

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



STEPHEN GARDBAUM, *THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2013

Vanessa Tanguay

Volume 27, Number 1, 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068062ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068062ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Tanguay, V. (2014). Review of [STEPHEN GARDBAUM, *THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2013]. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 27(1), 335–340.
<https://doi.org/10.7202/1068062ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2014

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

**STEPHEN GARDBAUM, *THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE*,
CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2013**

*Vanessa Tanguay**

Les mouvements révolutionnaires populaires, la fin de la Seconde Guerre mondiale, la création d'une communauté européenne représentent des moments charnières dans l'évolution de la protection des droits de la personne. Diverses formes de constitutionnalismes se sont développées et façonnées au gré de ces changements historiques. En 2001, Stephen Gardbaum publiait un article où il s'intéressait à l'un de ces nouveaux modèles : le *New Commonwealth Model of Constitutionalism*¹. Professeur en justice internationale et droits humains à l'Université de Californie à Los Angeles, ses recherches portent principalement sur le droit constitutionnel comparé, les théories constitutionnelles et le fédéralisme². Douze ans plus tard, dans *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*³, il présente le résultat de sa réflexion sur ce nouveau modèle de constitutionnalisme du Commonwealth (NMCC). Cet ouvrage s'inscrit au sein de la série *Cambridge Studies in Constitutional Law* qui propose des publications aux approches diversifiées dans le domaine des théories constitutionnelles et du droit constitutionnel comparé⁴. Celles-ci sont destinées à un lectorat universitaire international, principalement les étudiants aux études avancées en droit et en politique⁵. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* vise à approfondir et à expliciter la réflexion développée au cours des dernières années par l'auteur dans plusieurs articles et présentations⁶.

L'auteur introduit son ouvrage en situant son modèle au sein de l'évolution de la protection des droits; il estime qu'il s'agit d'un modèle de deuxième génération en continuité avec les deux formes traditionnelles de constitutionnalisme : la souveraineté parlementaire et la suprématie judiciaire⁷. Selon le premier modèle, les *bills of rights* sont créés et modifiés par les législatures, les tribunaux ne possédant qu'un pouvoir d'interprétation et d'application des lois⁸. En vertu du second modèle,

* B.A. en relations internationales et droit international (2010), Université du Québec à Montréal; LL.B. (2012), Université du Québec à Montréal.

¹ Stephen Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », (2001) 49:4 Am J Comp L 707.

² Université de Californie à Los Angeles, « Stephen Gardbaum », en ligne : UCLA Law <<http://www.law.ucla.edu/faculty/all-faculty-profiles/professors/Pages/stephen-gardbaum.aspx>>.

³ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 [*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*].

⁴ Cambridge University Press, « Cambridge Studies in Constitutional Law », en ligne : Cambridge University Press <<http://www.cambridge.org/us/academic/subjects/law/series/cambridge-studies-constitutional-law>>.

⁵ *Ibid.*

⁶ Pour une liste des articles et présentations de l'auteur, voir Université de Californie à Los Angeles, *supra* note 2.

⁷ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *supra* note 3 à la p 1.

⁸ *Ibid* à la p 22.

celui de la suprématie judiciaire, les droits sont inscrits dans une charte représentant une limite constitutionnelle au pouvoir législatif; les tribunaux ont le dernier mot sur la validité de la législation⁹. Le NMCC, tel que défini par Gardbaum, serait une forme intermédiaire entre ces modèles de constitutionnalisme¹⁰. Il s'agit d'une nouvelle option qui brise le débat dichotomique en proposant un meilleur équilibre entre le législatif et le judiciaire dans l'octroi des pouvoirs et de la responsabilité pour la protection des droits.

Dans la première section du livre¹¹, l'auteur définit sa théorie du NMCC, alors que, dans la seconde section¹², il tente d'en évaluer l'effectivité pratique et ses nuances en étudiant les systèmes de cinq États du Commonwealth¹³. Finalement, suivant l'analyse des forces et des faiblesses des diverses variantes du modèle, le dernier chapitre propose des réformes générales et spécifiques pour en améliorer l'effectivité.

Au deuxième chapitre, Gardbaum définit le concept central de son analyse, le NMCC. Celui-ci se distingue des modèles traditionnels par ses deux techniques de protection des droits. D'une part, il doit y avoir un engagement de la part du pouvoir politique à examiner les effets possibles d'une loi sur les droits fondamentaux, et ce, avant sa présentation, pendant le processus législatif et en réponse à l'action judiciaire. D'autre part, la forme que prend le contrôle judiciaire doit être « faible »¹⁴, c'est-à-dire que les tribunaux peuvent exercer un contrôle judiciaire sans que leurs décisions ne constituent une finalité. En somme, les tribunaux et les législatures jouent un rôle complémentaire, différent des rôles exclusifs qui leur ont été conférés par les deux modèles traditionnels¹⁵.

En tant que forme intermédiaire et distincte des deux modèles traditionnels, le NMCC combinerait les bénéfices et forces de ces derniers tout en éliminant leurs principales faiblesses. Au troisième chapitre, l'auteur allègue que le NMCC éviterait le déséquilibre causé par les modèles traditionnels dans l'octroi de pouvoir aux tribunaux (aux juges non élus) et aux législatures (la volonté démocratique de la majorité). Il en résulterait conséquemment une protection plus effective des droits¹⁶.

Le quatrième chapitre explore comment le modèle doit fonctionner pour être optimal. L'analyse de l'effectivité du NMCC s'effectue par la détermination de la portée de l'utilisation des pouvoirs de contrôle ou de révision conférés aux pouvoirs législatif et judiciaire¹⁷. Théoriquement, le modèle fonctionne en trois étapes distinctes : le contrôle politique préalable à la présentation d'une loi, le contrôle

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* aux chapitres 2 à 4.

¹² *Ibid.* aux chapitres 5 à 8.

¹³ Canada, Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande et les États australiens de Victoria et du Territoire de la capitale australienne.

¹⁴ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *supra* note 3 à la p 25 (voir « Weak-Form Judicial Review »).

¹⁵ *Ibid.* à la p 27.

¹⁶ *Ibid.* à la p 48.

¹⁷ *Ibid.* à la p 78.

judiciaire et la réponse du politique. Le contrôle politique doit notamment permettre de susciter des discussions publiques, libres et ouvertes¹⁸. Le rôle du judiciaire est d'assurer la protection des droits garantis contre les abus¹⁹. La troisième étape est certainement celle qui distingue le plus le NMCC : le contrôle politique post-litige vise à régler les problématiques reliées aux droits en excédant le simple raisonnement juridique²⁰. Ce contrôle devrait permettre au pouvoir législatif de réagir au contrôle judiciaire en prenant des initiatives reflétant l'intérêt public et évitant une mise en œuvre trop limitée des droits.

Le cadre théorique étant exposé, l'auteur soumet quatre études de cas à l'analyse. Au chapitre 5, l'auteur indique que le nouveau modèle aurait d'abord été initié par le Canada²¹. Premièrement, le contrôle judiciaire mis en place par la *Charte canadienne des droits et libertés*²² se distingue de la forme traditionnelle de suprématie judiciaire. En effet, le législatif peut limiter le pouvoir des tribunaux canadiens d'invalider les lois incompatibles avec les dispositions de la *Charte* en déclarant qu'une loi spécifique n'est pas assujettie au contrôle judiciaire²³. En pratique, peu d'utilisations de cette disposition ont été répertoriées²⁴, ce qui, selon l'auteur, représente une faiblesse quant à l'application pratique du NMCC²⁵. Pour équilibrer le rôle du pouvoir législatif face au contrôle judiciaire, l'objectif de cette disposition devrait plutôt être de réagir aux décisions judiciaires d'incompatibilités, en suscitant des discussions publiques et en permettant au législatif d'exprimer clairement son désaccord²⁶. Deuxièmement, le système canadien assure un contrôle politique systématique des lois avant leur adoption²⁷. L'auteur remarque toutefois que le manque de temps, de ressources et de spécialisation, en plus d'un accès limité aux documents du gouvernement, rendent difficile cet exercice²⁸. En ce sens, ce contrôle politique semble simplement viser à s'assurer de la compatibilité de la loi et de sa validité avant de la proposer. En somme, l'auteur conclut à une protection plus effective des droits de la personne sans réussir à assurer un véritable équilibre entre le législatif et le judiciaire²⁹. Par conséquent, il considère que le constitutionnalisme canadien se rapproche trop du modèle de suprématie judiciaire pour être considéré comme la version la plus réussie du NMCC³⁰.

¹⁸ *Ibid* à la p 80 et s.

¹⁹ *Ibid* à la p 83 et s.

²⁰ *Ibid* à la p 87 et s.

²¹ *Ibid* à la p 97.

²² *Ibid* à la p 101.

²³ *Charte canadienne des droits et libertés*, art 33, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 « [I]e Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte ») [*Charte*].

²⁴ L'article 33 été utilisé à dix-sept occasions, voir Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *supra* note 3 à la p 109.

²⁵ *Ibid* à la p 110.

²⁶ *Ibid* à la p 123.

²⁷ *Ibid* à la p 103.

²⁸ *Ibid* à la p 104.

²⁹ *Ibid* à la p 122.

³⁰ *Ibid* à la p 128.

Le sixième chapitre évalue le système de la Nouvelle-Zélande. L'opposition à une charte constitutionnelle y fut très importante lors de l'adoption du *New Zealand Bill of rights* 1990³¹. Par conséquent, les tribunaux néo-zélandais n'ont pas le pouvoir d'invalider, d'empêcher l'application ou de traiter comme inopérante une loi incompatible³². En outre, ils ne peuvent préférer l'application du *bill of rights* à une loi adoptée postérieurement³³. Ils exercent donc un contrôle judiciaire très limité : ils utilisent simplement le *bill of rights* pour interpréter des lois dans la mesure où il y a compatibilité entre les dispositions. La loi néo-zélandaise instaure également un processus obligatoire de contrôle politique par le procureur général³⁴ : les nombreux rapports émis tentent surtout de relever les obstacles juridiques et techniques à l'application de la loi sans exercer un véritable contrôle politique tel que le conçoit l'auteur³⁵. De plus, l'absence de comité spécialisé pour alimenter les débats et proposer des amendements représente une faiblesse selon ce dernier³⁶. Finalement, l'auteur conclut qu'il s'agit d'une approche selon laquelle le constitutionnalisme est influencé par les tribunaux³⁷, sans être centré sur le pouvoir judiciaire. Il s'agit ainsi d'une « révision judiciaire » sans « suprématie judiciaire »³⁸. Alors que l'auteur note un meilleur équilibre entre les pouvoirs judiciaire et législatif sous ce modèle, il estime que cela se traduit notamment par une protection insuffisante des droits des groupes moins populaires³⁹.

Le septième chapitre explicite le modèle en vigueur au Royaume-Uni. L'adoption du *Human Rights Act 1998*⁴⁰ y est assez récente. Cette loi vise à codifier les droits garantis ainsi qu'à donner effet aux obligations internationales en droit interne⁴¹. Le système du Royaume-Uni est particulier puisque les décisions judiciaires sont soumises à celles de la Cour européenne et à son interprétation de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁴². Selon l'auteur, les droits sont mieux protégés sous le régime du *HRA* puisque les parlements, les cours de justice, les gouvernements et même les citoyens y sont plus attentifs⁴³. Cela s'explique, entre autres, par le contrôle politique préalable obligatoire, notamment par un comité spécialisé en droit de la personne. Selon Gardbaum, il s'agit de la version la plus réussie du modèle sur cet aspect⁴⁴. En outre, l'auteur estime que les tribunaux ont une attitude respectueuse de la souveraineté parlementaire : ils appliquent et interprètent la loi en tenant compte des délibérations résultant du contrôle politique, sans y accorder

³¹ *Ibid* à la p 129.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid* à la p 130.

³⁴ *Ibid* à la p 132.

³⁵ *Ibid* à la p 152.

³⁶ *Ibid* à la p 153.

³⁷ *Ibid* à la p 151.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voir *ibid* à la p 152 (pensons notamment aux immigrants, aux toxicomanes, etc).

⁴⁰ *Human Rights Act 1998* (R-U), c 42 [*HRA*].

⁴¹ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *supra* note 3 à la p 157.

⁴² *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [*Convention européenne des droits de l'homme*].

⁴³ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *supra* note 3 à la p 193.

⁴⁴ *Ibid.*

trop de déférence⁴⁵. Quant à la faiblesse de ce modèle, l'auteur prétend que la dominance du système supranational européen représente une forme « forte » de contrôle judiciaire, les jugements de la Cour européenne contraignant de façon certaine les pouvoirs judiciaire et législatif⁴⁶.

Le modèle australien, étudié au chapitre 8, est particulier puisqu'il n'y a pas de législation en matière de droits de la personne au niveau fédéral. Ce sont plutôt les États fédérés de Victoria et du Territoire de la capitale australienne qui ont récemment adopté leurs propres lois. Sous ces régimes, le judiciaire doit utiliser son pouvoir d'interprétation conformément à l'objectif visé par le législateur au moment de l'adoption d'une loi⁴⁷. Les déclarations d'incompatibilité y sont très rares : les tribunaux en détiennent le pouvoir, mais semblent peu enclins à l'utiliser. Par conséquent, le législatif ne peut jouer son rôle de suivi des décisions judiciaires⁴⁸. Pour un fonctionnement optimal du modèle, l'auteur estime que les tribunaux ne doivent plus être réticents à utiliser ces déclarations d'incompatibilité⁴⁹. Par ailleurs, l'auteur note que le contrôle politique préalable à l'adoption des lois a un impact certain dans ces États⁵⁰. En somme, le contexte de mise en œuvre du modèle australien est distinct des autres : d'une part, les États fédérés ne subissent pas la même contrainte découlant du droit international et, d'autre part, ils vivent dans un contexte particulier dû au rejet d'un *bill of rights* par l'État fédéral⁵¹.

Au dernier chapitre, rappelant ses constatations, l'auteur affirme qu'il est sans doute trop tôt dans l'évolution du NMCC pour dresser des conclusions définitives, ses différentes formes étant incomplètes et variées⁵². Il prétend que l'utilisation complémentaire des pouvoirs législatifs et judiciaire, du politique et du juridique, est préférable à l'octroi d'un pouvoir de contrôle de façon exclusive à l'un ou l'autre⁵³. Selon l'auteur, le NMCC n'est encore qu'en développement et ne peut que se bonifier avec le temps⁵⁴. À cet effet, il propose quelques pistes de solutions pour en réformer les formes existantes afin d'en assurer un fonctionnement optimal⁵⁵.

En somme, dans cet ouvrage, Stephen Gardbaum atteint ses objectifs : il explicite le contexte théorique relatif au NMCC et analyse son effectivité selon les divers systèmes en vigueur. Dans la première partie, il établit un cadre théorique clair en définissant plusieurs des concepts qu'il utilisera au fil de son étude et en spécifiant leurs synonymes. Il évite ainsi toute confusion dans la compréhension de sa pensée. Il cerne de façon précise son objet d'étude, notamment en expliquant sa méthodologie. Il permet ainsi au lecteur de cerner les critères de base pour mieux comprendre les

⁴⁵ *Ibid* à la p 194.

⁴⁶ *Ibid* à la p 195.

⁴⁷ *Ibid* à la p 219.

⁴⁸ *Ibid* à la p 220.

⁴⁹ *Ibid* à la p 221.

⁵⁰ *Ibid* à la p 217.

⁵¹ *Ibid* à la p 225.

⁵² *Ibid* à la p 243.

⁵³ *Ibid* à la p 244.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ *Ibid* à la p 237.

études de cas de la seconde partie. Dans la deuxième partie, l'auteur ne cesse de guider le lecteur. De cas en cas, il reprend des sous-titres similaires et se conforme à son cadre d'analyse afin d'exposer les forces et faiblesses de chaque système. Gardbaum nous offre une recherche jurisprudentielle et doctrinale étoffée, démontrant une connaissance certaine et détaillée du droit constitutionnel des États étudiés. Néanmoins, les exemples concrets utilisés exigent une certaine connaissance des divers systèmes pour être compris par le lecteur. En outre, les idées exposées gagneraient à être synthétisées. D'une part, les conclusions des chapitres ne parviennent pas toujours à cibler les principaux points abordés. L'auteur y ajoute souvent de nouvelles idées sans conclure définitivement sur celles présentées dans le chapitre. D'autre part, en situant continuellement le lecteur, l'auteur réussit sans doute à le guider au fil de sa pensée, mais les nombreuses répétitions alourdissent le propos. À cet effet, la complexité de son analyse demeure adaptée au lectorat auquel elle est destinée, soit des étudiants ayant une compréhension avancée du droit constitutionnel. Cet ouvrage n'en demeure pas moins intéressant puisqu'il propose un nouveau cadre d'analyse tout en offrant un portrait assez nuancé des divers modèles de constitutionnalisme étudiés.