

L'INADÉQUATION ENTRE LE DROIT ET L'HISTOIRE

André Émond

Volume 33, numéro 1-2, 2002–2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107616ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12304>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Émond, A. (2002). L'INADÉQUATION ENTRE LE DROIT ET L'HISTOIRE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33(1-2), 317–376.

<https://doi.org/10.17118/11143/12304>

Résumé de l'article

Quel rapport pouvons nous établir entre le droit d'une société à une époque donnée et son histoire sociale et politique ? Y-a-t-il coïncidence absolue ou encore existe-t-il des différences importantes ? Tout en ne niant pas les liens étroits entre ces deux branches du savoir, cet article rappelle cependant leur différence de nature : l'histoire politique et sociale a vocation d'objectivité, tandis que le droit n'est qu'une construction intellectuelle obéissant aux seules prescriptions de son auteur. Et c'est en raison de cette différence que les données du droit s'écartent fréquemment des données de l'histoire. On en voit l'illustration dans la notion de fiction du droit, une proposition reconnue comme vraie par le droit tout en sachant qu'elle ne correspond pas aux faits. Après une courte revue du rôle de la fiction en droit, l'article se poursuit par l'étude des principales fictions du droit constitutionnel anglais, parce que c'est là que les écarts entre le droit et l'histoire sont les plus marqués. Mais serait-il possible de réduire cet écart, voire de l'éliminer complètement ? On répond à la question en examinant le pouvoir du juge de modifier le droit existant, en l'occurrence la common law dont il est l'auteur. Or, le pouvoir du juge n'est pas absolu; il ne lui permet pas de modifier certaines fictions du droit, lorsque ces fictions correspondent également à des principes fondamentaux de l'ordre juridique existant. L'auteur conclut que même le pouvoir du législateur en ce domaine n'est pas sans limite.

L'INADEQUATION ENTRE LE DROIT ET L'HISTOIRE

par André ÉMOND*

Quel rapport pouvons nous établir entre le droit d'une société à une époque donnée et son histoire sociale et politique? Y-a-t-il coïncidence absolue ou encore existe-t-il des différences importantes? Tout en ne niant pas les liens étroits entre ces deux branches du savoir, cet article rappelle cependant leur différence de nature : l'histoire politique et sociale a vocation d'objectivité, tandis que le droit n'est qu'une construction intellectuelle obéissant aux seules prescriptions de son auteur. Et c'est en raison de cette différence que les données du droit s'écartent fréquemment des données de l'histoire. On en voit l'illustration dans la notion de fiction du droit, une proposition reconnue comme vraie par le droit tout en sachant qu'elle ne correspond pas aux faits. Après une courte revue du rôle de la fiction en droit, l'article se poursuit par l'étude des principales fictions du droit constitutionnel anglais, parce que c'est là que les écarts entre le droit et l'histoire sont les plus marqués. Mais serait-il possible de réduire cet écart, voire de l'éliminer complètement? On répond à la question en examinant le pouvoir du juge de modifier le droit existant, en l'occurrence la common law dont il est l'auteur. Or, le pouvoir du juge n'est pas absolu; il ne lui permet pas de modifier certaines fictions du droit, lorsque ces fictions correspondent également à des principes fondamentaux de l'ordre juridique existant. L'auteur conclut que même le pouvoir du législateur en ce domaine n'est pas sans limite.

What is the connection between the law of a society at a given moment and its social and political history? Are they the same, or do they present significant distinctions? While acknowledging the link between the two, this article underlines their different nature: social and political history has a goal of objectivity, whereas the law is based upon a purely intellectual construction. Because of this, elements of the law often differ from historical data. A case in point is the notion of legal fiction, a proposition recognized by law as the truth, even though it does not conform to the factual situation. After reviewing the role of fictions in law, this article examines the main fictions of English constitutional law, because this is where the gap between law and history is most pronounced. Can this gap be reduced, even to the point it no longer exists? The question is answered by examining the power of judges to modify existing law, more particularly the common law which is of judicial origins. We see that this power is not absolute: judges cannot modify fictions when they also constitute fundamental principles of the existing legal order. The writer concludes that even the authority of legislators in this matter is not without limit.

*. Professeur agrégé au Département de droit et justice de l'Université Laurentienne.

SOMMAIRE

Introduction	321
I. Fiction et présomption irréfragable	323
A. Définition de la fiction juridique	324
B. Définition de la présomption irréfragable	325
II. Découplage entre le droit et l'histoire opéré par les fictions du droit constitutionnel anglais	327
A. Élaboration des principales fictions du droit constitutionnel anglais	328
1. Établissement du monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques	328
2. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de légiférer	333
3. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de rendre justice	337
4. Modalités d'exercice du pouvoir régalien d'administrer le gouvernement	340
B. Réception des fictions juridiques dans les colonies	345
1. Elargissement des prérogatives de la Couronne : la fiction de l'acte d'État	345
2. Introduction des prérogatives régaliennes suite à un changement de souveraineté	349
3. Maintien subséquent des prérogatives de la Couronne	353
III. Potentiel limité du caractère révisionniste de la <i>common law</i>	356
A. Caractère révisionniste de la <i>common law</i>	357
1. L'évolution de la <i>common law</i>	357
2. Opposition entre les visions statique et dynamique de la <i>common law</i>	360
B. Capacité des tribunaux de réviser la <i>common law</i>	362

1.	Caractère discrétionnaire de la décision judiciaire	362
2.	Règles régissant la discrétion judiciaire	365
3.	Limite de la discrétion judiciaire : le principe fondamental du droit	369
Conclusion	375

Introduction

Trop souvent a-t-on confondu, à tort, le droit d'une société avec son histoire. Tous peuvent s'égarer : des juristes¹, et encore plus naturellement des historiens², partent ainsi de faits pour en tirer des conclusions quant à l'état du droit à une époque donnée. Dans l'ignorance à peu près complète d'un système juridique, il est vrai que la proposition a de quoi séduire. Mais même lorsque les règles posées par l'autorité publique sont connues, le réflexe de celui qui aborde l'histoire du droit est trop souvent d'éradiquer toute contradiction apparente entre les deux branches de son sujet d'étude, aux dépens des règles juridiques «fautives». Il va donc tempérer leur portée, allant parfois jusqu'à nier ces règles, pour rétablir l'harmonie entre le droit et les faits³. Comme si tout écart n'était que le produit d'une pathologie du droit!

En vérité, l'histoire et le droit sont des concepts dissonants; les faits historiques constituent une réalité tangible, contingente, ayant vocation d'objectivité, tandis que les règles de droit ne sont que des constructions intellectuelles obéissant aux seules prescriptions de leur auteur, nullement bornées par le réel. Le droit peut donc produire sa propre réalité virtuelle. Il en est ainsi dans tous les systèmes juridiques occidentaux où l'emploi de fictions est généralisé. Ces fictions, comme leurs proches parentes les présomptions irréfragables, sont des procédés qui servent à optimiser les systèmes juridiques; ils opèrent un divorce voulu, conscient, entre le droit et les faits. Aux fictions et présomptions irréfragables on peut ajouter l'erreur, le mensonge, ainsi que le concept intermédiaire d'auto-tromperie. Bien que n'étant pas du droit, ils peuvent néanmoins conduire à son application erronée et produire, avec le passage du temps, un nouvel état de fait potentiellement générateur de normes légales.

-
1. Voir notamment l'article de S. Normand, «Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français» dans A. Lajoie, J.M. Brisson, S. Normand et A. Bissonette, *Le statut juridique des peuples autochtones et le pluralisme*, Yvon Blais, Cowansville (Qc), 1996 à la p. 107 ou encore l'*obiter dictum* du juge en chef Lamer lors du procès *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 aux pp. 170-173.
 2. Comme dans l'opinion de D. Delâge livrée à la Cour supérieure du Québec pour *Québec (sous-ministre du Revenu) c. Sioui*, [1995] R.J.Q. 2105 (C.S.) à la p. 2113.
 3. C'est la technique employée par les auteurs des textes auxquels les deux précédentes notes renvoient.

Des esprits éclairés pourraient vouloir changer cette situation. C'est en partie possible, d'autant plus qu'un système comme la *common law* reconnaît au jugement judiciaire une portée déclaratoire, entendre rétroactive, qui permet de réécrire le droit antérieur tel qu'il aurait dû l'être et d'en tirer des conséquences pour aujourd'hui : une sorte de révisionnisme juridique. L'ironie est que le caractère déclaratoire du jugement portant sur la *common law* est lui-même une fiction légale reposant sur l'idée que le juge découvre plutôt qu'il ne façonne le droit⁴. Toutefois, si certains tentent de corriger les effets légaux d'erreurs historiques ou encore de procéder à la déconstruction des fictions, ils se heurteront à la force d'inertie de la société et du système judiciaire qui la sert. En d'autres termes, ils découvriront que le droit est prisonnier de son histoire, tant et si bien que le poids du passé devient prépondérant lorsque les changements proposés portent atteinte de manière importante à l'architecture légale d'une société.

Nous commencerons par décrire brièvement les fictions légales et autres procédés qui leurs sont associés. Notre attention portera ensuite sur les principales fictions du droit constitutionnel anglais et leur réception en Amérique lors de la colonisation, car c'est là que la fracture entre le droit et l'histoire apparaît la plus marquée. Enfin, considérant le potentiel révisionniste de la *common law*, nous nous demanderons comment et dans quelle mesure il est possible d'établir une correspondance entre les données de l'histoire et celles du droit. Il faudra alors considérer la place que ces fictions occupent dans l'ordre juridique. Notre objectif demeurera modeste : nous ne désirons pas tirer de notre étude des conclusions arrêtées sur des questions juridiques précises qui nous serviront d'illustrations, seulement tempérer le réflexe que plusieurs ont de confondre trop aisément le droit et l'histoire. Précisons également que notre analyse, d'essence positiviste, porte sur le système juridique vu comme un tout cohérent, fixé par un ensemble de règles ou de normes dont la sanction est assurée par un appareil d'État. Il s'ensuit que telle conclusion sur une question

4. Cette fiction est néanmoins reconnue pour ce qu'elle est : voir *Kleinwort Benson Ltd. c. Lincoln City Council*, [1999] 2 A.C. 349 aux pp. 358- 359, Lord Brown-Wilkinson (dissident pour d'autres motifs) aux pp. 378- 379, Lord Goff of Chieveley aux pp. 393-394, Lord Lloyd of Bewick (H.L.) [ci-après *Kleinwort Benson Ltd.*] et *Giannarelli c. Wraith* (1987-1988), 165 C.L.R. 543 aux pp. 584-587, juge Brennan (H.C. Aus.).

ou une autre peut varier selon le système juridique choisi, mais la démarche du rapport du droit à l'histoire reste la même.

I. Fiction et présomption irréfragable

Les fictions et les présomptions irréfragables sont d'un usage fort ancien; leur filiation directe remonte au moins au temps de l'Empire romain⁵ et elles se sont propagées depuis lors dans tous les systèmes de droit occidentaux⁶. Fictions et présomptions sont en outre omniprésentes, intimement mêlées au tissu du droit, au point des les rendre quasi invisibles pour le praticien. L'élévation de certaines d'entre elles au rang de dogme y a certes contribué.

Une telle règle commune aux systèmes de *common law* et romano-germanique est la présomption *res judicata pro veritate habetur*. Elle exprime l'idée qu'un jugement définitif doit être considéré comme la vérité. C'est une présomption irréfragable, incontestable si l'on préfère, que le jugement soit ou non entaché d'erreur, qu'il corresponde ou non à la réalité⁷. Une autre règle est que nul n'est censé ignorer la loi, une fiction cette fois, surtout connue en droit criminel. Elle empêche la défense d'ignorance de la loi; *ignoranti juris non excusat* selon sa formulation latine. Il y a bien sûr contradiction avec la réalité puisque personne ne connaît toutes les lois criminelles auxquelles il est assujéti⁸. Ces deux exemples suffisent pour éclairer le lecteur avant d'ébaucher une définition de la fiction juridique qu'on distinguera, chemin faisant, de la présomption irréfragable en droit.

-
5. P.J.J. Olivier, *Legal Fictions in Practice and Legal Science*, Rotterdam, Rotterdam University Press, 1975 aux pp. 3-25.
 6. J.-L. Bergel, «Le rôle des fictions dans le système juridique» (1988) 33 R.D. McGill 357 à la p. 360 et D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2000 aux pp. 6-9.
 7. L'interprétation jurisprudentielle de la maxime a été codifiée en droit civil québécois à l'article 2848 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.
 8. La maxime a été codifiée en droit canadien à l'article 19 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

A. Définition de la fiction juridique

De nombreuses définitions de la fiction juridique ont été avancées par autant d'auteurs qui se sont penchés sur son étude⁹. Pour sa simplicité, et quitte à la préciser par la suite, retenons celle proposée par Henri Capitant : la fiction est «un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques»¹⁰.

La définition de la fiction comporte un certain nombre d'éléments constitutifs dont le plus important, pour notre propos, est qu'elle met de l'avant une proposition différente de la réalité, au moins substantiellement différente ou même contraire à celle-ci. Une fiction ne vise pas à tromper; elle n'est ni mensonge, ni erreur, puisque sa fausseté est connue tant par son auteur que par ses destinataires. En ce sens, la fiction contredit la vérité de manière conventionnelle¹¹. D'ailleurs la fiction juridique tient en partie sa légitimité comme procédé de ce qu'elle se présente à visage découvert.

Bien que fausseté en regard des faits, la fiction juridique est néanmoins acceptée comme une vérité, une proposition reconnue comme vraie par le droit. Personne ne devrait donc avoir l'idée de contester une fiction en invoquant pour seul motif sa fausseté factuelle, celle-ci faisant partie de son caractère, de son essence. Il va de soi qu'il est toujours possible de demander d'en changer les modalités d'application, voire de réclamer son abandon, mais en plaçant des motifs telles une situation imprévue et totalement nouvelle, ou plus simplement

-
9. Voir notamment Olivier, *supra* note 5; D. Costa, *supra* note 6; H.S. Maine, *Ancient Law*, London, J. Muller, 1906; L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967; Ch. Perelman et P. Frieri (dirs.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1974; P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dirs.), *Actualités de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987; J.L. Bergel, *supra* note 6; et le juge G. Létourneau, «Les fictions en droit public», Conférence prononcée à l'Université de Montréal, Montréal, février 2000 [non publiée].
 10. H. Capitant, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1936, s.v. «fiction». Cette définition a été reprise par H. Reid dans son *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, s.v. «fiction».
 11. Voir Costa, *supra* note 6 à la p. 52.

la désuétude de la fiction en cause. Cela nous amène à considérer la raison d'être des fictions.

La fiction est un procédé de technique juridique. Elle sert d'outil pour atteindre des objectifs déterminés par son ou ses auteurs, les institutions productrices de normes légales. Ces objectifs varient : ils tendent notamment à protéger l'ordre social, à redresser des injustices, ou encore à assurer la cohérence interne du système juridique¹². Et c'est en raison de son utilité, en regard des objectifs poursuivis, que la fiction juridique existe, qu'elle trouve sa légitimité finale. Or, ceux-ci peuvent être redéfinis, à la marge comme en profondeur, jusqu'à l'abandon, ou encore ils peuvent être atteints autrement, sans avoir à respecter intégralement la fiction. Par conséquent la fiction juridique, qui n'est après tout qu'un outil, doit être adaptée. Rappelons notre exemple de fiction : «nul n'est censé ignorer la loi», dont les objectifs sont d'encourager la connaissance de la loi et le respect de la légalité. Dans le cas contraire, toute personne pourrait choisir les lois qu'elle respecterait. Il deviendrait alors difficile de prouver, en plus de l'infraction pénale, la connaissance de la loi qui la fonde. Attentives aux dits objectifs, les cours de justice ont néanmoins estimé qu'ils pouvaient être respectés même en admettant une entorse à la fiction. Il s'agissait en l'occurrence d'excuser une infraction pénale lorsqu'un inculpé avait agi sur la foi de faux renseignements livrés par les autorités gouvernementales¹³. Quoique la fiction ait continué d'exister, elle y a perdu son ancien lustre dogmatique.

B. Définition de la présomption irréfragable

N'admettant pas de preuve contraire, la fiction juridique participe aux règles de fond et non aux règles de preuve. Elle ressemble en cela à la présomption irréfragable. Toutefois, à la différence de la fiction qui est certainement la légitimation du faux, la présomption irréfragable reconnaît pour vrai un fait qui peut être aussi bien faux que vrai. Elle est donc une vérité hypothétique¹⁴.

12. Voir Bergel, *supra* note 6 à la p. 361.

13. *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

14. Voir P. Foriers, «Présomptions et fiction», dans Ch. Perelman et P. Foriers, *supra* note 9 à la p. 7.

Évitons ici de confondre la présomption irréfragable avec la présomption simple. Cette dernière ressemble à la présomption irréfragable, en ce sens qu'elle constitue également une vérité hypothétique, mais, à la différence de l'autre, la présomption simple n'est qu'un moyen de preuve pour démontrer *prima facie* l'existence d'un fait; elle peut donc être renversée par l'administration d'une preuve contraire.

Une présomption irréfragable est établie par commodité pour des motifs de même nature que la fiction juridique. Pas plus que la fiction, la présomption irréfragable ne cherche à tromper; la possibilité d'une erreur est clairement admise, et acceptée, en contrepartie des bénéfices tirés de son application. «Le jugement définitif doit être considéré comme une vérité» était notre exemple de présomption irréfragable. Ancrée dans une politique judiciaire promouvant l'intérêt public, elle vise à assurer la sécurité et la stabilité des rapports sociaux en empêchant la multiplication sans fin des procès et jugements contradictoires¹⁵. La présomption, bien que toujours d'actualité, souffre également d'exceptions qui en atténuent le caractère dogmatique¹⁶. On vient d'ailleurs d'ajouter à cette liste en ouvrant la porte au Canada à une catégorie indéfinie de cas dit exceptionnels¹⁷. C'est que, comme toute autre présomption, elle est susceptible d'être modifiée ou de disparaître pour les mêmes raisons qu'une fiction juridique.

Nous assimilerons désormais les présomptions irréfragables aux fictions juridiques, étant donné leur proche parenté dans le rapport qu'elles entretiennent avec la réalité.

Selon la tradition civiliste, il était interdit d'avoir recours à une fiction juridique lorsqu'on ne pouvait appliquer toutes ses conséquences légales¹⁸. De fait la fiction devenait inutile. L'impératif d'effectivité, d'efficacité d'une

15. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Arnold c. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [ci-après *Arnold*].

16. Les exceptions traditionnellement reconnues sont la fraude ou la découverte d'une nouvelle preuve déterminante qu'on ne pouvait raisonnablement connaître au moment du procès.

17. Voir *Hockin c. Bank of British Columbia* (1993), 123 D.L.R. (4th) 538 (C.A. C.-B.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1995] 3 R.C.S.

18. Voir Olivier, *supra* note 5 aux pp. 77-78.

norme, aurait dit Hans Kelsen, n'est cependant pas le propre de la fiction : il est commun à l'ensemble des règles de droit dont il est une condition de validité¹⁹. On peut bien sûr retarder l'application d'une règle de droit, même très longtemps. C'est une situation bien connue en droit de la procédure, quand l'impossibilité d'exécuter un recours suspend sa prescription. Le principe en a été étendu au droit colonial; les Britanniques avaient effectivement coutume de suspendre, sans les abandonner, des prétentions juridiques qu'ils se savaient incapables d'appliquer pour le moment²⁰. Évidemment il y a toujours une limite, un délai, pas toujours facile à préciser, au-delà duquel prétendre à l'existence d'une règle inapplicable devient futile.

Les fictions sont des procédés de technique juridique qui contredisent ou ignorent la réalité de manière consciente et acceptée. De là vient l'essentiel de l'hiatus entre les données du droit et celles de l'histoire. Ce qui reste d'écart s'explique par les erreurs, mensonges et auto-tromperies de ceux chargés de conduire les affaires de leur gouvernement. Nous y reviendrons plus tard. Entre-temps, voyons comment en pratique s'est opéré le découplage.

II. Découplage entre le droit et l'histoire opéré par les fictions du droit constitutionnel anglais

Il faut attendre les révolutions du XVII^e siècle pour voir naître en Angleterre une synthèse du droit constitutionnel qui a survécu jusqu'à nos jours. Or, à cette époque, les Anglais croyaient que la *common law* était le seul droit que leur pays ait jamais connu. Comme la *common law* est principalement d'origine coutumière, et que les juristes insistaient sur le caractère immémorial de la coutume, les Anglais ont naturellement retrouvé dans leur passé le plus lointain le droit de leur époque²¹. Que ce passé ait été reconstruit, ré-interprété,

19. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Neufchâtel (France), Éditions de la Baconnière, 1988 à la p. 28.

20. F. Jennings, *The Invasion of America : Indians, Colonialism, and the Cant of Conquest*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1975 à la p. 119.

21. J.G.A. Pocock, *L'ancienne constitution et le droit féodal*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 à la p. 50 et s.

pour les besoins d'alors, cela ne fait aucun doute²². Il était resté suffisamment ambigu pour cela. Mais il a indéniablement servi à édifier le droit constitutionnel que l'on connaît aujourd'hui, d'où l'utilité d'un retour à cette époque reculée.

A. Élaboration des principales fictions du droit constitutionnel anglais

1. Établissement du monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques

Aux temps des Saxons, des Angles et des Jutes, après que ces peuples d'origine germanique eurent colonisé l'Angleterre et formé leurs premiers royaumes, toute l'autorité publique reposait entre les mains du roi. Celui-ci, pour des raisons d'opportunisme politique, l'exerçait conjointement avec une assemblée des hommes les plus importants du royaume du nom de *Witenagemot*, ce qui signifie conseil des sages, ou plus simplement *Witan*, les hommes sages²³. Le roi légiférait d'ailleurs le plus souvent avec ce conseil. Enfin il déclarait le droit du royaume. En effet, dans le pays, et sauf exceptions, le droit se limitait aux coutumes, ces anciens usages ou pratiques d'application générale auxquels on avait reconnu un caractère légalement contraignant. Le roi venait simplement les clarifier et leur ajouter un surplus d'autorité. Il procédait à ce que l'on appelle aujourd'hui une codification du droit en vigueur²⁴. Au roi incombait aussi la charge de protéger les plus faibles, orphelins, veuves et commerçants, comme d'assurer la sécurité publique contre les vols et les actes de violence, en somme d'appliquer les lois²⁵. Il possédait en outre le pouvoir suprême en matière d'administration de la justice, pouvoir qu'il exerçait à

22. La reconstitution du passé n'est pas une fin en elle-même; inspirée par un intérêt actuel, elle tend à une fin actuelle, a écrit Raymond Aron dans son *Introduction à la philosophie de l'histoire : essai sur les limites de l'objectivité historique*, Paris, Gallimard, 1948 à la p. 147.

23. H.R. Loyn, *The Governance of Anglo-Saxon England 500-1087*, Stanford University Press, Stanford (Californie), 1984 aux pp. 66 et 130; A. Williams, *Kingship and Government in Pre-Conquest England c. 500-1066*, MacMillan Press, London/New York, 1999 aux pp. 49, 50, 58 et 93-96.

24. Loyn, *ibid* aux pp. 42, 43 et 67. Les derniers rois anglo-saxons ont cependant modifié le droit à la marge, exerçant ainsi un véritable pouvoir de législateur : *ibid.* aux pp. 105-106.

25. *Ibid* à la p. 44.

l'égard de tous, noblesse et populace. Tout autre tribunal du royaume exerçait des pouvoirs délégués par lui²⁶.

Le roi anglo-saxon désignait normalement son héritier parmi les membres de sa famille élargie. Lorsque ce candidat faisait consensus, il occupait sa charge à la mort de son parent et, sans autre difficulté, faisait confirmer son titre par le *Witan*. Mais en cas de crise, lorsque la succession était incertaine, le *Witan* pouvait procéder à une véritable élection pour choisir le nouveau roi. Il pouvait même destituer le roi en fonction lorsque celui-ci se montrait gravement incompétent²⁷.

À son décès, Édouard le Confesseur, roi saxon, laissa justement un héritage contesté. Invoquant une ancienne promesse du Confesseur le désignant comme héritier, Guillaume de Normandie en a profité pour envahir le royaume et conquérir la Couronne d'Édouard aux dépens de l'autre prétendant, le Saxon Harold. Nous étions en 1066. Ses succès lui ont permis de s'approprier de vastes domaines, terres du roi défunt, terres des seigneurs ayant combattu aux côtés du prétendant, qu'il a redistribués en partie à ses combattants normands, conservant le reliquat pour lui. Comme il se présentait en successeur du roi Édouard, il a déclaré vouloir régner selon les anciennes coutumes anglo-saxonnes. Ce sont les révoltes continuelles des habitants, provoquées il est vrai par les exactions des soldats de Guillaume, qui ont convaincu le Conquérant de consolider l'implantation en Angleterre du système féodal, celui en vertu duquel il gouvernait déjà son duché français de Normandie. Guillaume a donc introduit en Angleterre le service militaire de chevalerie et l'a rendu d'application universelle. Sa manière de procéder a été de confisquer les terres des seigneurs anglo-saxons qui avaient pris part aux soulèvements de 1069-1070, soit le plus grand nombre, pour les redonner en tenure féodale à ses seigneurs et lieutenants normands²⁸. Il pouvait ainsi faire reposer son pouvoir légal sur ce qui fondait dans les faits son pouvoir réel : son armée. Quant au peu de seigneurs saxons restant, Guillaume les a confirmés dans leurs droits.

26. *Ibid.* aux pp. 68, 129 et 130.

27. *Ibid.* à la p.18.

28. *Ibid.* à la p. 180; M. de Boüard, *Guillaume le Conquérant*, Paris, Fayard, 1984 aux pp. 392-395.

Cette vaste entreprise d'appropriations, de redistributions et de confirmations de titres a permis de considérer que l'ensemble des droits de propriété du royaume trouvaient leur origine dans une concession du monarque, soit directement, soit indirectement. Il s'agissait d'une première fiction du droit jusque-là inconnue en Angleterre²⁹. Guillaume a dû cependant adapter la féodalité, telle qu'elle se vivait sur le continent, en retenant plusieurs des caractéristiques centralisatrices de l'ancien régime anglo-saxon.

Selon sa conception idéalisée, le système féodal forme une structure sociale de type pyramidal. Au sommet de la pyramide trône le roi. Celui-ci distribue une partie de son domaine à des barons, ses tenanciers en chef dont il est le seigneur. Il leur garantit la possession de ces terres et, pour donner corps à sa promesse, y joint la protection de ses armes ainsi que de sa cour de justice, car être seigneur d'une personne comporte le droit de lui rendre justice. En échange les barons encourent des devoirs envers leur roi, appelés des aides, qui sont de nature financière ou sous forme de services. Parmi ces derniers on compte le service militaire qui consiste à fournir au roi un certain nombre de chevaliers, le devoir de le conseiller lorsque appelé par lui à siéger aux divers conseils du royaume et, surtout, l'engagement de lui être fidèle en toutes choses. L'échange de promesses entre le roi et ses vassaux constitue un contrat à la base du système féodal qui se répète jusqu'au bas de la hiérarchie. En effet, afin de remplir leurs propres obligations à l'égard du roi, les barons transfèrent à leur tour des terres à des seigneurs de rang inférieur, des chevaliers, qui en font autant en concédant une partie de leur domaine à des paysans. Tout comme le roi, les barons exercent à l'égard des chevaliers, et les chevaliers à l'égard des paysans, des pouvoirs de justice et commandent leur fidélité et obéissance. Normalement un seigneur se contente d'administrer ses rapports avec ses vassaux directs et ceux de ses vassaux entre eux, n'intervenant aucunement dans les relations qu'entretiennent ses protégés avec leurs propres dépendants. Le faire aurait été vu comme un manquement aux droits féodaux des vassaux concernés.

Scellé par un serment sous l'égide de l'Église, le contrat féodal est un engagement qui ne peut être abrogé unilatéralement. Ne pas le respecter peut

29. Loyn, *ibid.*; Bouïard, *ibid.* à la p. 69.

entraîner l'excommunication du seigneur fautif, une sanction très grave car, du coup, tous les vassaux du délinquant se trouvent déliés de leur propre promesse à son égard. Ce qui fait que tout seigneur, y compris le roi, se voit contraint par son serment au même titre que ses vassaux; ils sont indissolublement liés par ce que l'on a appelé un lien de confiance mutuelle³⁰. Le contrat féodal ne peut donc être modifié ou abrogé que de l'accord des deux parties ou par la mort de l'une d'entre elles, auquel cas la terre revient en possession du seigneur qui l'avait concédée par droit de déshérence.

En qui réside la souveraineté dans le royaume, celui qui ne connaît aucun supérieur? Elle appartient nominalement au roi. Son droit de gouverner découle du fait qu'il est considéré comme l'unique propriétaire, le détenteur du titre ultime ou radical des terres de son royaume³¹. Les autres n'ont que des droits personnels. Mais parler de souveraineté territoriale à l'époque de Guillaume tient de l'anachronisme puisque seuls comptent les liens personnels unissant un seigneur à ses vassaux, liens qui les suivent où qu'ils se trouvent, à l'intérieur comme à l'extérieur du royaume. Le pouvoir de gouverner s'exerce donc directement sur des personnes, parce qu'elle se sont liées par contrat et non parce qu'elles se trouvent sur un territoire donné. Au surplus ce pouvoir de gouverner est partagé entre le roi, ses barons et leurs chevaliers. Conséquemment le roi ne pourrait être considéré comme le véritable souverain de son royaume, même en faisant abstraction du fondement contractuel des institutions. S'il faut situer le lieu de la souveraineté dans une société féodale, elle résiderait plutôt dans l'assemblée de tous les seigneurs. Le concept de souveraineté territoriale est donc étranger au monde féodal. Toutefois, le régime féodal contient en germe l'idée de souveraineté territoriale qui s'épanouira du moment que le roi pourra exercer son autorité sur tous les habitants de son royaume, sans égard aux liens de vassalité. Ce fut en partie l'oeuvre de

30. G.D.G. Hall, dir., *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Oxford, Clarendon Press, 1993 à la p. 107.

31. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 1, 7^e éd, London, Sweet and Maxwell, 1956 aux pp. 19-28 [ci-après Holdsworth (vol. 1)]. En Angleterre, la confusion entre propriété et souveraineté a pu se réaliser grâce à la conquête et aux confiscations du conquérant, d'après F. Pollock et F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. 1, 2^e éd., 1898, réimpression par Cambridge University Press, Cambridge, 1966 à la p. 69 [ci-après Pollock et Maitland (vol. 1)].

Guillaume de Normandie. Avec lui commença l'édification de l'État d'Angleterre.

Guillaume de Normandie a dérogé au système féodal en imposant à tous les hommes libres d'Angleterre, et non seulement à ses vassaux directs, un serment d'allégeance à sa couronne³². C'était une conception anglo-saxonne déjà en usage sous les prédécesseurs du roi Édouard le Confesseur³³. Par ce moyen Guillaume a brisé le lien vassalique, puisque l'homme d'un seigneur, quel qu'il soit, devenait également l'homme du roi. Sa justice, ses lois, son gouvernement pouvaient dès lors s'étendre à tous. Il s'y employa notamment en accroissant les pouvoirs judiciaires et administratifs de ses officiers locaux, les shérifs, aux dépens des grands seigneurs. Autre manquement au droit féodal, Guillaume a continué la pratique d'un impôt universel sur tous les biens, appelé *Danegeld* sous l'ancien régime³⁴. Contrairement à son cousin français, qui devait partager son autorité avec des vassaux souvent aussi puissants que lui, le roi Guillaume s'était donc rapproché de la condition d'un véritable souverain dans ses terres d'Angleterre.

Plusieurs des prédécesseurs du Conquérant ont tenté de maintenir la réalité de ce pouvoir suprême et presque absolu à l'encontre des barons qui s'y sont opposés en s'appuyant sur l'intangibilité des coutumes. Les barons ont d'abord cité leur contrat féodal qui, par définition, ne pouvait être modifié ou révisé que de l'accord des parties. Ils ont également invoqué les chartes qui ont été successivement accordées par les rois lors de leur couronnement, une pratique qui remontait au régime anglo-saxon, puis reprise par le Conquérant pour marquer sa légitimité³⁵. Il est vrai que le contenu de cette charte n'était pas fixé par la coutume. On y promettait normalement de faire bonne justice, de promulguer des lois justes et de gouverner avec équité et humanité, en somme

32. Voir l'article 2 des *Laws of William the Conqueror* dans D.C. Douglas et G.W. Greenaway (éd.), *English Historical Documents, 1042-1189*, 2^e éd., London/New York, Eyre Methun et Oxford University Press, 1981 à la p. 431.

33. J. Boussard, *Le gouvernement d'Henri II Plantagenêt*, Paris, Librairie d'Argences, 1956 aux pp. 388-389.

34. Cet impôt fut institué par le Witenagemot afin de financer la guerre contre les envahisseurs danois (les Vikings) (*ibid.* à la p. 392). Voir aussi Pollock et Maitland (vol. 1), *supra* note 31 à la p. 92.

35. De Boïard, *supra* note 28 à la p. 344.

des promesses assez vagues et peu contraignantes. Mais, quelquesfois, sous la pression des barons, des prétendants au trône comme Henri I et Étienne ont dû promettre beaucoup plus : ils se sont engagés dans leur charte à respecter et à faire respecter les droits de chacun, à maintenir les lois justes et à abolir les mauvaises coutumes, puis suivait une liste détaillée de promesses précises. Plus encore, les rois Henri I et Étienne ont reconnu qu'ils devaient leur couronne au consentement des barons, reconnaissant par là un caractère contractuel à l'institution monarchique³⁶. On y voit la préfiguration de la *Magna Carta* de 1215 concédée par Jean sans Terre et les débuts du constitutionnalisme anglais. Certes, les rois, même ceux qui ont prétendu à l'absolutisme, ont admis être soumis au droit. Tout dépendait alors de la définition qu'on en donnait, un problème laissé sans réponse par la charte du roi Jean et qui a donné lieu à de nombreux conflits.

2. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de légiférer

Selon le droit féodal, tel que revu et modifié par Guillaume I et ses successeurs immédiats, le roi possédait en principe toute l'autorité publique. Il l'exerçait au sein de sa *Curia Regis*, un organisme composé en principe de tous ses barons (les lords pairs du royaume), des ministres et juges qu'il nommait, ainsi que de toute autre personne convoquée par lui. Cela ne signifie pas que le roi réunissait toujours la *Curia Regis* en formation plénière; il pouvait choisir d'exercer telle ou telle autre de ses prérogatives au sein d'un comité restreint. C'est ainsi que le roi a administré les affaires courantes du gouvernement, comme l'application des lois, la collecte des impôts, la conduite des armées et celle des affaires étrangères avec l'aide d'un petit conseil, son conseil des ministres, plus tard appelé le Conseil privé. Après avoir créé les cours de justice royales, il les a opérées en s'attachant des juges dont l'autorité, supérieure aux autres justices féodales comme à celles de l'Église, s'étendait à tous dans tout le royaume³⁷. Enfin, le roi a décrété les nouvelles lois, soit avec son petit conseil, le Conseil privé, soit avec son grand conseil, la formation plénière de la *Curia Regis*. Dans un cas on appela ces lois des chartes et dans l'autre des

36. La charte du couronnement de Henri I est reproduite dans Douglas et Greenaway, *supra* note 32 aux pp. 432-434.

37. C'est Henri II qui finalement a imposé l'autorité de ses cours de justice sur celles de l'Église par ses *Constitutions de Clarendon* de 1164, *ibid.* aux pp. 766-770.

constitutions ou assises. Mais quelle que soit la forme, l'acte de légiférer est demeuré un acte du roi seul; les conseils n'exerçaient en effet qu'une autorité consultative. De la même façon l'acte de juger a continué d'être un acte du roi. C'est d'ailleurs en personne que le plus souvent il a rendu justice au sein de sa *Curia Regis*. Notons d'autre part qu'une même personne pouvait cumuler les fonctions de ministre, de législateur et de juge. Il n'a jamais existé en droit anglais un principe de séparation stricte des pouvoirs.

Si le roi possédait en théorie juridique toute l'autorité publique, il ne pouvait l'exercer en autocrate qu'à son propre péril. Voilà pourquoi, bien avisé, il se faisait assister dans ses conseils par les plus puissants du royaume, du moins ceux dont l'appui était nécessaire pour exercer efficacement l'autorité publique. C'est pour avoir négligé cet aspect de la politique vérité que plusieurs rois, de Jean sans Terre à Charles I et Jacques II, ont suscité des révoltes armées qui les ont terrassés. La théorie juridique a bien peu de poids face aux armes.

Édouard I, qui régna de 1272 à 1307, a été l'un des rois qui a gouverné sagement³⁸. Il a donné sa véritable impulsion à une nouvelle institution appelée le *Concilium Regis in Parlamento*, ou plus simplement Parlement. Suivant un précédent établi sous son père Henry III, Édouard, en 1295, a convoqué en plus des habitués de la *Curia Regis* des représentants élus de chaque comté, bourg, ville et port de mer. Ils étaient les députés des communes. L'assemblée de 1295 a été rétroactivement baptisée le «Parlement modèle» parce que sa composition en lords et en communes annonçait le modèle suivi depuis. Le Parlement a cumulé les droits de son organisme prédécesseur, la *Curia Regis* : il était à la fois cour suprême de justice et législateur pour le royaume. Comprendons qu'il ne s'agissait au début que d'une pratique; encore bien longtemps, le roi a continué de légiférer aussi bien avec son Conseil privé qu'en son Parlement, sans résoudre définitivement la question de savoir quel type de législation, des chartes royales ou des statuts du Parlement, devait l'emporter sur l'autre en cas de conflit. D'après un statut adopté au temps d'Édouard I, l'accord des lords et

38. M. Prestwich, *Edward I*, 2^e éd., New Haven et Londres, Yale University Press, 1997 aux pp. 436-468.

des communes réunis en Parlement avec le roi ne semblait obligatoire que pour la levée de nouveaux impôts³⁹.

Les premières tentatives pour établir la primauté des statuts du Parlement sur les chartes royales remontent aux règnes d'Édouard II (1307-1327) et Édouard III (1327-1377). Lors des cérémonies de couronnement, les barons obligèrent les deux Édouard à promettre sous serment le maintien des lois que le peuple se choisirait, une référence claire aux statuts du Parlement. Cela s'ajoutait à la traditionnelle charte des droits concédée à cette occasion. Peu avant le couronnement du roi Richard II, en 1377, le serment ainsi rédigé paraissait avoir acquis force de coutume. Du moins c'est ce que les communes ont cru⁴⁰. Alors, pour revenir à l'ambiguïté d'avant, les conseillers de Richard ont réussi à modifier son serment : celui-ci ne s'y s'est engagé à maintenir que les lois justes et raisonnables que le peuple se choisirait⁴¹. Bien sûr le roi se réservait la faculté de les qualifier ainsi. Comme il n'existait aucune cour de justice suffisamment indépendante du roi pour le contredire, pour garantir ce que l'on appellerait aujourd'hui la primauté du droit, il ne restait aux parties lésées que l'arme de la révolte pour obtenir justice. Le noeud gordien fut finalement dénoué lors de la révolution de 1688.

Sous Charles I, la question du pouvoir du roi de modifier ou suspendre les lois du royaume par décret royal n'était toujours pas résolue. Pas plus que l'on avait de réponse quant à la forme du droit la plus élevée : *common law* ou statut du Parlement⁴². En 1628, quand le Parlement a présenté à Charles sa *Pétition de droit*⁴³, une liste des violations du droit par le roi et ses ministres, il n'a pas remis en cause la légitimité de la monarchie comme principe de gouvernement. Il a commencé par poser l'existence d'un droit supérieur au monarque, un droit immémorial, contenu dans la *common law* et les anciennes

39. *Ibid.* à la p. 457.

40. En effet, les communes ont déclaré que les statuts ne pouvaient être abrogés sans le consentement du Parlement, d'après S.L. Waugh, *England in the Reign of Edward III*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 à la p. 203.

41. N. Saul, *Richard II*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1997 à la p. 25.

42. E. Schnapper, «The Parliament of Wonders» (1984) 84 *Colum. L. Rev.* 1665 à la p. 1676.

43. Le texte de la *Pétition de droit* est reproduit en partie par D. Frison, N. Bensoussan et W. Hutchison, dans *Civilisation britannique : Documents constitutionnels*, Paris, Ellipses, 1993 aux pp. 99-101.

lois adoptées par les rois Jean et Édouard III, qui avaient enchâssé les libertés fondamentales du peuple anglais. Tout comme Charles tenait son titre de ses ancêtres, ses sujets devaient avoir hérité des libertés dont leurs ancêtres avaient joui sous les prédécesseurs de Charles, ont raisonné les parlementaires. Charles I, poussé dans ses derniers retranchements, a reconnu être soumis au droit, incluant l'obligation de respecter les droits historiques de ses sujets, mais voulait conserver le monopole de son interprétation⁴⁴. Nous n'étions pas beaucoup plus avancés. Par ailleurs, une autre logique sous-tendait les plaintes concernant les violations des statuts du Parlement. D'après les communes et les lords, le roi Charles pouvait limiter ses prérogatives en ratifiant un projet de loi du Parlement, puisque lui-même reconnaissait être lié par les anciennes lois des rois Jean et Édouard III. La voie des statuts semblait donc plus prometteuse aux parlementaires qu'un recours aux insaisissables anciennes libertés⁴⁵. Un nouveau statut pouvait clarifier ce contrat original entre le roi et son peuple⁴⁶. Pareil argument, poussé à sa limite, revenait toutefois à préconiser un régime de suprématie parlementaire. Quoique le Parlement ait limité sa demande au respect des anciennes lois, cet argument n'était donc pas plus acceptable pour Charles que le précédent.

Irréaliste dans son évaluation du rapport de force qui l'opposait aux communes, Charles I a finalement été capturé et exécuté par un tribunal révolutionnaire mis sur pied par Cromwell au terme d'une longue guerre civile. Charles II, bénéficiaire de la restauration de la monarchie à la mort du dictateur Cromwell, a persévéré dans les prétentions de son père de pouvoir suspendre l'application des statuts du Parlement, ici au bénéfice des catholiques frappés d'interdit d'occuper les charges publiques⁴⁷. Jacques II, le frère de Charles, a même été jusqu'à se convertir à la foi honnie avant d'accéder au trône en 1685. La naissance d'un héritier mâle à Jacques II laissait alors présager la

44. Schnapper, *supra* note 38 à la p. 1681; M. Duchein, *Charles I : L'honneur et la fidélité*, Paris, Éditions Payots et Rivages, 2000 aux pp. 117-119.

45. Schnapper, *ibid.* aux pp. 1676-1677.

46. C'est le rôle qu'a joué le *Bill of Rights* de 1688 selon W. Blackstone dans *Commentaries on the Laws of England : A facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 1, Chicago, University of Chicago Press, 1979 à la p. 226 [ci-après Blackstone (vol. 1)].

47. Charles avait adopté la *Déclaration d'indulgence* de 1672 par laquelle il suspendait les lois pénales à l'encontre des catholiques. Voir Frison, Bensoussan et Hutchison, *supra* note 43 aux pp. 132-133.

perpétuation d'une dynastie catholique. C'en était trop pour les Anglais qui l'ont chassé avec l'aide des candidats choisis par le Parlement pour lui succéder : le seigneur protestant Guillaume d'Orange et son épouse Marie, la fille aînée de Jacques II. Comme condition de leur élévation, ceux-ci ont toutefois approuvé une déclaration des droits des Anglais qui deviendra, une fois sanctionnée par eux, le *Bill of Rights* de 1689⁴⁸. Ce statut reconnaissait enfin clairement le pouvoir exclusif du Parlement de légiférer et la suprématie de sa législation sur tout autre pouvoir, bref que la souveraineté réelle résidait dans le roi en son Parlement.

Ne nous égarons pas : légiférer est demeuré un acte du roi mais cet acte, pour être considéré valable par le droit, dépendait désormais d'une approbation préalable de la Chambre des communes et de la Chambre des lords réunies en Parlement. Juge en chef de la Cour du banc du roi de 1671 à 1675, Mathew Hale avait déjà défendu ce point de vue quelques années avant la révolution de 1688⁴⁹. La formule d'édiction des lois, encore en usage aujourd'hui, atteste de son actualité⁵⁰.

3. Modalités d'exercice du pouvoir régalien de rendre justice

L'évolution des pouvoirs régaliens en matière de justice a suivi un chemin parallèle. Sous la dynastie des rois normands, le pouvoir judiciaire suprême reposait entre les mains du roi qui l'a exercé au milieu de sa *Curia Regis*. Trop occupé à d'autres tâches, cette cour ne jugeait cependant que les affaires les plus importantes. C'est pour soulager les travaux de sa cour, en même temps qu'étendre son influence, qu'Henri II a créé une nouvelle cour de

48. 1 Gul. & Mar. Sess. 2, c. 2, reproduit dans Great Britain, *The Statutes of the Realm*, vol. 6, London, Printed by Command of His Majesty King George the Third in pursuance of an Address of the House of Commons, 1810 à la p. 134.

49. «Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue on the Lawe», reproduit dans W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 5, 3^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1945 aux pp. 500-513 [ci-après Holdsworth (vol. 5)].

50. «Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows :» Voir les textes de lois reproduits sur le site internet du gouvernement anglais, en ligne : <<http://www.uk-legislation.hmso.gov.uk/acts.htm>>.

justice, la Cour des plaidoyers communs, et revigoré les anciennes institutions de l'Échiquier et des juges itinérants. Son petit-fils le roi Henri III a continué son oeuvre en créant la Cour du banc du roi. Ensemble, ces cours de justice ont élaboré un nouveau système de droit applicable dans tout le royaume. Elles ont puisé leurs règles à même les coutumes saxonnes, le droit féodal importé de France, ainsi que les chartes, constitutions et assises des premiers rois normands⁵¹. Ce nouveau droit portera différents noms en différentes langues au cours de différentes époques : on dira tour à tour *lex terrae*, *communem legem*, *commune ley* ou *common law*.

Pendant longtemps les cours royales sont demeurées un instrument au service du roi. Ce dernier pouvait y siéger d'office, puisqu'elles rendaient justice en son nom. On en trouve de nombreux exemples sous les règnes des rois Henri III, Edouard I et Édouard II. Toutefois, cela arriva de moins en moins souvent, la complexification et la professionnalisation consécutive du droit aidant⁵². À l'occasion, les rois ont continué de faire sentir leur présence en imposant au juge la décision à prendre. Dans un premier effort pour rendre indépendant, l'administration de la justice, le Parlement a voté en 1328, sous le règne d'Édouard III, le *Statut de Northampton*⁵³. La nouvelle législation devait empêcher le roi d'ordonner un verdict et, si de tels ordres étaient néanmoins donnés, le statut exigeait des cours de justice qu'elles les ignorent⁵⁴. L'intention était bonne, quoique exprimée maladroitement; il aurait fallu un juge bien courageux pour contrarier la volonté déclarée du roi, alors que sa carrière et sa fortune dépendaient totalement de lui, de sa prérogative de le révoquer selon son plaisir.

Les interventions du roi dans le déroulement des procès se firent plus rares. Il est vrai que pendant les XIV^e, XV^e et XVI^e siècles, tant les juges que les avocats évitaient tout ce qui ressemblait à un débat sur l'étendue des prérogatives royales, notamment le pouvoir du roi face à la *common law* et aux

51. R.V. Turner, «The Origins of Common Pleas and King's Bench» (1977) 21 A.J.L.H. 238.

52. Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 à la p. 207.

53. 2 Edw. III, reproduit dans Great Britain, *The Statutes of the Realm*, vol. 1, London, Printed by Command of His Majesty King George the Third in pursuance of an Address of the House of Commons, 1810 à la p. 257 [ci-après *Statutes of the Realm* (vol. 1)].

54. Art. VIII, *ibid.* à la p. 259.

statuts du Parlement. Trop de dangers les guettaient. Ce débat, on l'a vu, s'est finalement conclu par les armes et non dans l'arène judiciaire. On devra donc attendre après 1689 pour que le Parlement, sa suprématie reconnue, s'intéresse à nouveau au sort du système judiciaire. Son objectif : s'assurer que les cours de justice mettent en oeuvre sa volonté, à l'abri des interventions du pouvoir exécutif, soit le gouvernement, qui a continué pour un temps d'être l'instrument du roi.

C'est en votant l'article III de l'*Act of Settlement*⁵⁵ que le Parlement de 1701 a mis en place les mécanismes nécessaires à l'administration d'une justice indépendante. Les juges ont enfin vu leur traitement déterminé et établi par la loi et ils occupaient désormais leur charge à titre inamovible, sous réserve d'un congédiement pour cause sanctionné par une résolution des deux chambres législatives. Le roi, de par sa prérogative, a continué de nommer les juges siégeant dans ses cours.

Selon Edward Coke, juge en chef des Plaidoyers communs dans la première moitié du XVII^e siècle, le roi a perdu son pouvoir de décider personnellement du sort d'un litige du moment qu'il a délégué ses pouvoirs aux juges des cours royales⁵⁶. Mais le roi était demeuré, en stricte théorie juridique, source de toute justice⁵⁷, de la même façon que l'acte de légiférer lui appartenait encore. Il en a d'ailleurs tiré des avantages considérables sur le plan de la procédure, dont le plus connu a été son immunité et celle de son gouvernement contre les poursuites judiciaires incarnée par la maxime «The king can do no wrong». Coke a également défendu le principe d'une judicature indépendante. Il alla jusqu'à affirmer la suprématie de la *common law* sur la prérogative royale, suscitant ainsi la colère de Jacques I. Selon les idées qui avaient cours, le courageux Coke pouvait toujours se justifier en prétextant qu'il ne faisait que déclarer l'état du droit et que la *common law*, ainsi révélée, avait toujours existé.

55. 12 & 13 Wil. III, c. 2, art. III, reproduit dans Great Britain, *The Statutes of the Realm*, vol. 7, London, Printed by Command of His Majesty King George the Third in pursuance of an Address of the House of Commons, 1810 à la p. 637. Voir également le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3 à la p. 172, juge La Forest.

56. *Prohibitions Del Rey*, (1608) 12 Co. Rep. 63, 77 E.R. 1342.

57. «The Sovereign, by virtue of the prerogative, is the source and fountain of justice, and all jurisdiction is derived from her» (*Halsbury's Laws of England*, vol. 7, 3^e éd., London, Butterworths, 1954 à la p. 240).

Un demi-siècle plus tard Mathew Hale a défendu les idées de Coke. Après avoir rendu hommage au caractère immémorial de la constitution anglaise, considéré comme source de sagesse et donc de légitimité, il a réitéré la théorie de la plénitude des pouvoirs du roi, dans la mesure où ceux-ci étaient tempérés par la présence tout aussi ancienne des droits et libertés fondamentaux de ses sujets⁵⁸. Certes la pensée de Hale était plus nuancée que celle de son prédécesseur : il admettait que la *common law*, tout en étant coutume immémoriale, avait évolué sous l'effet des vieilles lois d'avant mémoire (avant Henry II et ses fils Richard I et Jean) et des premiers statuts (sous Henry III, Édouard I et II). Quoi qu'il en soit, il trouvait imprudent de bouleverser l'édifice constitutionnel en remettant en cause ses principes fondateurs, ceux que l'on vient d'évoquer⁵⁹. C'est donc par un conservatisme conscient et non en vertu d'une approche dogmatique que Hale a continué dans la ligne de pensée de Coke. L'oeuvre des deux magistrats a imprégné la conscience juridique, au point que leur lecture du droit est devenue l'interprétation acceptée⁶⁰. On en retrouve d'ailleurs la substance dans les travaux de William Blackstone publiés au siècle suivant, entre 1765 et 1769⁶¹.

4. Modalités d'exercice du pouvoir régalien d'administrer le gouvernement

La prérogative royale en matière de justice et de législation était maintenant encadrée par les grandes législations issues de la Révolution Glorieuse de 1688. Restait un autre pouvoir, troisième branche des grandes institutions de l'État, le pouvoir exécutif, qui était demeuré sous le contrôle exclusif du roi. Depuis le Conquérant, les rois avaient exercé leur pouvoir avec l'aide d'un petit conseil appelé le Conseil privé. Ses membres étaient nommés et congédiés par le monarque selon son plaisir, encore que les réalités politiques

58. Holdsworth (vol. 5), *supra* note 49 à la p. 508.

59. Hale a écrit : «Again it is reason for me to preferre a Law by w^{ch} a Kingdome hath been happily governed four or five hundrd yeares then to adventure the happiness and Peace of a Kingdome upon Some new Theory of my owne [...]». *Ibid.* à la p. 504.

60. Voir Holdsworth, *ibid.* à la p. 485. Notons par ailleurs que Hale fut surtout connu par son ouvrage *The History of the Common Law of England*, Stafford (Angleterre), 1713, reproduit en fac-similé par Fred B. Rothman & Co., Littleton (Colorado), 1987.

61. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 aux pp. 230-270.

l'obligeaient le plus souvent à composer avec les Grands du royaume. Le membership du Conseil privé augmenta de manière importante à partir du moment où l'on s'habitua à considérer la qualité de membre comme une dignité viagère. Encombré par trop de conseillers pour gouverner efficacement, Charles I fit appel à un comité restreint du Conseil, qui prit le nom de Cabinet. Ceux appelés au Cabinet devenaient les véritables ministres de son gouvernement.

Au lieu d'utiliser à nouveau la voie législative, on procéda par conventions politiques pour enlever au roi la réalité de son pouvoir exécutif et de ce qu'il avait conservé dans les domaines législatif et judiciaire. Ces conventions, bien que qualifiées de constitutionnelles en raison de leur domaine d'application, ne faisaient pas partie du droit; elles n'étaient donc pas justiciables devant les tribunaux⁶².

Le *Bill of Rights* de 1689⁶³ annonçait déjà les prochains développements constitutionnels. Ils prirent pourtant un siècle et demi avant de se concrétiser, parce que le roi possédait encore des moyens pour contrer cette évolution; en effet, avec ses alliés du Parlement, le roi s'est appliqué à manipuler les élections pour investir les communes. Un système électoral corrompu le lui a permis; celui-ci comprenait encore des bourgs pourris, reliques du passé⁶⁴, des circonscriptions rurales et des petits bourgs dominés par les grands propriétaires du lieu, trente-deux sièges sous le contrôle direct du gouvernement, en plus de réserver aux gens de bien le droit de voter et de se présenter candidats aux élections⁶⁵. Ce contrôle était si efficace que, d'après l'historien Sir Lewis Bernstein Namier, soixante-quinze pour cent des députés élus aux élections générales de 1761 ont hérité leur siège directement de leur père ou de leur

62. Voir la description que l'on en donne dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

63. Voir *supra* note 48.

64. Au XVI^e siècle, pour augmenter son influence au Parlement, la Couronne a créé artificiellement des bourgs, ne comprenant que quelques habitants, auxquels elle avait accordé le droit d'élire des représentants aux communes, selon W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 6, 2^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1937 à la p. 210.

65. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 10, London, Sweet and Maxwell, 1938 aux pp. 550-569 [ci-après Holdsworth (vol. 10)].

famille⁶⁶. Le Parlement est donc demeuré, comme par le passé, un instrument pour imposer une politique conçue au sommet par le roi et ses ministres, alors qu'il aurait dû logiquement devenir le levier d'une démocratie naissante, une courroie de transmission entre la volonté du peuple et son gouvernement.

En pratique le contrôle des élections n'a pas toujours été facile. La liberté du roi de former le cabinet qu'il entendait s'en est trouvée entravée. Par exemple, Walpole, Shelburne, des ministres ayant la confiance de George II mais non celle des communes, ont dû démissionner, alors qu'un William Pitt senior a été appelé au gouvernement sous la pression des communes, malgré le peu d'amitié que lui portait le même George II. Il fallait toutefois une opposition arrêtée et soutenue des communes pour qu'elles imposent leur volonté au roi. De plus la chute d'un ministre, fût-il le Premier ministre, n'entraînait pas nécessairement la démission de tout le cabinet. On ne l'aurait pas compris parce que le gouvernement continuait d'être l'instrument du roi et que, le plus souvent, il dirigeait les affaires avec chaque ministre individuellement. Ce n'est que si le roi référait une question au cabinet que celui-ci en prenait connaissance collectivement avant de la trancher⁶⁷. Il faudra encore attendre, voir passer les gouvernements des George III et George IV, pour qu'enfin apparaisse un véritable Premier ministre dirigeant les destinées d'un cabinet responsable uniquement devant le Parlement.

Le *Reform Act* de 1832⁶⁸ a changé la donne en éliminant les bourgs pourris et en élargissant considérablement le droit de vote. Du coup l'oligarchie, qui gravitait autour du roi, a perdu la plus grande partie de son pouvoir d'influence. D'ailleurs elle ne s'y résigna qu'au jour où il fut évident qu'un rejet de la réforme aurait provoqué une révolution. Manipuler les élections comme avant devenait plus ardu. Toutefois, ce n'est que graduellement que la réforme a fait sentir tous ses effets, le temps que les pratiques d'avant 1832 soient oubliées. Nous étions alors arrivés au règne de la reine Victoria. Malgré quelques accroc, il était devenu évident que celle-ci devait se plier aux conseils de son cabinet, un cabinet bénéficiaire du soutien majoritaire des communes,

66. L.B. Namier, *The Structure of Politics at the Accession of George III*, 2^e éd., Londres, MacMillan, 1963 aux pp. 158-172.

67. Holdsworth (vol. 10), *supra* note 65 aux pp. 636-640.

68. Reproduit dans Frison, Bensoussan et Hutchison, *supra* note 43 aux pp. 186-189.

parce que soutenir un parti minoritaire aurait affaibli le prestige de la Couronne et son soutien par la population. En outre aucun parti minoritaire ne pouvait réalistement conduire les affaires du gouvernement. Les rapports entre le monarque et le Parlement s'en sont trouvés inversés : c'est la Chambre des communes, plus que jamais représentative de la population, qui maintenant décidait de la composition des cabinets et, à travers celui-ci, des politiques du gouvernement⁶⁹.

La reine Victoria et ses successeurs jusqu'à aujourd'hui sont demeurés les seuls représentants de l'État; ils continuent de posséder tous les pouvoirs publics, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, mais, en vertu des lois et des conventions constitutionnelles, n'en exercent aucun. Le secrétaire d'État Lord John Russell a donc pu écrire aussitôt qu'en 1839 :

The constitution of England, after long struggles and alternate success, has settled into a form of government in which the prerogative of the Crown is undisputed, but is never exercised without advice. Hence the exercise only is questioned, and however the use of the authority may be condemned, the authority itself remains untouched⁷⁰.

La fiction d'un monarque détenteur de tous les pouvoirs de l'État apparaît, évidente, sans nuance. En a-t-il jamais été autrement? Est-ce que des rois ou reines ont exercé la réalité d'un gouvernement sans partage? Certains monarques ont été plus puissants que d'autres : Guillaume I, Henri II, Henri VIII et Élisabeth I. De là à voir en eux des autocrates, il y a un grand pas à faire.

69. Dans une séance tenue le 13 mai 1879, les communes, irritées des interventions persistantes de la Reine Victoria dans la politique du pays, lui ont rappelé qu'elle ne disposait que d'un pouvoir consultatif alors que le gouvernement possédait le pouvoir exécutif sous le contrôle du Parlement : J. de Langlade, *La reine Victoria*, Paris, Librairie Académique Perrin, 2000 à la p. 258. Ce n'est qu'en raison de son prestige personnel que la reine a pu continuer sporadiquement ses interventions.

70. «Copy of a Despatch from Lord John Russell to the Right Hon. C. Poulett Thomson», 14 octobre 1839, reproduit dans *British Parliamentary Papers, Colonies-Canada*, vol. 17 (Correspondence and Other Papers Relating to Canada and to Immigration in the Provinces, 1847-1848), Shannon (Ireland), Irish University Press, 1968 à la p. 125. Voir aussi la plaidoirie de John Milford, solliciteur-général du Royaume-Uni, dans le procès Hardy pour haute trahison, dans T. Baily, *Howell's State Trials*, vol. XXIV, Londres, Longman, Hurst, Rees, Orme & Brown, 1812-1826 à la p. 1183.

En outre, ne serait-ce qu'en raison de la complexité et du volume des tâches qu'imposait la direction du pays, rois et reines ont dû partager l'exercice de leurs pouvoirs. Ils ne pouvaient cependant les céder; les prérogatives régaliennes de droit public ont été considérées de tous temps comme inaliénables⁷¹. On a donc procédé par délégation. Celle-ci a permis de sauvegarder le monopole du roi sur les fonctions publiques sans pour autant rendre le pays ingouvernable⁷². La délégation se fit d'abord au profit des seigneurs, les lords, auxquels se sont ajoutés les bourgs et les villes. Les premiers jouissaient des prérogatives reconnues par le droit féodal aux seigneurs, alors que les seconds devaient limiter leurs prétentions aux droits énumérés dans leur charte⁷³. L'inaliénabilité des pouvoirs régaliens apparaît donc elle-même comme une fiction, considérée nécessaire à l'époque de Bracton pour assurer l'unité du politique du royaume⁷⁴, puis tolérée lors de la révolution de 1688 parce qu'elle ne faisait pas obstacle aux réformes démocratiques, tout en remplissant le rôle qui lui avait été assigné⁷⁵.

La souveraineté du roi a donc eu en Angleterre un sens précis. Elle ne représentait pas plus l'affirmation d'un pouvoir étatique supérieur à d'autres que celle d'un pouvoir étatique excluant tous les autres. Bref, le roi était, de par la coutume, la *common law* et les lois du royaume, un souverain sans partage, l'unique détenteur d'un droit inhérent de gouverner.

-
71. F.D. Wormuth, *The Royal Prerogative, 1603-1649*, London/Port Washington (N.Y.), Kennikat Press, 1972 aux pp. 54-60.
72. H. de Bracton, *Bracton on the Laws and Customs of England*, 1250, réédition par Harvard University Press, vol. II, Cambridge, 1968 à la p. 167; Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 aux pp. 242-243; et P.N. Riesenber, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, New York, Columbia University Press, 1956 aux pp. 18, 30, 31, 35, 36 et 172-174.
73. Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 à la p. 28 et s.; J.E. Joliffe, *The Constitutional History of Medieval England*, 4^e éd., London, Adam & Charles Black, 1961 à la p. 305.
74. Bracton, *ibid.*
75. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 aux pp. 242-243, précisa à propos des prérogatives royales : «Were it placed in many hands, it would be subject to many wills : many wills, if disunited and drawing different ways, create weakness in a government : and to unite those several wills, and reduce them to one, is a work of more time and delay than the exigencies of state will afford».

B. Réception des fictions juridiques dans les colonies

1. Elargissement des prérogatives de la Couronne : la fiction de l'acte d'État

C'est tout naturellement que les fictions du monopole gouvernemental de la couronne et de l'inaliénabilité de ses pouvoirs ont été introduites dans les colonies de l'Angleterre. On y voyait là-bas les mêmes avantages que dans la mère patrie. C'est du moins la conclusion à la laquelle en sont arrivés les spécialistes du droit colonial Joseph Chitty⁷⁶ et Arthur Berriedale Keith⁷⁷. Et leur opinion s'accorde avec les principes exposés ci-dessus comme avec la jurisprudence résumée plus loin.

La Couronne a étendu l'exercice de ses prérogatives à d'autres territoires par le moyen de l'acte d'État. L'acte d'État est un acte émanant de la Couronne dans l'exercice de son pouvoir souverain en regard des relations entre États. Ainsi qualifié par une cour de justice anglaise, celle-ci doit l'accepter comme une donnée incontestable, hors de sa juridiction, que l'acte en question soit ou non conforme aux faits ou aux règles du droit international⁷⁸. Ce qui revient à dire que l'acte d'État constitue également une fiction du droit public anglais. L'unanimité et l'unité d'action qu'exigent les relations internationales ont été les justifications avancées pour son existence⁷⁹.

La forme de l'acte d'État par lequel les monarques anglais ont étendu leur souveraineté a pu varier. William Blackstone a estimé que l'Amérique, pour sa plus grande part, avait été conquise par les armes ou cédée par traité aux dépens des Indiens et des Français. Cela en faisait des colonies conquises ou cédées qu'il a opposées aux colonies de peuplement⁸⁰. Mais l'affirmation de la

76. J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relatives Duties and Rights of the Subjects*, London, Butterworth, 1820 à la p. 25.

77. A.B. Keith, *The Constitutional Law of the British Dominions*, London, MacMillan, 1933 aux pp. 97-98.

78. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 14, London, Methuen, 1964 aux pp. 33 et 34 [ci-après Holdsworth (vol. 14)].

79. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 à la p. 245.

80. *Ibid.* à la p. 105. La colonie de peuplement était une terre inhabitée jusqu'à l'arrivée des Anglais.

souveraineté a pu se réaliser autrement : avec un succès inégal, Henry VIII et ses successeurs jusqu'à Charles II ont procédé par l'octroi de chartes royales visant la formation de colonies de propriétaires comme Jamestown, Massachussets Bay et Plymouth. Cela s'est fait sans égard aux droits des premiers occupants indigènes⁸¹, car la pensée dominante chez les Européens de cette époque voulait que l'Amérique ait été une terre inoccupée, une *terra nullius*, pouvant être acquise par le premier venu comme toute chose sans maître. Le gouvernement de Charles I, sans nier la présence des peuples indigènes, a plaidé que les Amérindiens n'étaient pas des possesseurs de bonne foi de ces pays de manière à pouvoir en disposer, «their résidence being unsettled and uncertain, and only being in common»⁸². C'est sur cette croyance commune que les puissances européennes ont élaboré une doctrine, dite de la découverte, sans aller jusqu'à s'entendre immédiatement sur sa portée.

La France a pour sa part envoyé en mission des navigateurs pour explorer les côtes américaines et a établi sa souveraineté sur ces régions par la mise en terre symbolique d'une croix. Jacques Cartier a été l'un d'eux. Lors de son second voyage, en 1535, il a planté une croix près de Stadaconé (Québec) avec l'inscription suivante : «*Franciscus Primus, Dei Gratia Francorum Rex, Regnat*»⁸³. L'ambitieuse Espagne, de son côté, a revendiqué tout le continent en s'appuyant sur le voyage de Christophe Colomb de 1492. Or cette prétention exorbitante allait à l'encontre des ambitions de la France comme de l'Angleterre. Afin de contrer l'argument espagnol, Élisabeth I d'Angleterre lui répliqua que la découverte ne conférait rien sans la présence d'établissements⁸⁴. L'Espagne a dû céder; sa position était intenable. À l'évidence, la découverte ne conférait selon le droit international qu'un titre précaire que l'on devait assurer par une occupation subséquente. Assez rapidement, toutefois, l'expérience a

-
81. F.N. Thorpe (éd.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws*, Washington, Government Printing Office, 1909.
82. Voir «Answer to the Remonstrance of the Dutch Ambassador», 23 mai 1632, reproduit dans J.R. Brodhead, *Documents Relative to the Colonial History of the State of New York*, vol. 1, Albany (New York), Weed Parsons, 1857 à la p. 58. Voir également «Concells Opinions concerning Coll. Nicholls patent and Indian purchases», *ibid.*, vol. 13 à la p. 487.
83. G. Honotaux et A. Martineau, *Histoire des colonies françaises et de l'expansion de la France dans le monde*, t. 1 (L'Amérique), Paris, Plon, 1929 à la p. 13.
84. E.P. Cheney, «International Law Under Queen Elizabeth», (1905) 20 *English Historical Review* 659 à la p. 660.

démontré que le critère posé par l'Angleterre ne suffisait pas non plus pour délimiter les frontières des colonies. Habitations et champs cultivés ne couvraient qu'une portion de ce qui était revendiqué. Le seul critère valable venant compléter la découverte, qui d'ailleurs sera reçu en droit international, est devenu celui du contrôle effectif du territoire⁸⁵. Pour cela on a construit des forts et postes de traites sur les voies navigables, aux lieux les plus stratégiques, et on a conclu des alliances, militaires et commerciales, avec des nations autochtones bien disposées. En somme les puissances européennes ont pour une grande part établi leur souveraineté effective par Amérindiens interposés, un mode d'occupation qui a été sanctionné entre elles par les termes du traité d'Utrecht de 1713⁸⁶.

Les leaders des peuples autochtones d'Amérique du Nord dénoncent, avec raison, les caractères eurocentrique et raciste de ces règles du droit international jadis conçues dans un but de colonisation. Leurs ancêtres étaient bien les maîtres de leurs terres ancestrales et jamais ils n'ont cédé leur souveraineté par traité ni n'en ont été dépossédés par une guerre de conquête, ajoutent-ils. Nier la souveraineté originale des peuples autochtones tenait effectivement d'une fiction qui, bien qu'acceptée en droit international, est moralement indéfendable⁸⁷. Pour le reste, les propos des leaders amérindiens doivent être nuancés. D'abord des guerres de conquête ont été menées contre quelques-unes des Premières Nations. Ces dernières ont également signé des traités au terme de ces guerres, dont plusieurs comportent une renonciation sans équivoque à leur souveraineté⁸⁸. Enfin, même en écartant l'idée de la *terra*

85. Voir l'affaire de l'*Ile de Palmas*, 1928, extraits reproduits dans J.-Y. Morin, F. Rigaldies et D. Turp, *Droit international public, Notes et documents*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1997 aux pp. 771-780 [ci-après *Ile de Palmas*].

86. L'article 15 du *Traité d'Utrecht* interdisait à chaque signataire, France et Angleterre, de molester les Amérindiens sujets ou alliés de l'autre partie (F.L. Israel, *Major Peace Treaties of Modern History 1648-1967*, vol. 1, New York, Chelsea House Publishers, 1967 à la p. 210).

87. Le caractère raciste de cette fiction a été identifié notamment par J.J.A. Salmon dans son article «Le procédé de fiction en droit international public», Perelman et Foriers, *supra* note 9, 114 à la p. 134. Voir également en général M. Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Montréal, Boréal, 1997.

88. Par exemple, selon un traité conclu en 1760, les Micmacs reconnaissaient la «juridiction» et le «dominion» de Sa Majesté le roi Georges II sur toutes les terres de Nouvelle-Écosse et d'Acadie, dans W.E. Daugherty, *Maritime Indian Treaties in Historical Perspective*, Ottawa,

nullius, les guerres de conquête et traités de cession n'étaient pas les seuls moyens pour acquérir la souveraineté; il restait la prescription acquisitive. Un État acquiert un titre sur une terre par prescription lorsqu'il y exerce ouvertement et publiquement l'autorité étatique, de manière pacifique, continue, pendant une très longue période⁸⁹. Comment déterminer la présence d'une autorité étatique? La manifestation la plus visible du pouvoir souverain est la capacité d'un État d'imposer son droit sur son territoire⁹⁰. À l'évidence, cela fait donc plusieurs générations que le Canada, les États-Unis et le Mexique, les ayants droit des anciennes puissances coloniales, auraient ainsi acquis un titre par prescription.

La doctrine de la découverte et son complément de l'effectivité ont été les moyens pour arbitrer les prétentions conflictuelles des puissances coloniales en Amérique. Elles ont apparemment constitué les règles du droit international. Mais peu importe! Quel qu'ait pu être l'état du droit international, et le résultat de l'application de ses normes, pour une cour de justice anglaise, la question de la souveraineté et de ses conséquences légales dans une colonie doivent être décidées uniquement d'après les règles du droit anglais, un système autogène à cet égard⁹¹. Or, selon le droit anglais, les prononcés de Couronne⁹² comme du Parlement⁹³ en matière de souveraineté sont considérés comme des vérités dogmatiques. Il est vrai que les cours de justice royales peuvent appliquer d'office les coutumes internationales⁹⁴, mais elles ne le font qu'après avoir examiné la conformité de ces coutumes avec la *common law* et les statuts du Parlement⁹⁵. Les tribunaux anglais ont donc jugé qu'ils ne pouvaient agir sur

Dept. of Indian and Northern Affairs Canada, (1983) aux pp. 86-87.

89. *Ile de Palmas*, *supra* note 85 aux pp. 776-789.

90. Affaire du *Groenland Oriental*, 1933, extraits reproduits dans Morin, Rigaldies et Turp, *supra*, note 85 aux pp. 807-812.

91. *Madzimbamuto c. Ladner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 à la p. 721 (C.P.) (J. Reid) [ci-après *Madzimbamuto*].

92. *Sobhuza II c. Miller*, [1926], A.C. 518 aux pp. 523 et 525, juge Haldane; *Mabo c. Queensland (No.2)* (1992), 175 C.L.R. 1 à la p. 31, juge Brennan et à la p. 81, juges Deane et Gaudron (H.C. Aus.) [ci-après *Mabo*].

93. *Madzimbamuto*, *supra* note 91 à la p. 723 (J. Reid).

94. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England : A facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 4, Chicago, University of Chicago Press, 1979 aux pp. 66-67.

95. Holdsworth (vol. 14), *supra* note 78 à la p. 32.

demande d'États étrangers pour protéger leurs prérogatives de souverain, fussent-elles reconnues par le droit international, que leur unique recours était un appel au gouvernement de Sa Majesté, ainsi qu'il se doit pour toute question relevant des relations entre États⁹⁶.

2. Introduction des prérogatives régaliennes suite à un changement de souveraineté

Revenons sur le sujet de l'élargissement de la souveraineté de la Couronne en droit anglais. En Amérique, la Couronne a d'abord agi en vertu d'une prémisse erronée à savoir que les nations autochtones ne possédaient aucun régime juridique pouvant fonder des droits de propriété et conséquemment des droits de souveraineté (souvenons-nous qu'en droit anglais les droits de propriété et de souveraineté se confondent)⁹⁷. Il n'empêche que la Couronne, longtemps après avoir reconnu son erreur, a persisté dans son intention. En effet, aux XVII^e et XVIII^e siècles, elle a graduellement transformé les colonies de propriétaires, non rentables, en colonies royales. Puis vinrent les guerres avec la France et ses alliés autochtones, les victoires anglaises consacrées par les traités d'Utrecht en 1713⁹⁸ et de Paris en 1763⁹⁹, que Georges III a finalement coiffé par sa *Proclamation royale de 1763*¹⁰⁰, un décret royal auquel on a reconnu une portée législative¹⁰¹. Cette proclamation était l'exemple type de l'acte d'État dont le roi s'est servi pour réorganiser politiquement ses nouvelles possessions américaines.

96. *Emperor of Austria c. Day* (1861), 3 De G.F. and J. 217, cité par W. Holdsworth, *ibid.* à la p. 30.

97. Voir aussi *supra* note 31 et le texte correspondant.

98. *Supra* note 86.

99. *Traité de Paris de 1763*, dans Israel, *supra* note 86 à la p. 305.

100. L.R.C. 1985, app. II, n° 1 [ci-après la *Proclamation de 1763*].

101. *Calder c. P.G. de la C.-B.*, [1973] R.C.S. 313 aux pp. 394 et 395, juge Hall, dissident pour d'autres motifs.

Par le Traité de Paris¹⁰², la *Proclamation de 1763*¹⁰³, la commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant¹⁰⁴, Georges III a également étendu sa protection aux habitants de ces contrées, Français, Canadiens et Amérindiens. Du coup le roi en a fait de nouveaux sujets, indépendamment de leur opinion sur la question¹⁰⁵. Pourtant cette souveraineté anglaise n'existait pas dans les faits à l'égard de toutes les populations et territoires visés. Les officiers de Sa Majesté le reconnaissaient, en discutaient dans le secret de leur cabinet¹⁰⁶, tout en affirmant clairement le principe de son existence¹⁰⁷. Les Britanniques étaient prêts à attendre; leur souveraineté effective viendrait tôt ou tard¹⁰⁸. Rappelons qu'ils avaient coutume de suspendre des prétentions juridiques que les réalités politiques du moment rendaient inapplicables¹⁰⁹, leur espoir étant que l'histoire rattraperait le droit tôt ou tard.

Prenons l'exemple des nations autochtones du Canada au lendemain de la conquête. Dans ses instructions au gouverneur Murray, en 1763, Georges III a prêché une forme d'étapisme; il voulait transformer graduellement les autochtones en de bons sujets, le moyen choisi étant de leur promettre sa

102. *Supra* note 99.

103. *Supra* note 100.

104. Ces textes sont reproduits dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. I, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921 aux pp. 146-180.

105. *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 à la p. 1047, juge Mansfield [ci-après *Campbell*].

106. Voir les propos du général Gage sur les Iroquois dans sa lettre à William Johnson, 7 octobre 1772, reproduite dans W. Johnson, *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 7, Albany, University of the State of New York, 1925 aux pp. 123-124.

107. Dès 1687, les autorités anglaises ont affirmé devant leurs interlocuteurs français que les Iroquois étaient sujets de Sa Majesté britannique, d'après J. Leclerc, *Le marquis de Denonville : Une étude des problèmes relatifs à son administration de 1685 à 1690*, Thèse de doctorat, École des gradués, Université Laval, 1965 aux pp. 317, 348 et 378 [non publiée]. Voir également l'article XV du Traité d'Utrecht, *supra* note 86, ainsi que la communication des lords du commerce à Egremont, 5 août 1763, dans A. Shortt et A.G. Doughty, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, vol. I, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1921 aux pp. 123-124.

108. Dans l'affaire *Michell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 aux pp. 915-918, les juges Binnie et Major ont souligné le décalage qui existe entre l'affirmation de la souveraineté et les progrès de la colonisation.

109. *Supra* note 20.

protection et des biens de consommation¹¹⁰. C'est à coups de compromis que Murray et ses successeurs immédiats, les gouverneurs Gage et Haldimand, ont dû gérer ce conflit entre le droit et la réalité¹¹¹. Toutefois, après avoir consolidé son régime, une fois la guerre anglo-américaine de 1812 terminée, le gouvernement de Sa Majesté a pu asseoir sa souveraineté effective en appliquant ses lois, dans toute leur rigueur, aux membres des Premières Nations¹¹². Dans un rapport datant de 1839, le juge en chef Macauley du Haut-Canada a donc pu écrire que les Amérindiens n'avaient «aucun droit à aucune nationalité distincte, qu'ils étaient justiciables des lois du pays, et pouvaient en réclamer la protection»¹¹³. Des décisions judiciaires ont par la suite confirmé leur statut de sujets britanniques¹¹⁴. En résumé, le réalisme politique des instructions au gouverneur Murray faisait pendant au dogmatisme du droit, aux effets de l'acte d'État du nouveau souverain, mais sans rien changer au contexte légal : les Amérindiens, tous les Amérindiens, étaient déjà devenus des sujets britanniques et leurs terres, des possessions de la Couronne.

La Couronne acquérait avec la souveraineté un titre radical sur toutes les terres de sa colonie. Car c'est un principe fondamental du droit que le roi anglais est la source de tous les titres de propriétés, là comme en Angleterre, que cela corresponde ou non aux faits¹¹⁵. Lui nier ce droit, a écrit en 1765 le procureur général de New-York, John Tabor Kempe, revient à lui nier le droit de

110. *Supra* note 104 à la p. 174.

111. R.E. Pufler, *The Administration of British Policy to the Indians in the Northern District of North America, 1770-1783*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, University of Saskatchewan, 1970 à la p. 143.

112. En 1823, le gouvernement anglais a demandé l'application de la peine de mort contre un Amérindien du Haut-Canada qui avait tué l'un des siens, malgré que celui-ci ait plaidé en défense son immunité contre l'application des lois du Canada. Les documents relatant ces faits sont reproduits dans A.G. Doughty et N. Story, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1819-1828*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1935 aux pp. 177-180.

113. Ces paroles sont citées avec approbation dans le «Rapport des commissaires spéciaux, nommés le 8 septembre 1856, pour s'enquérir des affaires des Sauvages en Canada», *Journaux de l'assemblée législative du Canada*, 21 Vict., 1858, app. n° 21 (non paginé).

114. *R. c. Pheps* (1823), 1 Tay 47 (B.R. H.-C.); *Sheldon c. Ramsey* (1852), 9 U.C.Q.B. 105; *Regina ex. Rel. Gibb c. White* (1870), 5 P.R. 315 (C.P. Ont.); *Johnson c. Jones* (1895), 26 O.R. 109 (Ch. D.).

115. Voir *supra* la note 31 et le texte correspondant. Voir également *Mabo, supra* note 92 aux pp. 45-48, juge Brennan et aux pp. 80-81 juges Deane et Gaudron.

gouverner¹¹⁶. De même son droit de déshérence disparaîtrait puisqu'il découle du même principe¹¹⁷. Cela dit, une problématique particulière s'appliquait dans les colonies conquises ou cédées : on devait présumer que le roi entendait respecter les droits acquis des habitants et les lois qui les sous-tendaient dès qu'il leur promettait sa protection. Il fallait alors considérer ces droits comme une charge sur son titre radical; une fois qu'ils étaient abandonnés, la Couronne pouvait alors faire jouer son droit de déshérence et récupérer un titre complet, libre de toute charge¹¹⁸.

Ce n'est qu'une partie des lois existantes qui survivaient ainsi au changement de régime dans les colonies conquises ou cédées. En effet, la Couronne de Grande-Bretagne ne venait pas coiffer l'administration en place, à la manière d'un protectorat¹¹⁹, mais se substituait à elle, avec pour conséquence que tout le droit public concernant l'exercice de l'autorité publique devait être remplacé par la *common law*¹²⁰. Le régime juridique antérieur de la colonie n'avait aucune incidence, ne pouvait de quelque façon modifier l'étendue des prérogatives de la Couronne¹²¹. Or la *common law* reconnaissait au roi la plénitude des pouvoirs étatiques qu'il exerçait déjà dans la mère

-
116. «Lettre de l'*attorney general* de New York John Tabor Kempe au surintendant William Johnson», 12 août 1765, dans M.W. Hamilton, dir., *The Papers of Sir William Johnson*, vol. 11, Albany, University of the State of New York, 1953 à la p. 888.
117. Lire le texte *supra*. Voir également Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 à la p. 292.
118. Voir également *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554 à la p. 569, juge Estey et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 à la p. 386, juge Dickson et à la p. 392, juge Estey [ci-après *Guerin*].
119. État partiellement souverain, le protectorat a perdu le contrôle de ses relations avec les autres États, mais a conservé la capacité d'administrer ses affaires internes. Il bénéficie en contrepartie de la protection d'un État plus puissant, l'État protecteur : H. Jenkins, *British Rules and Jurisdiction beyond the Seas*, Oxford, Clarendon Press, 1902 à la p. 165.
120. *Ruding c. Smith* (1821), 2 Hagg.Con. 371, 161 E.R. 774 à la p. 778, juge Stowell [ci-après *Ruding*].
121. Motifs du juge en chef Innes de l'Afrique du Sud dans l'affaire *Union Government (Minister of Lands) c. Estate Whitaker*, [1916] A.D. 194, cités avec approbation par Lord Reid dans *Madzimbamuto*, *supra* note 91 à la p. 721.

patrie¹²². Il pouvait même, dans les colonies conquises ou cédées, exercer son ancienne prérogative de légiférer seul, sans le Parlement¹²³.

3. Maintien subséquent des prérogatives de la Couronne

La souveraineté de la Couronne avec toutes les prérogatives qui lui sont rattachées a non seulement existé, mais elle a survécu. En effet, quoique le monarque anglais ait pu concéder un gouvernement et une législature à sa colonie¹²⁴, cela n'a pas affecté son monopole sur les institutions étatiques. On considérait la concession comme une simple délégation de pouvoirs conformément aux anciens principes constitutionnels¹²⁵. Il aurait d'ailleurs suffi que ces institutions locales soient abolies pour que la Couronne, à titre d'autorité délégante, récupère l'intégralité de ses prérogatives¹²⁶. Prenons garde cependant de ne pas confondre les pouvoirs d'une législature coloniale avec ceux d'un organisme administratif, même si les deux exercent au sens strict une autorité déléguée : la législature, contrairement à l'autorité administrative, peut à son tour déléguer des pouvoirs à des entités qu'elle a créées¹²⁷. La souveraineté de la Couronne est donc demeurée comme avant, intacte, parce qu'indivisible. Quand des droits existants ont été reconnus par la médiation de la *common law* dans les colonies conquises ou cédées, ils étaient nécessairement de nature

122. *Madzimbamuto, ibid.* à la p. 722 (J. Reid); Chitty, *supra* note 76; Keith, *supra* note 77.

123. Il est cependant possible que ce pouvoir de légiférer par décret ait été restreint par les promesses contenues dans les traités de cession et articles de capitulation : *Campbell, supra* note 105.

124. *Madzimbamuto, supra* note 91.

125. Voir *supra* les notes 71-75 et le texte correspondant. Voir également *Attorney-General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542 aux pp. 545-546 (C.P.), juge Atkinson.

126. *Sammut c. Strickland*, [1938] A.C. 678 à la p. 704 (C.P.), juge Maugham [ci-après *Sammut*].

127. *Hodge c. The Queen* (1883-1884), 9 A.C. 117 (C.P.).

privée¹²⁸. À ce jour on s'est refusé à reconnaître des droits de gouvernement¹²⁹. Dans *Ruding c. Smith*¹³⁰, lord Stowell a expliqué :

Even with respect to the ancients inhabitants, no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by the revolution of government that has taken place. The allegiance of the subjects, and all the law that relates to it - the administration of the law in the sovereign, and appellate jurisdictions - and all the laws connected with the exercise of the sovereign authority must undergo alterations adapted to the change¹³¹.

Certes, la fiction de l'indivisibilité des prérogatives de la Couronne a posé d'importants problèmes politiques à la Grande-Bretagne, en commençant par la révolution de ses treize colonies rebelles d'Amérique en 1776. C'est que les colons américains refusaient la conception que se faisait la métropole de sa souveraineté. Avant de suggérer d'en venir aux armes, des intellectuels influents tels les Américains John Dickinson et Richard Bland, ainsi que l'Anglais Edmund Burke, ont suggéré que la souveraineté pouvait être divisée, que chaque gouvernement, celui de Grande-Bretagne comme ceux de ses colonies, pouvait être souverain dans sa sphère de compétence. De la sorte les colonies auraient été en mesure de gérer leurs affaires internes. Impossible! leur répondait inlassablement Whitehall¹³²; si les législatures des colonies ne sont pas subordonnées au Parlement de Sa Majesté, il se trouverait deux souverains dans le même État, une contradiction dans les termes, ont conclu les ministres du

128. Les classiques de la jurisprudence anglaise à cet effet sont *In re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211 (C.P.) et surtout *Amodu Tijani c. Secretary of Southern Rhodesia*, [1921] 2 A.C. 399 (C.P.). Le vicomte Dunedin a résumé ainsi la *ratio d'Amodus Tijani* : «What was laid down in that case was that the cession of the territory [...] to the british Crown in 1861 did not affect the character of the private native rights» dans *Sakariyawo Oshodi c. Moriamo Dakolo*, [1930] A.C. 667 à la p. 668 (C.P.).

129. Lire l'affaire *Sammut*, *supra* note 126 à la p. 698, où lord Maughan a refusé de voir dans une vague promesse du gouverneur anglais un droit des habitants de l'île de Malte à des institutions représentatives. Toutefois, dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour suprême du Canada a laissé ouverte la question de la reconnaissance de droits ancestraux de gouvernements qui auraient survécu à l'avènement de la souveraineté de la Couronne.

130. *Supra* note 120.

131. *Ibid* à la p. 778.

132. Whitehall est le quartier londonien où les bureaux du gouvernement anglais sont situés.

roi¹³³. Des Américains ont également invoqué au soutien de leur thèse la présence d'une constitution supra-législative, nécessaire, croyaient-ils, pour délimiter un partage des pouvoirs entre la mère patrie et ses colonies. C'était un autre argument irrecevable pour les Anglais, puisqu'il supposait un contrôle judiciaire du Parlement incompatible avec les principes constitutionnels établis lors de la révolution de 1688¹³⁴. On se trouvait dans l'impasse. Il manquait encore ce mécanisme, reconnaissable par le droit anglais, qui permettrait de rendre opératoire l'objectif d'autonomie des colonies. Arrivé trop tard à maturité pour pacifier les révolutionnaires américains, ce mécanisme sera celui de la convention constitutionnelle du gouvernement responsable.

Nous avons vu plus tôt que le principe du gouvernement responsable a permis la démocratisation des institutions anglaises sans rien changer au monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques¹³⁵. Il a également permis au Royaume-Uni de sauvegarder ce qui lui restait de l'empire colonial après la perte des États-Unis d'Amérique¹³⁶. En effet, par l'octroi d'un gouvernement responsable, le Royaume-Uni a pu reconnaître aux colonies l'autonomie de gestion dans leurs affaires internes, longtemps recherchée, tout en conservant la conduite des relations extérieures. Comme l'institution du gouvernement responsable n'est qu'une convention politique, la souveraineté de la Couronne du Royaume-Uni n'en a pas été compromise. Cependant, dans les débats entourant l'octroi de la responsabilité gouvernementale au Canada, le clairvoyant secrétaire d'État, lord John Russel, a remarqué que la mesure discutée conduirait, tôt ou tard, à l'indépendance totale de la colonie¹³⁷. Au mieux on ne ferait que temporiser l'inévitable. Malgré les objections de Russel, le promoteur de l'idée d'introduire le gouvernement responsable dans les colonies, lord Durham, a finalement eu gain de cause. C'est d'ailleurs son neveu le gouverneur général du Canada, lord Elgin, qui y a procédé dans cette province en 1848.

133. B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1967 aux pp. 208-211 et 223-225.

134. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 11, London, Sweet and Maxwell, 1938 à la p. 120.

135. Voir *supra* notes 62-70 et le texte correspondant.

136. Holdsworth (vol. 14), *supra* note 78 aux pp. 278-279.

137. «Copy of a Despatch from Lord John Russell to the Right Hon. C. Poulett Thomson», *supra* note 70.

Enfin, on doit éviter de confondre l'exercice d'un pouvoir étatique avec un pouvoir d'autogestion. Selon la doctrine positiviste, seuls un souverain et ses organes subordonnés peuvent émettre des ordres généraux appuyés de menaces, susceptibles d'être exécutés en cas de désobéissance¹³⁸. Ils disposent à cet effet de tout un appareil allant des tribunaux, aux forces policières, jusqu'à l'armée. L'autorité publique à l'intérieur d'un État s'exerce donc au singulier. Elle se caractérise en outre par sa vocation à la permanence, sous réserve d'une possible révolution. À l'opposé, le pouvoir d'autogestion est éclaté : toute organisation qui possède des biens collectifs exerce un tel pouvoir. Les sociétés civiles, les corporations religieuses et les nations autochtones peuvent ainsi réglementer l'usage de leurs biens communs, déterminer qui pourra en disposer et selon quelles modalités, conformément à leur constitution interne. Il est vrai qu'un membre qui refuserait de suivre la réglementation commune pourrait être privé de ses privilèges, en tout ou en partie, voire expulsé de sa communauté. Toutefois, les gestionnaires de la copropriété ne peuvent exercer quelque contrainte physique sur le délinquant qui refuserait d'obtempérer. Ils ne peuvent même pas, en cas de litige, se réserver l'interprétation de leur propre constitution. Ils dépendent pour cela de l'État et de ses institutions judiciaires et administratives¹³⁹.

III. Potentiel limité du caractère révisionniste de la *common law*

Le monopole de la Couronne sur les fonctions étatiques, son titre radical, l'inaliénabilité de ses prérogatives, de même que leur prolongement dans les colonies par un acte d'État, sont les plus importantes fictions du droit public, celles où le divorce opéré entre le droit et l'histoire est le plus marqué, le plus évident. Peut-on réduire cet écart, voire l'éliminer, en réservant le même sort aux fictions réprouvées? Certains auteurs le suggèrent, essentiellement dans un contexte de reconnaissance de droits politiques pour les peuples amérindiens du

138. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 à la p. 41.

139. Voir par exemple l'affaire *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, concernant l'expulsion d'un membre et l'utilisation des biens d'une église.

Canada¹⁴⁰. On cite un peu rapidement l'exemple américain, en oubliant que les insurgés de 1776 ont pris les armes justement parce qu'ils n'acceptaient pas la conception que la Grande-Bretagne se faisait de sa souveraineté¹⁴¹. Mais l'entreprise n'est pas *a priori* irrecevable; les juges, auteurs de la *common law*, possèdent l'autorité voulue pour la réécrire en la conjuguant au passé¹⁴²; en tant qu'interprètes de la volonté du souverain, exprimée dans ses actes constitutionnels de 1867¹⁴³ et 1982¹⁴⁴, ces même juges peuvent également conclure que la loi existante a été abrogée. Nous devons cependant comprendre que leur liberté d'action n'est pas absolue, ce que nous verrons.

A. Caractère révisionniste de la *common law*

1. L'évolution de la *common law*

Lors de la conquête de 1066 par Guillaume, la Normandie et l'Angleterre étaient des pays de coutumes. Si un monarque prenait la peine de coucher le droit par écrit, son travail consistait pour l'essentiel à codifier les coutumes existantes¹⁴⁵. Il ne lui serait même pas venu à l'idée de faire autrement tant l'esprit du temps ne s'y prêtait pas. Donc, pas de vastes réformes : seulement des ajustements mineurs. Et, pour les rois normands, un empêchement quasi absolu d'agir dès que le roi voulait porter atteinte de manière flagrante aux droits féodaux de ses vassaux sans leur accord. Lorsque, ici ou là, des zones d'ombres se manifestaient, et que l'enjeu était politiquement important, le roi disait alors le droit, tout en prétendant agir conformément à la coutume. C'est ce qu'ont fait le roi Jean le jour où il a dû signer sa grande charte des droits sous la contrainte des barons¹⁴⁶, ainsi que son père Henri II lorsqu'il

140. Voir parmi d'autres B. Slatery, «Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims», (1991) 29 Osgoode Hall L.J. 681 aux pp. 691-692 et P. Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991) 36 R.D. McGill 382 aux pp. 412-414.

141. Voir *supra* notes 132-134 et le texte correspondant.

142. Voir *supra* note 4 et le texte correspondant.

143. L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

144. L.R.C. 1982, c. 11.

145. Pour la période anglo-saxonne, voir Loyn, *supra* note 23 aux pp. 42-43.

146. Le baron disait ne réclamer que le respect de la loi fondée sur la coutume féodale (Frison, Bensoussan et Hutchison, *supra* note 43 à la p. 30). La *Magna Carta* ne serait donc selon eux qu'une actualisation du droit alors en vigueur.

a affirmé son autorité et celle de ses cours de justice sur les gens d'Église¹⁴⁷. Même là, politique vérité oblige, Henri a senti le besoin de se reposer sur le consentement de ses barons pour «déclarer» le droit. C'est aussi ce qu'a fait avant eux Guillaume I, en tant que successeur d'Édouard, quand il a revendiqué et exercé les pouvoirs des rois anglo-saxons concernant le maintien de la paix, l'opération de la justice et la protection des plus faibles, les veuves, orphelins et commerçants. Comme ces pouvoirs étaient vagues, et que personne ne pouvait contester l'interprétation de ce roi tout-puissant, Guillaume les a exploités sans retenue¹⁴⁸. Sa *Curia Regis* a donc pu exercer son autorité sur tous les hommes dans tout le pays. Dans la sphère judiciaire, l'influence de la *Curia Regis* est toutefois demeurée modeste en raison du peu de temps qu'elle pouvait consacrer à la résolution de litiges; elle n'était que la cour des puissants et des grandes causes.

La *Curia Regis* a pu continuer son travail en l'absence du Conquérant, qui a souvent dû s'absenter d'Angleterre pour gouverner son duché de Normandie. Il nommait alors un représentant, le grand justicier, pour le remplacer au sein de sa cour¹⁴⁹. Henri I a pu invoquer cette coutume pour déléguer à son tour son pouvoir de justice à des juges itinérants. Au début, leur juridiction se limitait à vérifier les comptes fiscaux des shérifs dans les comtés. Mais les rois Étienne et Henri II, en faisant revivre l'institution des juges itinérants, leur ont conféré une juridiction beaucoup plus vaste qui s'étendait désormais aux matières civiles et criminelles. Le principe de la délégation étant admis, Henri II ne s'est pas arrêté là : il a créé la Cour des plaidoyers communs. Et son petit-fils Henri III a créé à son tour la Cour du banc du Roi. Toutes des cours de justice royales jouissant de la même autorité que la *Curia Regis*¹⁵⁰. Mais, conséquence de leur nombre, de leur prééminence, la justice du roi a pu devenir dans les faits la justice de tout le royaume. Une loi commune en naîtra : la *common law*.

147. Le texte même des *Constitutions de Clarendon* dit qu'il s'agit d'un rappel et de la reconnaissance (codification) de quelques-unes des coutumes : Douglas et Greenaway, *supra* note 32 aux pp. 766-770. Voir aussi Boussard, *supra* note 33 aux pp. 437-439.

148. Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 aux pp. 33-34; Loyn, *supra* note 23 à la p. 183.

149. Loyn, *supra* note 23 aux pp. 183-185.

150. Voir en général Turner, *supra* note 51 ainsi que Holdsworth (vol. 1), *supra* note 31 aux pp. 41-54.

La conception du droit entretenue par les juges des cours royales sous le règne des rois Henri II, Richard I, Jean et Henri III n'était pas différente de celle qui prévalait jusqu'alors. Eux non plus, à l'instar du roi dont ils étaient les délégués, ne croyaient pas pouvoir entreprendre de vastes réformes. Leur rôle était avant tout d'être les gardiens des coutumes, de dire et non de faire ce droit que l'époque voulait permanent¹⁵¹. À moins d'être en présence d'un texte, charte, constitution ou assise, ces juges appliquaient donc normalement les coutumes existantes, saxonnes pour l'essentiel, normandes à l'occasion. Leur travail d'unification du droit les obligeait parfois à choisir une coutume locale parmi plusieurs pour en étendre l'application à tout le pays. Toutefois, malgré un *a priori* favorable aux coutumes, les juges royaux comme le roi ont créé du droit. Dans un souci d'équité, ils estimaient pouvoir écarter ou modifier des coutumes qu'ils trouvaient désuètes, aussi bien que contrôler les abus de la procédure dont ils restaient les maîtres¹⁵². Ils partaient également de principes établis pour en étendre l'application par analogie à de nouvelles causes d'action, un procédé que le Parlement naissant a encouragé¹⁵³, et toujours en usage depuis lors.

Une fois terminée cette période formatrice de la *common law*, après l'âge de Bracton, les juges royaux ont adopté une attitude plus conservatrice : ils s'en sont tenus plus strictement aux précédents, au point d'oublier toute prétention à pouvoir juger en équité¹⁵⁴. On s'en remettait au Parlement, le seul, croyait-on, qui pouvait agir pour remédier à une injustice en modifiant le droit. La *common law* a donc peu évolué. Ce sont les règles de l'*equity* élaborées par la Cour du Chancelier qui ont alors suppléé aux carences du système établi. Quant à la *common law*, elle est demeurée un système rigide, figé dans ses conceptions, ses idées. Presque immobile.

-
151. A.R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1986 aux pp. 9-10.
152. W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 2, 4^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1936 aux pp. 194 et 207 [ci-après Holdsworth (vol. 2)].
153. Article 24 du *Statut de Westminster II*, 13 Edw. I, dans *Statutes of the Realm* (vol. 1), *supra* note 53 aux pp. 83-84.
154. Holdsworth (vol. 2), *supra* note 152 aux pp. 333-335.

2. Opposition entre les visions statique et dynamique de la *common law*

Peut-être ce peu de mouvement a-t-il fait illusion, au point qu'un Matthew Hale a pu affirmer que la *common law* du XVI^e siècle était à peu près la même que celle en vigueur à l'époque de la conquête normande, si l'on fait exception des anciennes lois d'avant mémoire et des premiers statuts du Parlement qui auraient été tant de fois répétés et appliqués qu'ils y auraient été incorporés à titre de coutumes¹⁵⁵. Mais rappelons-nous que Hale, enfant de la guerre civile de 1642-1646 et de la révolution de 1688, devait insister sur l'ancienneté de la *common law*, sur la nécessité d'obtenir l'accord du Parlement pour la modifier, car elle constituait le véhicule des droits et libertés fondamentaux des sujets anglais, le dernier refuge du Parlement contre l'arbitraire royal des Stuart. Conséquent, Hale a élaboré la doctrine selon laquelle le juge ne crée pas le droit, qu'il ne fait que le découvrir ou témoigner de son existence¹⁵⁶. Pour Hale, les règles de *common law* sont d'abord coutumes et c'est uniquement de là qu'elles tirent leur force et leur autorité¹⁵⁷. Sa thèse est devenue la doctrine acceptée. Blackstone y fera référence au siècle suivant en idéalisant à son tour la *common law*, en faisant d'elle un droit fixe et immuable, comme les coutumes dont elle est issue¹⁵⁸.

Évidemment la doctrine de Hale et Blackstone faisait injure à l'histoire de la *common law* depuis ses débuts. De fait, la société comme son droit n'ont pas cessé d'évoluer. Tous les juges royaux, à toutes les époques, ont dû élaborer de nouvelles règles pour tenir compte de l'évolution sociale. Ils l'ont fait ouvertement dans la période formatrice de la *common law* en écartant des coutumes injustes ou désuètes. Ils ont continué de le faire en sous-main par la suite. Plusieurs ont ainsi commodément oublié de tenir compte d'un précédent obscur. Lorsque cela est devenu difficile, en raison de la publication systématique des précédents les plus importants dans des *law books*, il restait

155. Hale, *supra* note 60 à la p. 9.

156. *Ibid.* à la p. 27. Voir aussi *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4 aux pp. 376-377, juge Goff de Chievey.

157. «[Les règles de *common law*] have acquired their binding Power and the Force of Laws by a long and immemorial Usage, and by the Strenght of Custom and Reception in this Kingdom». *Ibid* à la p. 24.

158. Blackstone (vol. 1), *supra* note 46 à la p. 69.

une autre méthode éprouvée : la technique de la distinction. Si les faits pertinents d'une affaire différaient des précédents, ils appelaient une solution différente. On pouvait alors prétendre découvrir la solution retenue dans un droit préexistant, une manière de sauvegarder la fiction des célèbres juristes Hale et Blackstone. Mais l'illusion d'un droit éternel et immuable n'a pas duré. Après avoir usé et abusé de la technique de la distinction, on s'est rendu à l'évidence que les juges des cours de *common law* créaient du droit.

Dans un traité publié en 1787, un contemporain de Blackstone, John Reeves, avait déjà établi que le droit ne constituait pas une science totalement indépendante, qu'au contraire elle reflétait les changements sociaux¹⁵⁹. La contribution de Reeves allait au-delà d'une simple démonstration du caractère changeant de la *common law* : il a expliqué comment elle s'était adaptée. La *common law*, selon l'auteur, ne subit pas de brusques changements mais évolue lentement et graduellement au rythme des décisions judiciaires¹⁶⁰. Et donc les juges créent plutôt qu'ils ne découvrent le droit; ils tranchent des litiges et de leurs décisions, on déduit un ensemble de règles de droit. D'autres auteurs, tel John Austin à la fin du XIX^e siècle, ont repris sa critique de Hale et Blackstone, sans toutefois réussir à influencer le discours judiciaire. Il a fallu attendre l'année 1966 avant que la Chambre des lords rappelle son pouvoir, qui a toujours appartenu aux cours royales, d'écarter un précédent devenu désuet ou dont l'application comporte une injustice¹⁶¹. Seulement elle se réservait cette tâche à titre de cour d'appel de dernière instance.

La Chambre des lords reconnaissait par là l'évidence, c'est-à-dire qu'il n'avait jamais existé une *common law* éternelle et immuable, ce qui ne l'a pas empêchée de conserver la doctrine du caractère déclaratoire du jugement, tout

159. Reeves, dans *History of the English Law from the Time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, 2^e éd., Dublin, Luke White, 1787, réimpression par A.M. Kelley, New York, 1969, a mis tout l'accent sur le développement décousu et irrégulier du système de brefs donnant accès aux cours royales, notamment sur l'accroissement de leur nombre et variété. Il a ainsi démontré la flexibilité de la *common law*, sa faculté d'adaptation. Voir notamment son traitement des brefs de *Trespass* et *On the case* aux vol. 1 à la p. 338 et au vol. 3 aux pp. 89 et 93.

160. *Ibid.*, vol. 4 à la p. 429.

161. *Practice Statement on Judicial Precedent*, [1966] 1 W.L.R. 1234 (H.L.).

en avouant sa véritable nature de fiction du droit¹⁶². Conséquemment la fiction a pris son véritable sens : à savoir que les règles de droit créées par les cours de justice sont appliquées au litige sous examen, ainsi qu'à tout autre litige ultérieur présentant les mêmes faits pertinents, comme si ces règles avaient toujours existé. En d'autres termes le droit posé agit rétroactivement. La chose peut choquer notre sens d'équité, notre aversion pour l'arbitraire, le justiciable étant en droit de connaître à l'avance les règles qui serviront à juger sa conduite : «*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*»¹⁶³. Mais il semble que cela soit le prix d'une *common law* capable de changements organiques¹⁶⁴. L'effet révisionniste du jugement déclaratoire ne va pas cependant jusqu'à invalider les jugements déjà rendus et dont les délais d'appel sont épuisés; la règle de la chose jugée demeure comme avant¹⁶⁵.

B. Capacité des tribunaux de réviser la *common law*

1. Caractère discrétionnaire de la décision judiciaire

Le juge peut modifier la *common law*. Après tout celle-ci est son oeuvre. Mais sa liberté en ce domaine comporte-t-elle des limites? Pour répondre à cette question, situons d'abord le pouvoir normatif du juge dans la géographie d'un système juridique.

En rédigeant la *Théorie pure du droit*¹⁶⁶, au début du siècle dernier, Hans Kelsen a voulu élaborer une science descriptive du droit, dire ce qu'est le droit et comment il se fait par opposition à ce qu'il devrait être et comment il devrait se faire. En ce sens Kelsen s'inscrit dans le courant positiviste pour lequel il n'y a de droit que celui créé par les hommes. La science du droit étudie le droit tant

162. *Supra* note 4.

163. «Les lois et constitutions ont pour but certain de donner un cadre (un plan) aux affaires futures, non pas de rétracter des faits passés» A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1994 à la p. 265.

164. L'alternative serait de reconnaître aux jugements un caractère purement prospectif, ce qui provoquerait d'autres problèmes, encore plus sérieux, d'après lord Goff de Chieveley dans *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4 aux pp. 378-379.

165. *Ibid.* à la p. 393, juge Lloyd de Berwick.

166. *Supra* note 19.

sous son aspect statique, lorsqu'il est considéré à l'état de repos, que sous son aspect dynamique, lorsqu'il est considéré dans son mouvement, son évolution.

Au point de vue statique le droit apparaît comme un système de normes réglant la conduite des individus qui composent la société. Il est donc un ordre social, mais un ordre social particulier fondé sur la contrainte, l'État étant celui qui sanctionne toute conduite contraire à celle désirée. Précisons que si le droit reflète le social, ce lien n'en est pas un de coïncidence absolue. Le droit ne régit pas tout le social et tout le social organisé ne l'est pas juridiquement¹⁶⁷. Avant d'être applicables, les normes légales doivent avoir été posées, autrement dit créées par des actes qu'on peut localiser dans l'espace et dans le temps¹⁶⁸. Cela nous amène sur le terrain de l'aspect dynamique du droit. Pour Kelsen, chaque norme doit avoir été créée de la manière prescrite par une autre norme, une norme d'habilitation, qui a été à son tour créée de même façon, et ainsi de suite jusqu'à la norme fondamentale de l'ordre juridique¹⁶⁹. La norme fondamentale est l'acte par lequel la première constitution aurait été établie.

En droit anglais, la norme fondamentale est particulièrement difficile à identifier, puisque ce droit prétend tirer ses origines d'une époque d'avant la mémoire. La constitution de l'Angleterre a finalement pris la forme de coutumes anglo-saxonnes et normandes, qui ont été par la suite incorporées dans la *common law*, puis codifiées pour certaines d'entre elles dans des lois du Parlement. Pour d'autres pays, la norme fondamentale est plus simplement l'acte révolutionnaire fondateur du régime actuel. La France a ainsi connu divers régimes, de la Révolution de 1789 à la Cinquième République, qui ont succédé à autant de coups d'État. En Amérique du Nord la situation est plus complexe. Tout dépend du point de vue retenu : l'Anglais a pu prétendre que sa souveraineté découlait de l'application d'une règle de la *common law*, celle de l'acte d'État, alors que l'Amérindien y a plutôt vu, selon son droit, un acte révolutionnaire contre l'ordre existant. Rappelons que beaucoup d'Amérindiens croient que leurs ancêtres n'ont jamais cédé leur pays par traité, ni été conquis par les armes. La dichotomie entre les deux systèmes a pu continuer un moment,

167. L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1966 à la p. 14. Ce qui revient à dire que le droit et l'histoire non plus ne coïncident pas nécessairement.

168. Kelsen, *supra* note 19 aux pp. 42-43.

169. *Ibid.* aux pp. 131-132.

le temps que l'ordre ancien cesse d'être efficace et que le nouveau le devienne. Kelsen avait conclu à ce sujet : «un ordre normatif perd [...] sa validité quand il cesse d'être suffisamment en accord avec la réalité»¹⁷⁰.

Dans l'ordre juridique kelsénien chaque règlement administratif, loi, constitution, a donc été créé en vertu d'une norme hiérarchiquement supérieure, jusqu'à la norme fondamentale, formant ainsi une structure hiérarchique où toutes les règles sont réparties en plusieurs couches superposées. Cette description du droit réel a été critiquée. Elle passe en effet sous silence le pouvoir normatif du juge lorsqu'il «interprète» le droit écrit. Elle ne tient pas compte non plus que des normes existent, tels les règles de la *common law* et les principes généraux du droit administratif français, qui ne dépendent pas pour leur validité d'une habilitation directe. L'unité de l'ordre juridique ne reposerait donc pas sur l'unité des sources du droit mais sur le fait qu'une société reconnaît la validité d'un ensemble de normes légales¹⁷¹.

Herbert L.A Hart est l'auteur majeur qui a repris là où avait laissé Kelsen. Dans son ouvrage *Le concept de droit*¹⁷², Hart concède que le juge, en rendant ses décisions, les présente comme des déductions allant de soi faites à partir de règles claires et préétablies, sans qu'il n'intervienne par ses préférences personnelles. S'il en est ainsi dans les cas les plus simples, continue Hart, il reste que l'interprétation des lois et l'application des précédents, dans la majorité des litiges, comportent tant d'incertitudes qu'ils admettent plusieurs résultats. Conséquemment le juge doit choisir, exercer une discrétion, ne serait-ce que pour mettre fin à l'incertitude¹⁷³. Au bout de la course judiciaire il faudra s'en remettre à la fiction que la loi est ce que la juridiction suprême dit qu'elle est. Hart termine en disant que «l'affirmation selon lequel le tribunal avait tort est sans effet à l'intérieur du système»¹⁷⁴.

170. *Ibid.* à la p. 127.

171. M. Virally, «Le phénomène juridique» (1966), 82 R.D.P. 5 aux pp. 57 et 58. Voir aussi C. Perelman, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1970 à la p. 154.

172. *Supra* note 138.

173. *Ibid* aux pp. 25-26.

174. *Ibid.* à la p. 174.

À l'opposé de Hart, Ronald Dworkin, dans *Prendre les droits au sérieux*¹⁷⁵, défend l'idée qu'il existe toujours pour chaque litige une seule bonne réponse, une réponse correcte. Dworkin croit qu'en présence d'incertitudes, le juge doit se guider par des critères extérieurs (*public standards*), qu'il appelle aussi des principes, et non par ses propres références personnelles¹⁷⁶. Et comme il voit dans ces critères extérieurs préexistants des règles de droit, Dworkin conclut que le travail du bon (*sic*) juge consiste à découvrir le droit et non pas à l'inventer rétroactivement¹⁷⁷. Une pensée qui n'est pas sans rappeler celle des Hale et Blackstone.

Selon nous, Dworkin, notamment par son recours à la notion du bon juge, a théorisé sur un droit idéalisé plutôt que sur ce qu'il est réellement. Il s'est donc écarté de l'hypothèse kelsénienne servant de fondement à la *Théorie pure du droit*. Cela compris, on peut facilement s'entendre sur le fait que les juges ne se sentent pas libres de trancher les litiges qui leur sont soumis selon leur bon plaisir. En effet, les juges s'appuient sur des principes, non pas des principes préexistants, mais des principes qu'eux-mêmes ont élaborés à partir de conceptions qu'ils entretiennent sur la justice, l'intérêt général de la société, et le rôle qui leur revient dans la poursuite de ces objectifs. Nous allons maintenant en aborder l'étude.

2. Règles régissant la discrétion judiciaire

Une cour d'appel de dernière instance, comme la Chambre des lords ou la Cour suprême du Canada, n'écarte pas ses précédents à la légère, plusieurs motifs sérieux justifiant l'autorité qu'elle leur accorde. Le respect des précédents permet aux justiciables de régler leurs affaires dans un cadre légal stable et prévisible. Il favorise également l'égalité devant la loi, en ce sens que des cas semblables sont traités de même façon. Il constitue une protection contre l'arbitraire et les préjugés. Il convainc la partie perdante de se plier au jugement rendu, du moment qu'elle croit que la règle appliquée ne la vise pas personnellement mais plutôt comme membre d'une catégorie d'individus. Il rend la justice plus efficace, économe de ses ressources, en accélérant le

175. Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

176. *Ibid.* à la p. 33.

177. *Ibid.* à la p. 153.

traitement des litiges et en décourageant les poursuites judiciaires. Enfin, le respect dû aux précédents force le juge à peser ses motifs avec encore plus de gravité qu'il ne le ferait si ceux-ci n'avaient d'effet que dans le présent litige¹⁷⁸. Tous ces avantages doivent être soupesés en regard des avantages qu'une modification du droit existant présenterait. Voilà pourquoi les juges conçoivent certaines limites à leur pouvoir de modifier la *common law*.

Revenons maintenant à notre question de départ, à savoir quand donc une cour d'appel de dernière instance peut-elle modifier le droit en vigueur par l'abrogation d'un précédent?

D'abord un préalable : il faut que la cour soit convaincue d'améliorer la *common law* de manière significative. La prépondérance des inconvénients favorise clairement le maintien du droit en vigueur si le changement envisagé comporte peu d'avantages¹⁷⁹. Ensuite, même si les avantages sont marqués, la cour refuse normalement d'intervenir si elle ne peut se fonder que sur sa propre perception, alors que les arguments et les questions en litige demeurent les mêmes, donc qu'aucun changement substantiel n'est intervenu depuis le précédent attaqué¹⁸⁰. Car le droit doit dépendre de la cour en tant qu'institution et non des préférences de ceux que le hasard a placés sur son banc. Ces réserves étant admises, la cour suprême d'un pays de *common law* est investie de l'autorité nécessaire pour faire évoluer son droit au rythme des valeurs sociales, morales et économiques de la société qu'elle sert¹⁸¹. Cela explique que la *common law* puisse évoluer différemment selon le génie propre à chaque pays¹⁸².

178. P.S. Atiyat et R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987 à la p. 116; J. Stone, *Precedent and Law*, Sydney, Butterworths, 1985 à la p. 189.

179. Stone, *ibid.* à la p. 177. Voir également *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833 à la p. 849, juge Dickson, à l'effet qu'il doit exister des circonstances impérieuses pour justifier que l'on s'écarte d'un précédent, même erroné.

180. R. Cross et J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991 à la p. 138.

181. Les arrêts les plus importants sur ce sujet sont, au Royaume-Uni, *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4, en Australie, *Mabo*, *supra* note 92, et au Canada, *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654 [ci-après *Salituro*].

182. *Cassel and Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 à la p. 1127, juge Diplock (C.P.); *Invercargill City Council c. Hamelin*, [1996] A.C. 624 à la p. 640, juge Lloyd de Berwick (C.P.).

Cette évolution est par définition lente et progressive, encore que la cadence a pu s'accélérer au cours du dernier siècle¹⁸³. Il reste que les valeurs contemporaines d'une société sont une donnée relativement stable qu'il faudrait éviter de confondre avec les soubresauts quotidiens de l'opinion¹⁸⁴.

On a comparé la *common law* à un tissu sans couture, à une mosaïque, dont la cohésion est assurée par la doctrine du précédent, mais qu'il faut continuellement adapter ou réparer¹⁸⁵. Le plus souvent cela se fait par des ajustements mineurs qui s'intègrent harmonieusement dans le tissu de la *common law*. On procède alors par analogie en étendant l'application d'un principe établi à de nouvelles espèces qui présentent des caractéristiques comparables¹⁸⁶. Pour des changements plus importants, on raisonne plutôt par induction. À partir d'un ensemble de précédents disparates couvrant un secteur d'activité, mais auxquels on attache les mêmes conséquences légales, on abstrait une règle de portée plus générale qui synthétise, qui englobe l'ensemble de ces précédents, pour ensuite appliquer la nouvelle règle à toute une famille de nouveaux cas¹⁸⁷. La nouvelle règle devient un principe du droit dont les applications constituent des espèces particulières. Toutefois, que ce soit l'une ou l'autre manière, par raisonnement inductif ou par analogie, aucune règle de *common law* n'est remise en cause. Son tissu demeure intact. Il peut cependant arriver que la cour suprême d'un pays franchisse ce pas en modifiant ou en abrogeant une règle établie. Elle s'y résigne lorsque les méthodes précédentes ne suffisent pas pour suivre l'évolution de la société. Son pouvoir connaît toutefois d'autres bornes que cette évolution.

Une cour d'appel de dernière instance devrait certainement refuser de modifier la *common law* si la modification envisagée cause de graves injustices.

183. Comme le constate G. Ripert dans *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 à la p. 33 : «L'accélération de l'histoire [...] impose l'accélération du droit».

184. *Dietrich c. The Queen* (1992), 177 C.L.R. 292 à la p. 319, juge Brennan (H.C. d'Aust.) [ci-après *Dietrich*].

185. *Kleinwort Benson Ltd.*, *supra* note 4 à la p. 378, juge Goff de Chieveley.

186. Dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, la Cour suprême du Canada a ainsi étendu au médecin les obligations qui incombent à un fiduciaire.

187. C'est de cette façon que la Chambre des lords a élaboré sa doctrine de responsabilité pour négligence dans son arrêt classique *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

C'est alors au législateur d'agir, lui qui est en mesure d'introduire un changement aux effets uniquement prospectifs¹⁸⁸.

Le dernier frein au pouvoir de la cour suprême d'un pays de modifier la *common law* dépend de sa maîtrise de la complexité, ou plutôt de son opinion à cet égard. En effet, quand une cour procède à la modification ou à l'abrogation d'une règle, il s'agit le plus souvent d'une fracture mineure dans la mosaïque de la *common law*, sans aucun doute à sa portée. Ce bris devient plus important lorsque la règle concernée est aussi un principe du droit, et encore plus s'il s'agit d'un principe fondamental du droit, parce qu'alors il faut réarranger tous les principes et les règles subsidiaires qui en dépendent. La tâche prend parfois une telle ampleur, comporte des ramifications si imprévisibles, qu'une cour de justice pourrait croire qu'elle ne possède ni les compétences, ni les ressources pour s'y aventurer. Alors, par prudence, elle y renonce¹⁸⁹. D'autant plus qu'elle ne veut pas usurper une fonction qui relève du législateur¹⁹⁰. Ce dernier, au contraire des tribunaux, bénéficie habituellement d'études minutieuses du gouvernement et de comités spéciaux de législation, qui eux-mêmes ont pu solliciter les opinions d'un vaste éventail de groupes d'intérêts et d'experts sur les sujets traités avant de faire leurs recommandations. Le législateur possède en outre la légitimité démocratique requise pour entreprendre une réforme de la loi, même au risque de se tromper gravement. Tôt ou tard, l'électorat lui en imputera la responsabilité. Les tribunaux n'ont pas le même droit à l'erreur.

Il reste à déterminer quel est ce principe fondamental du droit qui se trouve hors d'atteinte du pouvoir normatif du juge.

188. *Dietrich*, supra note 184 à la p. 319, juge Brennan; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842 au par. 51, juge Bastarache.

189. *Salituro*, supra note 181 à la p. 670, juge Iacobucci; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750 aux pp. 760 et 761, juge McLachlin; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 à la p. 776, juge Lamer; *Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.* (1992-1994) 179 C.L.R. 520 à la p. 592, juge McHugh (H.C. Aus.) [ci-après *Burnie Port Authority*]; Cross et Harris, supra note 180 à la p. 34. Cette attitude de prudence n'est pas sans rappeler celle de Matthew Hale : voir supra note 59.

190. *Burnie Port Authority*, *ibid.* à la p. 593, juge McHugh; *Dietrich*, supra note 184 à la p. 320, juge Brennan.

3. Limite de la discrétion judiciaire : le principe fondamental du droit

Les principes du droit sont des normes générales qui fondent d'autres règles légales considérées comme des expressions plus spécifiques ou concrètes de celles-ci et dont ils sont à la fois l'explication et la justification¹⁹¹. Ils constituent donc la notion première de ces règles plus spécifiques ou concrètes¹⁹².

Nombre de principes du droit prennent la forme de maximes ou d'adages, souvent exprimés par des locutions latines, une marque de leur ancienneté¹⁹³. Il s'en trouve de création jurisprudentielle. D'autres ont été créés par des textes. Plusieurs sont en outre des fictions légales. On ne doit donc pas se surprendre que leurs objectifs soient sensiblement les mêmes que ceux des fictions : il s'agit de protéger l'ordre social et d'assurer la cohérence interne du système légal. La protection de l'ordre social se fait par des principes directeurs. La primauté ou règne du droit, nul n'est censé ignorer la loi, l'autorité de la chose jugée, l'égalité devant la loi, le principe de non-rétroactivité des lois et pas de crime sans texte sont des exemples de principes directeurs. Quant à la cohérence du système, elle est assurée par des principes correcteurs qui permettent l'application de solutions légales justes et adaptées au reste du système. Pensons aux principes que la bonne foi se présume, qu'à l'impossible nul n'est tenu, ainsi que *fraus omnia corrumpit* et *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁹⁴.

Une fois reconnus, les principes du droit constituent des propositions directrices qui subordonnent tout développement ultérieur¹⁹⁵. Les institutions qui créent du droit s'en servent donc comme des guides. Les tribunaux les invoquent également à titre supplétif, lorsqu'en l'absence de réponse claire ils veulent justifier leur décision. Cela ne signifie pas que les principes du droit sont devenus des cadres rigides n'admettant aucun empiètement, seulement que les

191. N. MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p. 181.

192. Ripert, *supra* note 183 à la p. 337.

193. Voir en général l'ouvrage de Mayrand, *supra* note 163.

194. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1989 à la p. 99.

195. *Ibid.* à la p. 91.

règles de droit sont édictées ou modifiées en fonction de ces principes auxquels elles doivent normalement se conformer. Toute dérogation devrait conséquemment être justifiée, soit parce que les objectifs qui sous-tendent le principe atteint sont néanmoins respectés, soit parce que d'autres objectifs encore plus importants le commandent. Dans ce dernier cas, il peut arriver que les exceptions soient si sérieuses ou nombreuses qu'elles invalident le principe original, alors frappé de désuétude, pour le remplacer par un nouveau. Par exemple, le principe voulant qu'on doive présenter la meilleure preuve a été en grande partie abandonné au profit d'une évaluation de la force probante de la preuve présentée¹⁹⁶. Et le principe du lien contractuel limitant l'effet des contrats aux parties ne s'applique plus aux tiers qui en réclament les bénéfices¹⁹⁷.

L'influence des principes du droit est omniprésente dans tout l'édifice juridique. Pris ensemble ils lui donnent sa cohérence et sa structure, en résumé son unité. Individuellement, toutefois, ils sont d'importance variable. Certains principes peuvent être qualifiés de mineurs. D'autres, au contraire, doivent être considérés comme des principes fondamentaux de leur ordre juridique. La frontière qui les sépare n'est pas tant d'ordre qualitatif que quantitatif. Un principe fondamental du droit se définit par ses effets structurants sur un système juridique donné : plus ses effets sont importants, plus la modification d'un principe appelle d'autres changements à d'autres principes ou règles, et plus la qualification de principe fondamental du droit s'impose. On ne peut donc déterminer à l'avance avec certitude ce qui est et ce qui n'est pas un principe fondamental du droit¹⁹⁸. Il revient à la cour de justice qui est interpellée de délimiter cette frontière. Elle la situera en évaluant sa propre capacité de maîtriser les changements envisagés.

Georges Ripert aimait comparer le droit à un bâtiment dont les principes fondamentaux seraient les poutres maîtresses. Que l'on détruise l'une de ces poutres et le bâtiment s'effondre! S'il est possible d'en reconstruire un nouveau sur les ruines de l'ancien, poursuit Ripert, la reconstruction demeure

196. *R. c. Shayesteh* (1996), 111 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.).

197. *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299.

198. *Mabo*, *supra* note 92 aux pp. 29-30.

hypothétique tandis que la ruine, elle, est certaine¹⁹⁹. C'est donc un conseil de prudence que donne Ripert, un conseil que les cours de justice ont érigé en règle, comme dans l'affaire *Mabo*²⁰⁰ où le juge Brennan de la Haute cour d'Australie a écrit :

In discharging its duty to declare the common law of Australia, this Court is not free to adopt rules that accord with contemporary notions of justice and human rights if their adoption would fracture the skeleton of principle which gives the body of our law its shape and internal consistency [...] The peace and order of Australian society is built on the legal system. It can be modified to bring it into conformity with contemporary notions of justice and human rights, but it cannot be destroyed²⁰¹.

La Haute cour d'Australie s'intéressait alors à la fiction du titre radical de la Couronne sur toutes les terres assujetties à sa souveraineté, qu'elle a finalement qualifiée de principe fondamental de la *common law*. Nous avons déjà commenté l'importance de cette fiction du droit anglais²⁰². À vrai dire, il semble que tout ce qui sert d'assise à la propriété des terres d'un pays doit être considéré comme un principe fondamental de son ordre juridique. C'est du moins la conclusion à laquelle la Cour suprême des États-Unis est arrivée dans sa décision *Johnson c. M'Intosh*²⁰³. Rappelons le contexte de cet arrêt.

Pendant plusieurs années, après les débuts de la colonisation américaine, les autorités britanniques ont cru que ou tout au moins ont agi comme si les Amérindiens ne possédaient aucun droit à leurs terres tribales traditionnelles, conformément à la doctrine de la découverte²⁰⁴. Était-ce là erreur, autromperie ou pur mensonge? Une chose est sûre : des titres fonciers ont été concédés par le roi et les gouvernements coloniaux, sans égard à la présence amérindienne. Toute une structure de droits fonciers a été constituée. Les

199. Ripert, *supra* note 183 à la p. 344.

200. *Supra* note 92.

201. *Ibid.* aux pp. 29-30. Voir aussi *supra* note 189 et le texte correspondant ainsi que l'arrêt *Dietrich*, *supra* note 184 à la p. 320, juge Brennan.

202. Voir *supra* les notes 31, 115-117 et le texte correspondant.

203. (1823) 8 Wheaton 543 [ci-après *Johnson*].

204. Voir *supra* notes 80-87 et le texte correspondant.

premiers concessionnaires ont cédé leurs terres à des colons, qui les ont cédées à d'autres colons, et ainsi de suite, établissant ainsi une chaîne de titres qui tous remontaient à une concession originale de la Couronne. Les concessionnaires anglais pouvaient négocier avec les actuels occupants amérindiens, mais pas toujours, sans compter que l'honnêteté de leurs transactions n'était pas assurée. De toute façon le cadastre officiel devait faire preuve de leurs titres.

Les colons anglais n'ont pas toujours suivi les directives de leurs dirigeants concernant l'occupation du domaine foncier. En effet, plusieurs ont négocié directement avec les Amérindiens l'achat de leurs terres, sans autorisation préalable ni concession officielle des autorités. Parallèlement aux livres officiels des cadastres, on a donc vu s'édifier une autre chaîne de titres, quoique de moindre importance. Inévitablement il y a eu des conflits entre le cadastre officiel et cette structure foncière parallèle. Lequel des «propriétaires» pouvait légalement réclamer le bien-fonds contesté? D'un côté on pouvait prétendre à un titre concédé par le roi et apparaissant au cadastre, de l'autre on pouvait prétendre détenir son titre du propriétaire effectif, en l'occurrence l'occupant amérindien.

En 1823, quand ce conflit a finalement été tranché, il est vrai que plus personne ne contestait la valeur juridique du titre indien, et conséquemment que la doctrine de la découverte, dans sa version originale, était historiquement et juridiquement fautive. Toutefois, a raisonné la Cour suprême des États-Unis, toute la structure foncière des colonies britanniques d'Amérique du Nord repose sur cette doctrine. Qu'elle découle d'une fausseté n'avait plus guère d'importance! La doctrine de la découverte était devenue incontournable et faisait désormais partie du droit continental : «if the property of the great mass of the community originates in it, it becomes the law of the land, and cannot be questioned»²⁰⁵. Gardienne de la constitution révolutionnaire de 1789, la Cour suprême des États-Unis aurait pu, en théorie, rejeter les anciennes prétentions de la royauté anglaise en s'appuyant sur cette constitution. Mais elle ne s'y est pas risquée parce que l'ordre social et juridique actuel de sa société en dépendait. Le droit est prisonnier de son histoire, a dit la haute cour

205. *Johnson, supra* note 203 à la p. 591, juge Marshall.

d'Australie²⁰⁶, qui aurait pu ajouter : incluant ses erreurs et ses mensonges, quand ils sont suffisamment importants et durent suffisamment longtemps.

En toute logique, considérant ce qui vient d'être dit, l'acte d'État par lequel la Couronne a fondé sa souveraineté sur le territoire canadien, soit la *Proclamation de 1763*²⁰⁷, est incontestablement un principe fondamental du droit du Canada. Ce décret royal, avec la Commission du gouverneur Murray et les instructions l'accompagnant²⁰⁸, a formé la première constitution du Canada. Plus précis que la *Proclamation*, la Commission de Murray réglait la composition du Conseil de la Province de Québec et les modalités de convocation de l'Assemblée générale des francs tenanciers, les organes qui, de concert avec le gouverneur, exerçaient les pouvoirs législatif et réglementaire dans la colonie. Elle conférait également au gouverneur, conjointement avec le Conseil de la Province, le pouvoir de distribuer les terres, à condition que cela se fasse dans le respect des instructions royales à venir. Si on ne reconnaît pas la valeur juridique de la *Proclamation de 1763* et de la Commission de Murray, aussi bien prétendre que tous les titres et autres droits fonciers conférés ou confirmés sous leur empire sont illégaux, ainsi que tous les titres et droits de leurs successeurs depuis lors, puisqu'on ne peut donner plus que ce que l'on a : *nemo potest transferre ad alium plus juris quam habet ipse*. On pourrait critiquer de même façon tous ces autres titres et droits fonciers conférés sur des terres où la Couronne n'exerçait toujours pas une souveraineté effective. Or celle-ci n'a été assurée que fort récemment sur certaines parties du territoire.

Il est indifférent que l'acte d'État établissant la souveraineté de la Couronne anglaise ait été pour un temps une fiction, ou qu'il ait violé la souveraineté originale des Amérindiens. La souveraineté effective ne peut servir de critère pour juger de la légalité d'un droit, plus maintenant que la souveraineté anglo-canadienne a été établie dans les faits de manière incontestable sur tout son territoire. On conviendra cependant que sans souveraineté effective, la Couronne et ses ayants droit auraient dû abandonner tôt ou tard leurs futiles prétentions²⁰⁹. Quant à la violation de la souveraineté

206. *Mabo*, supra note 92 à la p. 29, juge Brennan.

207. *Supra* note 100.

208. *Supra* note 104.

209. *Supra* note 19.

autochtone, le raisonnement de la Cour suprême des États-Unis vaut encore : du moment qu'un acte fonde la propriété de la plus grande partie du sol, il devient la loi du pays et ne peut plus être contesté, nonobstant sa valeur originale, en droit comme au plan de la morale. L'acte en question est devenu un principe fondamental du droit. C'est aussi ce qu'il faut comprendre de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*²¹⁰; on y apprend en effet que l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, et non son effectivité, sert de date butoir pour reconnaître la création d'un titre indien originaire²¹¹.

Les droits des peuples amérindiens n'ont pas été totalement ignorés, loin de là. Toutefois, par nécessité, il a fallu les adapter aux données de l'histoire ainsi qu'aux principes fondamentaux du nouvel ordre juridique. Le Canada, comme d'autres pays encore gouvernés par les principes de la monarchie parlementaire anglaise, a donc reconnu l'existence de droits aborigènes, mais des droits de nature collective et inaliénable²¹², qui sont considérés comme une charge sur le titre radical de la Couronne²¹³.

L'acte d'État affirmant la souveraineté de la Couronne, la doctrine de la découverte modifiée et le titre radical de la Couronne sont à la fois des fictions et des principes fondamentaux du droit public anglais. On pourrait peut-être ajouter à cette courte liste de principes fondamentaux la fiction du monopole régalien sur les fonctions étatiques traditionnelles que sont les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Ces exemples suffisent néanmoins pour illustrer la résistance d'un système légal au changement, sa crainte d'usurper la fonction

210. [1997] 3 R.C.S. 1010 [ci-après *Delgamuukw*].

211. Un titre originaire, par opposition à un titre concédé, ne découle pas d'une cession des autorités coloniales. Il résulte plutôt de l'occupation historique par les peuples amérindiens de leurs terres tribales traditionnelles.

212. Au sens strict, malgré une terminologie qui a souvent cours, les Amérindiens ne cèdent pas leurs terres, même à la Couronne. La cession d'un titre indien équivaut en réalité à un abandon; le titre alors s'éteint et la terre revient à la Couronne, détentrice du titre radical, par droit de déshérence : *Guerin*, *supra* note 118 à la p. 386, juge Dickson et à la p. 392, juge Estey et *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554 à la p. 569, juge Estey.

213. L'arrêt de principe dans le Commonwealth est *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399. Au Canada, on peut consulter les affaires *Guerin*, *supra* note 118; *Delgamuukw*, *supra* note 210 et *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

du législateur en improvisant une réforme légale d'importance. L'aveu que la *common law* évolue au rythme de la société est devenu suranné quelque trente-six ans après l'énoncé de procédure sur le précédent judiciaire de la Chambre des lords²¹⁴. Mais dire que le droit évolue, n'est-ce pas également reconnaître que l'essentiel demeure²¹⁵?

Conclusion

L'exemple du droit anglais nous a servi à illustrer le danger de confondre trop aisément l'histoire du droit et l'histoire tout court. Cette mise en garde vaut pour tous les systèmes juridiques ayant fait l'emploi du procédé de fiction²¹⁶. C'est notamment le cas de la France sous le régime de la monarchie absolue, alors qu'elle venait d'abandonner ses habits féodaux pour revêtir ceux d'un État. Les institutions de la France comportaient de fortes ressemblances avec celles de l'Angleterre. Le roi comme son cousin anglais y incarnait la puissance souveraine. Il concentrait entre ses mains tous les pouvoirs de l'État, le législatif, l'exécutif et le judiciaire²¹⁷, puissance qu'il pouvait projeter sur d'autres territoires par une simple déclaration de souveraineté. On procéda ainsi pour fonder la Nouvelle-France²¹⁸. Bien entendu, en l'absence d'un contrôle militaire, nul n'était dupe de cette fiction. Ses pouvoirs étaient également inaliénables. Et comme le roi ne pouvait rendre justice à tous ou exécuter seul les lois, la fiction de la délégation fut là aussi appliquée pour reconnaître à d'autres le pouvoir de juger en son nom, ainsi que de faire des règlements et des ordonnances pour l'exécution des lois²¹⁹. Le roi de France, encore ici à l'image de son homologue anglais, était cependant contraint dans l'exercice de ses pouvoirs par les lois de Dieu, les règles de la justice naturelle et les lois fondamentales du royaume, à cette différence près qu'aucun contre-pouvoir comme un parlement ou une judicature indépendante ne lui rappelait quelles étaient ces limites. En pratique le roi français pouvait donc forcer l'obéissance,

214. *Supra* note 161.

215. Ripert, *supra* note 183 à la p. 28.

216. Voir *supra* les notes 5 et 6 et le texte correspondant.

217. R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, vol. 1, Paris, Presses Universitaires de France, 1974 aux pp. 499-513.

218. Lire *supra* note 83 et le texte correspondant.

219. Mousnier, *supra* note 217 aux pp. 518-519.

même si ses ordres étaient contraires aux commandements de Dieu, ou à la justice ou à l'équité. Il lui suffisait d'invoquer le bien public; la raison d'État justifiait tout²²⁰.

Nous avons également limité notre étude à cette partie du droit anglais qu'est la *common law*. Pourtant nos observations auraient pu être sensiblement les mêmes à l'égard du droit légiféré, qu'il s'agisse d'une loi ordinaire ou d'une loi faisant partie d'une constitution supra-législative. Le droit légiféré comme la *common law* est encombré de fictions. Et s'il est vrai que le législateur et *a fortiori* le constituant possèdent la légitimité nécessaire pour entreprendre de vastes réformes, qu'ils jouissent ainsi d'une plus grande marge de manoeuvre que les tribunaux, leur pouvoir est dans les faits limité par l'opinion et par le cadre des institutions existantes. Les lois doivent donc être «raisonnables» du point de vue d'une majorité bien pensante et éclairée. Tant et si bien que lorsque celles-ci sont mal rédigées, qu'elles comportent des ambiguïtés ou des concepts flous, les cours de justices les interprètent à travers le prisme de ce qui est raisonnable en considérant leurs conséquences. La présomption favorisant une interprétation raisonnable est d'ailleurs l'un des principaux canons de l'interprétation des lois²²¹. Or il est peu probable qu'une cour de justice conclut à un bouleversement des principes fondamentaux de son ordre juridique en l'absence d'indications claires à cet effet venant du législateur ou du constituant.

220. *Ibid.* à la p. 514.

221. P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 562-577. Cette présomption a servi abondamment dans l'interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui consacre les droits des peuples autochtones du Canada. La Cour suprême du Canada a par ailleurs jugé que l'article 35 vise la «conciliation» de l'ancienne occupation autochtone avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Voir R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 à la p. 545, juge en chef Lamer.