ou Eton (le célèbre collège secondaire privé) sont des autorités publiques. Au dire de certains, cela n'aura pas d'importance, car l'expression « autorité publique » comprend les cours et les tribunaux qui, s'ils sont tenus de se conformer à la Convention, devront l'appliquer lorsqu'ils trancheront des litiges entre des parties privées. La loi s'appliquera donc complètement à l'échelle horizontale aux citoyens privés, de même qu'aux relations entre les citoyens et le gouvernement. D'autres affirment que cette interprétation enlève tout sens à la loi. Bien entendu, l'un et l'autre argument pourraient être justes.

Quelques problèmes

Donc, comment les tribunaux britanniques aborderont-ils la loi sur les droits de la personne? Par exemple, quelle forme prendront leurs jugements lorsqu'ils feront des déclarations d'incompatibilité? Seront-ils brefs ou entièrement raisonnés? Un jugement satisfaisant sur une question de compatibilité doit certainement nécessiter un processus de raisonnement semblable à celui de la Cour suprême du Canada lorsqu'elle applique les dispositions relatives aux limites énoncées à l'article 1 de la Charte. Les limites comparables des droits garantis par la Convention qui peuvent être permises sont, à un égard, formulées différemment. En effet, les droits à la vie privée, à la liberté d'expression et à la liberté de réunion sont assujettis à des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires dans une société démocratique. Les droits garantis par la Charte, par contre, sont soumis à des limites dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À première vue, cela semble

Refaire la Constitution britannique

très différent, car ce qui se justifie n'est guère synonyme de ce qui est nécessaire. Un grand nombre de choses qui sont raisonnables et justifiées ne sont pas nécessaires. Ainsi, il pourrait être raisonnable et justifié d'augmenter l'impôt sur le revenu de 10 pence afin d'améliorer le service national de santé, mais cela n'est pas nécessaire. La nécessité semble être un obstacle plus grand à surmonter pour la loi, vu que peu de choses sont nécessaires. Du moins pas absolument nécessaires. Peut-être faudrait-il entendre par nécessaires « raisonnablement nécessaires », ou « assez nécessaires », ou « peut-être nécessaires ».

Une autre différence possible est que la démarche en deux temps suivie par la Cour suprême du Canada pour trancher les litiges relatifs à la Charte n'est peut-être pas nécessaire. Sauf que, lorsqu'il s'agit de déterminer si, en premier lieu, la Convention comporte quelque disposition ayant un rapport avec la question, il semble inutile de se demander, dans un premier temps, s'il y a empiètement sur les droits et, dans un second temps, si l'empiètement peut être justifié. Les droits garantis par la Convention n'étant pas absolus, les seuls dont on peut dire qu'ils existent dans celle-ci sont ceux qui sont définis par les limites énoncées dans chaque article. On ne peut donc répondre à la première question avant d'avoir résolu la seconde. Autrement dit, il n'y a qu'une question, à savoir si les limites à l'action contenues dans une mesure législative particulière s'accordent ou sont compatibles avec le droit qui est défini et délimité dans chaque article. Cette question est assez complexe, car elle touche à la suffisance de l'objet de la loi, aux rapports rationnels et aux degrés de soumission aux décisions d'un autre tribunal ou, en termes européens, à la marge d'appréciation permettant de rendre un jugement fondé sur la loi. S'ajoute aux complexités à

venir la question de la soumission aux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, les tribunaux britanniques ne sont pas liés par les jugements de cette Cour; ils doivent simplement les prendre en compte, ce qui, par bonheur, est compatible avec le fait de ne pas s'y conformer.

Une autre question consiste à savoir si l'article 3 de la loi sur les droits de la personne a modifié les règles d'interprétation des lois. Il a été dit au cours des débats sur le projet de loi, et à maintes reprises par le Grand Chancelier, que l'ordre d'interpréter les lois d'une manière compatible avec les droits garantis par la Convention, dans toute la mesure du possible, avait donné au Parlement le mandat de faire de l'interprétation, lorsqu'il est question de droits, non plus une recherche du sens intentionnel ou réel d'une loi, mais plutôt une tentative d'y attacher ou d'y introduire un sens propre à promouvoir des droits (ou une prétention à un droit) même au prix de forcer le libellé de la loi ou, comme l'a laissé entendre le Grand Chancelier, de lui faire dire des choses qu'elle ne dit pas¹⁴. C'est ce qu'on pourrait appeler décortiquer la loi, ou peut-être la potasser ou la triturer afin, affirme-t-on, d'en donner une interprétation large, ou généreuse, ou ayant un but précis. Mais il n'est question ici ni de générosité ni de but. Il faut interpréter les lois non pas généreusement, mais correctement par rapport à leur sens et à leur objet véritables, et rien dans l'article 3 de la loi sur les droits de la personne n'autorise le Parlement à adopter quelque autre approche. Le seul but que peut inférer le Parlement de l'article 3 est que toutes les lois doivent être présumées compatibles avec les droits garantis par la Convention, à moins que leur libellé ne révèle clairement que le Parlement en a décidé autrement.

14 Voir 584 *House of Lords Debates*, 1292, 19 janvier 1998.

Ce but ne peut faciliter l'interprétation lorsqu'il s'agit de savoir si, dans un cas particulier, le Parlement a décidé cela. Les tenants de la nouvelle approche invitent les juges à manipuler les lois plutôt qu'à les interpréter. Avec un peu de chance, certains juges s'en tiendront rigoureusement à l'intention du Parlement et résisteront au chant de sirène du Grand Chancelier. D'autres, hélas, pourraient y succomber.

Tout cela indique qu'il y aura deux lignes d'argumentation dans les affaires de droits de la personne. La première est celle de l'interprétation. La seconde est celle de la mise en cause directe des droits prévus par les lois par opposition à ceux garantis par la Convention. Il est probable que les plaideurs britanniques suivront la première ligne et rechercheront des solutions interprétatives de préférence à des déclarations d'incompatibilité, car celles-ci n'offrent aucun remède juridique immédiat et sont en réalité une sorte de prix de consolation coûteux. Au Canada, on est probablement moins contraint de rechercher des solutions interprétatives, car les lois peuvent être déclarées inopérantes s'il est déterminé qu'elles portent atteinte aux droits garantis par la Charte. Le recours à l'interprétation n'est pas souhaitable pour un certain nombre de raisons, dont le fait qu'elle peut mener à un abus du processus judiciaire. Elle peut par ailleurs priver la législature de la possibilité de voir la loi qui a été contestée déclarée justifiée dans le cadre d'une société démocratique.

Conséquences et conclusions

Quelles sont les conséquences de ce nouveau régime de droits de la personne sur la Constitution britannique? Les chuchotements des défenseurs des droits de la personne qui se préparent maintenant à faire face aux rigueurs d'un type de

spécialisation nouveau et, ils l'espèrent, dans une certaine mesure lucratif, peuvent en donner une idée. Il semble juste de prédire que la nouvelle loi aura une incidence immédiate sur les poursuites pénales, à l'occasion desquelles les défenseurs soutiendront que de nombreux aspects de la procédure d'enquête de la police et des activités des procureurs portent atteinte au droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention. On promet de contester les contraventions assorties d'une peine fixe, les barrages routiers, les dispositions relatives à la détention pour fouille, et l'emploi du gaz C.S. Dans l'intervalle, les défenseurs faisant l'objet de poursuites en vertu de la loi sur les secrets officiels pour divulgation illégale de renseignements invoquent le droit à la liberté d'expression garanti par la Convention pour se disculper. On prépare également des actions en vue de contester la législation sur la succession au motif qu'elle avantage les couples mariés au détriment des personnes de même sexe non mariées qui cohabitent. De plus, selon l'organisme de défense des droits civils dit Liberty, un autre groupe d'intérêt particulier est pénalisé par l'interdiction de publier des renseignements sur l'identité des donneurs de sperme. On se réclame en l'occurrence du droit à l'intimité et à la vie familiale garanti par la Convention — aux bénéficiaires plutôt qu'aux donneurs, vraisemblablement. Dans le domaine public, par ailleurs, la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *McGonnell c. United Kingdom*¹⁵ a provoqué un certain remous. La Cour a statué dans ce cas que la situation du bailli adjoint de Guernesey violait l'article 6 de la Convention, car celui-ci a des fonctions judiciaires en plus de sa charge de président

¹⁵ *The Times*, 22 février 2000.

Refaire la Constitution britannique

de la législature. Que dire alors de notre propre Grand Chancelier? Et quelle est la situation des juges qui siègent à la Chambre des lords à titre de législateurs? Le lord chancelier Irvine a vite déclaré que l'affaire McGonnell n'avait aucune incidence sur sa propre situation, car il n'entendrait jamais de cause relative à une loi qu'il aurait contribué directement à faire adopter. Mais cette pratique pourrait avoir pour effet qu'aucun juge siégeant à la Chambre des lords ne serait disponible pour entendre certains appels. Du reste, le lord chancelier et les juges siégeant à la Chambre des lords n'ont-ils pas déjà pris une part active à l'adoption de la loi sur les droits de la personne? Doivent-ils se récuser dans tous les cas où l'on invoque les dispositions de cette loi, ou dans tous les cas où se présente un point au sujet duquel ils ont exprimé une opinion à la Chambre haute au cours du débat sur le projet de loi? Il se pourrait que nous devions expulser de la Chambre haute tous les juges siégeant à la Chambre des lords et les reconstituer en tant qu'organisme d'appel supérieur distinct. Leur double rôle et celui du lord chancelier au mépris de la séparation des pouvoirs ont toujours été traités comme une singularité de la Constitution britannique. Mais nous est-il maintenant permis de nous singulariser?

Au surplus, est-il permis à la Couronne d'être arbitraire? Le premier ministre et la Couronne mettent fin ensemble à l'emploi de ministres sans prétendre aucunement observer les voies de droit régulières. Il faut reconnaître que peu de ministres se plaignent, mais sir David Maxwell Fyfe (le vicomte Kilmuir) a fait exception à la règle lorsque Harold Macmillan l'a mis à la porte du Cabinet en 1962. Il a alors déclaré au premier ministre qu'on lui avait donné un préavis moindre qu'il n'en fallait pour congédier un cuisinier. Ce à

quoi Macmillan a répondu que c'était assez juste, car il était plus difficile de trouver un bon cuisinier qu'un Grand Chancelier.

On peut imaginer que certains autres éléments traditionnels de l'édifice constitutionnel pourraient aussi être menacés. Pensons aux privilèges du Parlement — champ de bataille traditionnel entre les droits des citoyens et les immunités et avantages des législateurs. La Chambre des communes et son comité des privilèges ont toujours rendu des conclusions défavorables aux témoins sans leur permettre de se faire représenter par avocat, et ils ont exercé les pouvoirs sommaires en cas de violation de privilège de façon semblable. En outre, certaines lois qui régissent les affaires des non-parlementaires ont été déclarées inapplicables au Parlement. Au surplus, le privilège absolu de liberté de parole au Parlement conféré par l'article 9 de la déclaration des droits de 1689 permet que les citoyens soient diffamés sans réparation, tandis que, en Grande-Bretagne, des lois récentes permettent aux députés de renoncer à leur privilège¹⁶ et de poursuivre les journaux qui osent affirmer que le fait d'accepter des pots-de-vin dans des sacs en papier est une forme de conduite antiparlementaire. Comment tout cela cadre-t-il avec les procès équitables, les recours efficaces et l'égalité devant la loi? Bien que cela soit sujet à controverse, en particulier à Westminster, il n'est désormais plus impensable d'affirmer que les députés ne devraient pas posséder plus de droits ni de privilèges que n'importe quel autre citoyen, et qu'ils devraient être assujettis à la juridiction des tribunaux dans tous les cas où leurs activités empiètent sur les droits d'autrui.

On pourrait résumer tout cela en disant qu'il existe

¹⁶ *Defamation Act, 1996*, article 13. Voir également le *Report of the Joint Select Committee on Parliamentary Privilege*, H.L. 43-1; H.C. 214-1 (1998-1999).

Refaire la Constitution britannique

maintenant une nouvelle tension dans nos dispositions constitutionnelles. Au cours du dernier siècle, le système politique britannique s'est appuyé sur un groupe de concepts traditionnels représentés, en gros, par la souveraineté du Parlement, la prérogative de la Couronne, le privilège du législateur et le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Mais nous sommes maintenant dans une situation où toutes ces idées de privilège et de pouvoir discrétionnaire sont constamment remises en question, sur la base de la conviction selon laquelle aucun pouvoir ne peut être absolu, ni soustrait à tout examen, ni à l'abri des contestations à la lumière de notions fondées sur des droits, comme l'équité, la justice naturelle, la rationalité et l'attente légitime, qui sont toutes inscrites désormais dans les instruments juridiques nationaux et internationaux. On pourrait peut-être dire que l'Europe est hantée par le spectre de la proportionnalité. Un observateur européen, commentant l'expansion de la justice constitutionnelle dans les États européens, la qualifie de « répudiation de Montesquieu »¹⁷. Même les Français sont venus sur le point d'abandonner l'idée que la séparation des pouvoirs interdit l'examen judiciaire. Bien sûr, en adoptant la Charte, le Canada a reconnu ce fait vingt ans avant le Royaume-Uni, et le gouvernement britannique ne l'a pas encore admis. Quoi qu'il en soit, la vraie révolution survenue dans notre politique a des racines plus profondes que le programme de réforme du Parti travailliste. Nos affaires sont maintenant réglées moins par les politiciens et davantage par les juges. C'est là un changement profond et considérable pour une nation qui, par sa tradition et par sa culture, a toujours respecté la primauté du droit tout en se méfiant des avocats.

17 Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, c. 5.

Refaire la Constitution britannique

CONFÉRENCE COMMÉMORATIVE JOHN-TAIT

Voyez à ce propos Dickens, Jeremy Bentham, et Shakespeare. J'hésite à prédire où en seront les choses dans cinq ou six ans. À ce moment-là, si vous êtes encore curieux, vous devriez peut-être inviter un membre supérieur de la magistrature à vous exposer ce que les juges anglais ont fait de notre nouvel accord constitutionnel. Les auteurs du nouveau régime de droits de la personne affirment leur conviction qu'il constitue un compromis élégant et réussi entre la protection des droits et la doctrine de la souveraineté du Parlement. Mais ce compromis est, à mon avis, impossible à atteindre. Il y a dans la loi sur les droits de la personne et les hypothèses qui la sous-tendent une incohérence de principe qui sera mise au jour et transformée avec le temps. Les politiciens ne la modifieront peut-être pas de bon gré. Mais les gouvernements et les législateurs européens commencent à entrevoir une vérité terrible, à savoir que les changements constitutionnels et la forme du système politique ne sont plus complètement entre leurs mains ni sous leur contrôle.

Refaire la Constitution britannique

Question

Monsieur Marshall, il semble que la nouvelle approche constitutionnelle va plus loin que de chercher à mettre en équilibre la souveraineté et les droits de la personne, et qu'elle laisse plutôt supposer que le pouvoir judiciaire est mieux à même de protéger ce qu'on appelle la société civile que les parlements élus. Cela soulève certaines questions plus profondes que simplement celle du rôle du pouvoir judiciaire; c'est plutôt la nature de la démocratie qui est en cause ici. Je me demande si vous pourriez faire quelques remarques, spéculatives peut-être, qui iraient un peu au delà de ce que vous avez dit dans votre exposé, qui était des plus clairs.

M. Marshall

Oui, si vous me donnez environ trois quarts d'heure.

En d'autres mots, c'est là manifestement une question fondamentale. Elle est tellement large qu'elle embrasse en fait l'histoire de la philosophie politique occidentale, n'est-ce pas? Vous avez parfaitement raison : il y a eu des tensions entre ce que certaines personnes ont appelé la société civile et le gouvernement, et les deux styles de gouvernement ont toujours été en opposition. Ce que j'ai voulu dire, c'est que, à certains égards, la société civile et la protection des droits finiront par l'emporter. En fin de compte, au Canada, par exemple, il existe un genre d'équilibre superficiel entre la souveraineté et les droits. Mais le principe des droits est suprême. Il dicte les conditions auxquelles le principe de la souveraineté peut agir.

En Grande-Bretagne, nous essayons de façon inconsistante de nous raccrocher au principe opposé, et je donnais à entendre que je ne pense pas que cela soit possible. À mon avis, le consensus des penseurs moraux et politiques depuis le XVIII^e siècle va vraiment à l'encontre du principe de la souveraineté. La société civile et le principe des droits domineront à la fin. Et je pense que ce que vous affirmez est vrai. Mais que peut-on en dire, sinon que cette lutte a cours depuis toujours dans la société moderne et dans les systèmes juridiques modernes, et je pense que l'un des deux camps va l'emporter.

Refaire la Constitution britannique

Question supplémentaire

Simplement pour clarifier, je vais un peu au delà de cela et je vous demande si vous pensez que les juges vont se révéler de meilleurs protecteurs de la démocratie que les parlements élus. Parce que nous nous dirigeons dans cette voie. Quelles sont les possibilités que cela se produise? Vous dites manifestement que cela ne va pas se produire.

M. Marshall

Non. Mon point de vue est singulier. Je suis contre la loi britannique actuelle sur les droits de la personne [*Human Rights Act*] parce qu'elle ne va pas assez loin. Je pense que nous avons besoin d'une loi adéquate sur les droits de la personne. Vous dites maintenant que la question est manifestement de savoir si les juges protégeront mieux ces droits. On ne peut généraliser sur ce point. Dans certains cas, oui, ils les protégeront mieux; cela dépend du genre de système politique auquel on a affaire.

Si vous avez affaire à un système politique comme celui de la Grande-Bretagne, où la législature est dominée par un parti politique la plupart du temps et où celui-ci est dominé par un cabinet et par le caucus du parti, vous ne comparez pas des choses équivalentes. La manière classique de formuler cette question est celle-ci : « Pourquoi des juges non élus prendraient-ils des décisions de politique, plutôt que des personnes élues, des corps représentatifs comme le Parlement? » Mais, si on examine ce qui se passe au sein de ces corps dits représentatifs, on constate que ce n'est pas de la démocratie pure. Si tous les parlements étaient purement des démocraties élues représentant les gens qui les ont mis en place, vous diriez : « Nous préferions que certaines questions soient tranchées de cette manière. » Mais la réalité est que ces questions sont tranchées par les caucus de parti.

Si c'est ce à quoi vous comparez les décisions judiciaires, je dirais que, pour certains genres de questions, en particulier celles qui touchent les droits juridiques et constitutionnels, les juges seront de meilleurs protecteurs que les caucus de parti. Prenons, par exemple, une question comme la peine capitale ou l'avortement. Voyez la façon dont on débat cette question dans un tribunal constitutionnel aux États-Unis, en Italie, en Espagne, ou n'importe où ailleurs. Il y a d'abord

Refaire la Constitution britannique

une longue série de débats assez rationnels. Puis des décisions. Celles-ci sont ensuite critiquées. On porte d'autres affaires devant les tribunaux. Les arguments sont présentés et mis en balance. Comparez cela avec la façon dont la question de la peine capitale, par exemple, pourrait être réglée au Parlement britannique, en l'espace d'un après-midi, par un vote de parti, alors que très peu de députés seraient présents à la chambre. Quelle est la façon la meilleure et la plus rationnelle de trancher cette question? Je dirais, bien sûr, que je préférerais la voir résolue par les juges. Toutefois, il y a certaines questions à propos desquelles je ne suis pas certain que les juges puissent rendre de meilleures décisions que les parlementaires.

C'est donc une question qui ne se prête pas à la généralisation. Mais, pour la plupart des questions civiles et constitutionnelles, je donnerais aux juges le pouvoir de procéder à un examen judiciaire complet. Ce que je reproche au système britannique, ou à celui de la Nouvelle-Zélande, c'est que ni l'un ni l'autre ne fait suffisamment confiance aux juges.

Peter Leuprecht

CONFÉRENCE COMMÉMORATIVE JOHN-TAIT

40

Mesdames et messieurs, chers invités, chers amis,

J'ai le plaisir d'exprimer mes remerciements, tout d'abord à M. Marshall pour nous avoir présenté un exposé brillant, subtil et non chauvin. Comme ancien Eurocrate, je peux ne pas être d'accord avec un certain nombre des choses qu'il a dites, mais sa conférence a été non seulement brillante mais encore étincelante d'humour.

En deuxième lieu, je tiens à remercier de tout coeur le ministère de la Justice et, en particulier, le sous-ministre, Morris Rosenberg, pour nous avoir suggéré de lancer ici, à l'Université McGill, la série des conférences commémoratives John-Tait, que nous tiendrons désormais en alternance avec Ottawa.

Je me permets d'ajouter une remarque personnelle. J'ai des sentiments très tendres envers le ministère de la Justice parce que l'une des expériences les plus gratifiantes et les plus positives de ma vie a été le privilège d'y travailler pendant deux années. J'y ai rencontré des personnes extraordinaires, des fonctionnaires remarquables.

J'ai vu là ce que la fonction publique a de meilleur à offrir, la noblesse du service public qu'incarnait John Tait. Il a été un grand serviteur de l'État.

Il m'incite à penser, lorsque je vois nos étudiants et diplômés réfléchir à leur avenir, que la fonction publique est l'un des choix qu'ils devraient envisager sérieusement. Il y a certains slogans modernes — que j'appelle parfois « hot air du temps » —, auxquels je ne peux pas croire, des expressions comme « le retrait de l'État », « l'État faible », « l'État réduit à sa plus simple expression ».

Je tiens par ailleurs à remercier le professeur Stephen

Refaire la Constitution britannique

Scott, qui a consacré beaucoup d'énergie et de dévouement à la préparation et à l'organisation de cette conférence. Il est un de ceux qui avaient connu John Tait personnellement, et je pense que cela a été une façon très appropriée d'honorer la mémoire de celui-ci.

Et, bien entendu, je vous remercie tous de votre présence, en particulier les membres de la famille de John Tait, de même que les nombreux collègues et amis, notamment ceux du ministère de la Justice, et le sous-ministre, M. Rosenberg, qui sont venus d'Ottawa.

Je serai bref, même si je suis tenté de dire un certain nombre de choses. Tôt ce matin, j'ai eu l'idée de consulter Thomas Paine. Je pense que certains de ses écrits sont encore très intéressants à lire. Il a écrit des choses au sujet du Royaume-Uni, au sujet de l'Angleterre et des affaires constitutionnelles. Je me contenterai de citer deux courts passages, pour montrer que les choses ont changé et changent encore.

« En Angleterre, écrit Thomas Payne, il n'est pas difficile de se rendre compte que tout a une constitution, sauf la nation. » [Traduction libre]

Et voici l'autre citation : « L'emploi continu du mot 'constitution' au parlement anglais révèle qu'il n'en existe aucune et que le tout n'est qu'une forme de gouvernement sans constitution qui se constitue avec les pouvoirs qu'il veut bien posséder. S'il existait une constitution, on pourrait certainement s'y reporter, et le débat sur quelque question constitutionnelle que ce soit se terminerait par la production de la constitution. Un député déclare que ceci est la constitution, un autre, que c'est cela. Aujourd'hui c'est une chose, demain c'est autre chose, tandis que la poursuite du débat prouve l'inexistence d'une constitution. » [Traduction libre]

Refaire la Constitution britannique

CONFÉRENCE COMMÉMORATIVE JOHN-TAIT

42

Je pense que ces observations, si on les met en regard de ce que nous avons entendu aujourd'hui, montrent que le Royaume-Uni est en train de changer — lentement sans doute, comme vous l'avez mentionné vous-même, monsieur Marshall. J'aimerais faire quatre remarques.

Premièrement, vous avez fait mention de l'existence d'une « nouvelle tension dans les dispositions constitutionnelles » du Royaume-Uni. Cela est juste. Thomas Paine affirmerait probablement qu'il existe de plus en plus une constitution au Royaume-Uni. Je pense que l'Europe a été l'un des facteurs qui ont contribué à ce phénomène. J'ai des opinions européennes, et je constate que le Royaume-Uni a été poussé, qu'il a été secoué dans une très large mesure par l'Europe. Vous avez employé le terme médical « injection » [en anglais]. Vous avez dit qu'il y a une injection constante. Le Royaume-Uni reçoit constamment des piqûres. Mon sentiment est que cela a contribué à sa santé.

Je dis parfois, et les gens du ministère de la Justice s'en souviendront, que nous ne recevons pas d'« injection » semblable au Canada. Je pense que c'est dommage. Lorsque, par exemple, on examine la question de l'application ou de la non-application du droit international au Canada, en particulier en matière de droits de la personne, on peut penser que certaines « injections » seraient peut-être bénéfiques à ce pays.

Mais vous avez aussi fait une remarque que j'ai trouvée très intéressante. Vous avez dit que nos affaires sont maintenant réglées moins par les politiciens et davantage par les juges. Je pense que les faits nouveaux que vous avez décrits imposent effectivement une responsabilité accrue aux juges tant britanniques qu'européens, de sorte que certains principes fondamentaux du pouvoir judiciaire — son indépendance et

son impartialité — deviennent encore plus importants qu'auparavant.

Deuxièmement, je ne vois pas le Royaume-Uni isolément, pas plus que l'Europe n'est isolée parce qu'il y a de la brume sur la Manche. À mon avis, le processus qui se déroule au Royaume-Uni s'insère dans la création d'une constitution européenne, et il est fascinant. Nous en avons parlé plus tôt cette semaine en rapport avec l'inauguration de notre nouvel Institut d'Études Européennes. Vous avez dit, monsieur Marshall, que la théorie traditionnelle de la souveraineté était ébranlée. En effet, je pense que vous vous acheminez de plus en plus, en Europe, vers le partage de la souveraineté, vers le partage de son exercice. Et, à mon sens, nous faisons tous bien de repenser notre idée de la souveraineté, non seulement en Europe, mais aussi, je pense, dans ce pays.

Ma troisième remarque a trait à votre description de l'évolution de la Grande-Bretagne vers un système quasi fédéral. C'est là un phénomène extrêmement intéressant, car nous l'observons en Europe et ailleurs. La force de l'idée du fédéralisme est démontrée par le fait qu'il se répand dans de nombreuses régions du monde. Je pense que le fédéralisme a un brillant avenir, et c'est là un point que nous pourrions faire valoir au Canada et au Québec.

Ma quatrième remarque porte sur l'aspect de votre conférence qui m'a le plus intéressé, soit ce que vous avez dit au sujet de la loi britannique sur les droits de la personne. Je dirai d'abord une chose, car je me rappelle les maints débats tenus à ce sujet pendant tant d'années : le moment était vraiment venu d'adopter cette loi, même si elle n'est pas parfaite. Je pense aussi, et vous avez abordé cette question, que les tribunaux britanniques ont un intérêt manifeste à interpréter la *Convention européenne des droits de l'homme*

conformément aux précédents établis par la Cour européenne des droits de l'homme. Autrement, il arrivera ce qui est si souvent arrivé, à savoir qu'un déluge de causes britanniques seront déférées à la Cour européenne, à Strasbourg. Après tout, l'une des motivations à l'origine de cette nouvelle loi a été le désir quelque peu désespéré de réduire le nombre des procès engagés contre le Royaume-Uni, qui peut être considéré comme ayant été de loin le meilleur client de la Cour au fil des années. Et je vous rappelle que des décisions rendues à Strasbourg ont déterminé de nombreuses modifications de lois britanniques.

On a dit que, l'Angleterre est une île, l'Anglais un continent. Je dirais que, maintenant, les deux parties de cet adage sont de moins en moins vraies. Toutefois, monsieur Marshall, quoi qu'il arrive, je pense qu'il serait très difficile de vous empêcher, vous-même, vos compatriotes et votre pays, de vous « singulariser », pour reprendre un terme que vous avez employé dans votre exposé; cette singularité, cet individualisme font d'ailleurs votre charme.

Vous avez laissé entendre que, dans quelques années, nous devrions peut-être inviter un membre supérieur de la magistrature à nous exposer ce que les juges anglais auront fait de votre nouvel accord constitutionnel. C'est une bonne idée. Je pense que ce serait aussi une bonne idée si vous reveniez vous-même dans quelques années nous faire part de vos réflexions sur cette évolution. Pour l'instant, je vous remercie de nouveau vivement.

Au plaisir de revoir un grand nombre d'entre vous, je l'espère, à la Conférence commémorative John-Tait, l'année prochaine, à Ottawa. Je me fais un plaisir de vous inviter maintenant à prendre le cocktail dans l'Atrium de la faculté.