

L'AUSTRALIE, UN MELTING POT  
DES THÉORIES DE LA  
SÉPARATION DES POUVOIRS

« Mêmes ceux qui le regrettent admettent que les rédacteurs de la Constitution australienne ont entendu consacrer le principe de séparation des pouvoirs<sup>1</sup>. » Mais au-delà de cette consécration somme toute banale s'agissant d'une démocratie constitutionnelle, la question de savoir quel modèle théorique a inspiré les rédacteurs de la Constitution australienne demeure, aujourd'hui encore, insusceptible de réponse définitive. La question est d'autant plus problématique que les travaux préparatoires ne sont à cet effet d'aucun secours<sup>2</sup>. Le texte même de la Constitution semble receler des indications contradictoires. Sur la forme, la répartition ternaire des pouvoirs n'est pas sans rappeler l'architecture de la Constitution américaine. À l'image de cette dernière, la Constitution australienne a en effet prévu trois chapitres distincts consacrés respectivement au « Parlement », au « gouvernement exécutif » et enfin au pouvoir « judiciaire ». Le parallèle avec le modèle américain est d'autant plus plausible que l'on sait que certains délégués étaient familiers<sup>3</sup> du constitutionnalisme américain, voire fascinés par ses enseignements<sup>4</sup>. Dans la célèbre affaire *Boilermakers*, la Haute Cour a d'ailleurs donné du crédit à cette lecture en affirmant que « si vous ne connaissez rien de l'histoire de la théorie de la séparation des pouvoirs, si vous ne com-

---

1. John M. Finnis, « Separation of powers in the Australian Constitution », *Adelaide Law Review*, n° 3, 1967, p. 159.

2. Haig Patapan, « Separation of powers in Australia », *Australian Journal of Political Science*, vol. 34, n° 3, 1999, p. 395.

3. *Ibid.*

4. John M. Finnis, « Separation of powers in the Australian Constitution », *op. cit.*, p. 160.

parez pas la Constitution américaine avec la nôtre, si vous êtes inconscients de l'interprétation qu'elle a reçue avant que notre Constitution ne soit façonnée selon le même plan, vous sentirez tout de même la force des sous-entendus des chapitres I, II, III et le contenu des sections 1, 61 et 71. Il serait difficile de traiter cela comme s'il ne s'agissait que d'un arrangement des rédacteurs de la Constitution... Ce [schéma] ne peut être traité comme s'il était dépourvu de toute signification et sans conséquence juridique<sup>5</sup> ».

Sur le fond, « le fait que la responsabilité du gouvernement soit la principale caractéristique du système constitutionnel australien rend correcte l'affirmation selon laquelle [l'Australie] n'a pas adopté la théorie américaine de séparation des pouvoirs<sup>6</sup> », mais la britannique.

30 En somme, la Constitution australienne paraît ainsi opérer une juxtaposition « fascinante »<sup>7</sup> de deux conceptions résolument différentes de la séparation des pouvoirs. Le modèle australien, si tant est qu'il soit possible de parler de modèle, est en cela d'une originalité frappante. Il présente la caractéristique, paraît-il inimitée, de procéder d'une forme d'hybridation des modèles britannique et américain de séparation des pouvoirs. Aux dires même des juges suprêmes, « il est probable que l'accomplissement le plus saisissant des rédacteurs de la Constitution australienne soit le mariage réussi du régime parlementaire britannique avec le fédéralisme américain<sup>8</sup> ».

Mais, cette présentation risque de paraître naïve et improbable car il est évident que, dans la pratique, la conciliation de deux modèles antagonistes, du moins divergents, ne va pas sans poser quelques interrogations sur les mécanismes de leur hybridation. Sur ce plan, la Haute Cour paraît dépositaire de la formule magique destinée à donner tout son effet à ce mélange que l'on croit *a priori* contre nature. La pratique et la jurisprudence constitutionnelle ont en définitive abouti à la mise en œuvre d'un paradigme fondé sur une séparation asymétrique des pouvoirs.

La conception australienne se distingue ainsi par une conception fondée sur la fusion rationalisée des pouvoirs exécutif et législatif d'un côté et sur la prééminence du pouvoir judiciaire de l'autre.

5. *R v. Kirby; ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) HCA 10; (1956) 94 CLR 254 (2 mars 1956), p. 275.

6. *Boilermakers*, p. 276.

7. Bruce Ackerman, « The new separation of powers », *Harvard Law Review*, vol. 113, n° 3, 2000, p. 672.

8. *Boilermakers*, p. 276.

DE LA SÉPARATION À LA FUSION RATIONALISÉE  
DES POUVOIRS EXÉCUTIF ET LÉGISLATIF

À l'image des autres régimes parlementaires, le régime australien se caractérise par « l'étroite union » et « la fusion presque complète du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif »<sup>9</sup>. Cette fusion trouve cependant quelques limites dans ce qu'il est convenu d'appeler « les moyens de rationalisation ».

*La fusion des pouvoirs exécutif et législatif*

La fusion des pouvoirs exécutif et législatif australiens se vérifie aussi bien d'un point de vue organique que fonctionnel.

*La fusion organique*

L'architecture des institutions australiennes, calquée dans une large mesure sur la conception britannique, est davantage fondée sur la fusion que sur la séparation organique des pouvoirs exécutif et législatif. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que les différents organes composant le pouvoir exécutif disposent simultanément d'un siège au Parlement. La Constitution australienne prévoit ainsi que « le pouvoir législatif de la fédération est confié à un Parlement fédéral composé de la reine... »<sup>10</sup> (art. 1<sup>er</sup>) et qu'en même temps, cette dernière est reconnue comme titulaire du pouvoir exécutif qu'elle délègue à son représentant, le gouverneur général (art. 61 C).

Cette fusion organique trouve sa prolongation dans les étages inférieurs du pouvoir. Il est ainsi d'usage, même si aucune règle écrite ne l'impose, que le gouverneur général désigne le Premier ministre parmi la majorité parlementaire et qu'une fois nommé ce dernier compose le gouvernement et le cabinet qui disposera des véritables pouvoirs incombant au pouvoir exécutif. Or, la Constitution australienne prévoit explicitement qu'« après la première élection générale, aucun ministre d'État ne pourra conserver ses fonctions pendant plus de trois mois à moins qu'il ne soit élu sénateur ou membre de la Chambre des représentants » (art. 64 C).

En pratique, le Premier ministre veille selon une tradition bien établie

9. Walter Bagehot cité par Jean-Philippe Feldman, in « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2010/3, n° 83, p. 490.

10. Les traductions des articles de la Constitution australienne sont empruntées à la bibliothèque de l'université de Perpignan. Voir <http://mjp.univ-perp.fr/constit/au1900.htm>.

à opérer une sorte de panachage entre les représentants et les sénateurs. L'objectif étant de « placer » des élus pouvant porter la parole du gouvernement et faciliter le passage des lois dans les deux chambres.

L'expression « gouvernement parlementaire » utilisée par la doctrine australienne rend fidèlement compte de ce rapport de fusion organique entre les pouvoirs exécutif et législatif.

### *La fusion fonctionnelle*

La fusion fonctionnelle des pouvoirs législatif et exécutif se manifeste clairement dans la jurisprudence relative à la délégation des pouvoirs. Dans sa décision *Dignan*<sup>11</sup>, la Haute Cour a en effet renversé le principe des délégations limitées en déclarant constitutionnelles les délégations illimitées du pouvoir législatif en faveur du gouverneur général ainsi que des ministres.

Pour elle, la notion de gouvernement responsable et la suprématie du Parlement signifient que le Parlement dispose d'un pouvoir originel l'autorisant à déléguer sa compétence à d'autres pouvoirs. Dans les faits, il s'agit d'un pouvoir de délégation sans limitations significatives dès lors que la seule restriction consiste pour le Parlement à ne pas abdiquer irrévocablement ses compétences. Dès lors qu'il conserve la possibilité de révoquer la délégation législative et d'amender les législations édictées par l'exécutif, le Parlement est donc recevable à déléguer sans limitation aucune son pouvoir de légiférer.

En validant de telles délégations, la Cour a entendu doter l'exécutif des moyens de son action. À son estime, toute autre solution conduirait à rendre impossible toute gouvernance effective. Mais, au-delà de cet argument que l'on pourrait qualifier de « conséquentialiste », la principale source de légitimation de cette fusion fonctionnelle des pouvoirs se trouve dans l'histoire constitutionnelle anglaise qui, d'après la Cour, autoriserait de telles délégations illimitées. Or, comme l'a révélé le rapport du *Committee on Minister's Powers* qui s'est penché sur la question des délégations des pouvoirs législatifs, il n'en est rien. Le Parlement anglais n'a jamais opéré de telles délégations illimitées<sup>12</sup>. Ainsi, il s'avère que même si les rédacteurs de la Constitution australienne entendaient calquer les rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif sur le modèle britannique, dans la pratique la Haute Cour a dessiné les contours d'un

11. *Victorian Stevedoring and General Contracting Co. Pty Ltd v. Dignan* (1931) 46 CLT 73.

12. John Ralph Alvey, « The separation of powers in Australia : issues for the states », Masters by Research Thesis, Queensland University of Technology eprints, 2005, p. 61.

nouveau modèle au sujet duquel elle pouvait affirmer dans un élan de réalisme et de sincérité qu'« en vérité l'entière séparation des pouvoirs ne peut pas être appliquée sous notre Constitution <sup>13</sup> ».

*La rationalisation de la fusion  
des pouvoirs exécutif et législatif*

Les rédacteurs de la Constitution australienne étaient soucieux de doter les pouvoirs législatif et exécutif d'« armes » permettant la rationalisation du régime parlementaire mis en place. Les moyens choisis sont directement inspirés du pays modèle, le Royaume-Uni. Ainsi, l'article 28 de la Constitution, qui constitue l'une des rares dispositions consacrées aux moyens de l'action du pouvoir exécutif sur le législatif, prévoit que « la Chambre des représentants restera en fonctions pendant les trois années qui suivront sa première séance [à moins qu'elle ne soit] dissoute plus tôt par le gouverneur général ».

33

La mise en œuvre de cette « arme » est davantage régie par les « conventions » que les règles constitutionnelles *stricto sensu*. Selon ces conventions, le gouverneur général ne peut dissoudre la chambre basse que sur proposition du Premier ministre. Or, il s'est avéré que, dans les rares occasions dans lesquelles le Premier ministre a sollicité la dissolution, son objectif était le plus souvent de faire coïncider les élections sénatoriales avec les élections parlementaires que de résoudre un quelconque blocage des institutions <sup>14</sup>. Inversement, les moyens traditionnels de l'action du Parlement sur le gouvernement se sont révélés plus théoriques que prévu. Il est ainsi frappant de constater que, malgré la fréquence des tentatives de censurer le gouvernement, aucune motion n'a jusqu'à présent abouti <sup>15</sup>. Ce constat d'inefficacité doit, il est vrai moyennant quelques nuances, être étendu aux commissions d'enquêtes parlementaires. Ces commissions essentiellement instituées par l'article 49 de la Constitution ont pour mission de « surveiller et contrôler l'exécutif ». Leurs pouvoirs sont tellement étendus que la doctrine australienne reprend volontiers l'expression de Lord Coleridge les présentant comme « les plus grands inquisiteurs de la nation ».

La Cour leur avait d'ailleurs reconnu des pouvoirs d'instruction illimités en affirmant que l'article 49 ne supporte aucune interprétation

13. *Dignan*, p. 117-118.

14. House of Representatives, « House of Representatives practice », 5<sup>e</sup> édition, 2005, p. 8 *sq.* Disponible sur l'adresse suivante : <http://www.aph.gov.au/house/pubs/practice/index.htm#prelim>.

15. *Ibid.*, p. 318.

restrictive et que les membres de ces commissions jouissent des pleins pouvoirs, privilèges et immunités de la Chambre des communes du Royaume-Uni<sup>16</sup>.

Il serait pourtant trompeur de s'en tenir à une telle présentation théorique. Les réalités politiques et les règles de courtoisie ont en effet transformé le rôle de ces commissions, dont l'efficacité dépend davantage de la collaboration volontaire et de la coopération du gouvernement que de l'ampleur de leurs pouvoirs inquisitoriaux<sup>17</sup>.

34 Du fait de la polarisation de la vie politique et de la discipline partisane, l'efficacité des moyens classiques de rationalisation du parlementarisme australien est ainsi apparue toute relative. Il est même admis qu'« une fois l'élection tenue, la Chambre des représentants n'est plus importante » et qu'en pratique les « valeurs de l'exécutif » jouissent d'une prééminence certaine<sup>18</sup>.

En réalité, seul le rôle du Sénat permet l'identification d'une véritable ligne de séparation entre les pouvoirs exécutif et législatif. L'impossibilité, du moins la difficulté, pour le gouvernement de s'assurer de son soutien en fait un véritable contre-pouvoir. L'élection de ses membres selon le scrutin proportionnel favorise traditionnellement les petits partis et l'émergence de groupes difficilement contrôlables. Or, le système australien présente la spécificité de se reposer sur le système dit du *triple-E Senate*<sup>19</sup> dont l'un des piliers consiste en l'égalité presque parfaite des pouvoirs du Sénat et de la Chambre des représentants en matière législative. En effet, en dehors de certaines restrictions concernant notamment les lois de finances, le Sénat dispose d'un droit assimilable au droit de veto sur toutes les législations. En cas de persistance du désaccord entre les deux chambres, l'article 67 de la Constitution prévoit leur dissolution simultanée. De ce système, l'on peut déduire que dans la pratique le parlementarisme australien paraît présenter une double spécificité. La première est que les véritables moyens de rationalisation de la séparation des pouvoirs ne concernent pas tant le rapport du gouvernement au Parlement mais les rapports entre les deux chambres du Parlement.

16. *R v. Richards; ex parte Fitzpatrick and Browne* (1955) 92 CLR 171.

17. House of Representatives, « House of Representatives practice », *op. cit.*, p. 647.

18. Michael Beahan (sénateur), « Majorities and minorities. Evolutionary trends in the Australian Senate », Papers on Parliament n° 27 disponible sur : <http://www.aph.gov.au/senate/pubs/pops/pop27/c06.htm>.

19. Guy Scoffoni et Virginie Natale, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de *Common Law* et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2006/4 n° 68, p. 869. « Le Sénat qualifié par la doctrine de "triple-E Senate" car il est Élu, Égal à la Chambre des représentants et Effectif... »

Pour reprendre l'expression de Georges Vedel on peut affirmer qu'en Australie la véritable séparation est celle « entre [le] pouvoir majoritaire qui d'un seul tenant est à la fois exécutif et législatif, et [l']opposition<sup>20</sup> ».

La seconde spécificité est que, du fait de ce phénomène partisan et de l'organisation fédérale de l'État, le gouvernement australien se trouve sous le contrôle effectif non pas de la chambre basse mais de la chambre haute du Parlement.

#### DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS À LA PRÉÉMINENCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Au fil des décisions, la Haute Cour a défini la séparation des pouvoirs dans un sens garantissant essentiellement et prioritairement l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ce choix a débouché sur un véritable changement de l'office de la Haute Cour et, en définitive, sur la transformation de la conception australienne de la séparation des pouvoirs. À l'examen de la jurisprudence constitutionnelle, il apparaît en effet que, dans l'une de ses dimensions, cette dernière repose sur la prééminence du pouvoir judiciaire.

35

##### *De la séparation des pouvoirs à l'indépendance du pouvoir judiciaire*

À la première lecture des neuf dispositions consacrées par la Constitution australienne au pouvoir judiciaire, la tentation est forte d'affirmer que le pouvoir constituant était davantage préoccupé par la limitation du pouvoir judiciaire que par l'affirmation de son indépendance. Cette tentation est d'autant plus légitime que l'article 72 de la Constitution prévoit que le pouvoir de nommer et de révoquer les juges de la Haute Cour et des autres cours créées par le Parlement appartient au gouverneur général. Mais à l'examen, la tentation issue de cette première lecture se révèle excessive et infondée. D'une part, parce que la Constitution australienne a enfermé les pouvoirs du gouverneur général dans un strict cadre procédural destiné à éviter toute tentative de déstabilisation du pouvoir judiciaire. Il est ainsi prévu que la nomination des juges s'effectue en conseil et qu'ils « ne pourront être révoqués que par le gouverneur général en conseil sur une adresse des deux chambres, votée dans la même session, exigeant leur renvoi pour cause d'incapacité ou de mauvaise conduite prouvée ».

20. Cité par Jean-Philippe Feldman, in « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *op. cit.*, p. 491.

D'autre part, parce que la restitution de la Constitution australienne dans son contexte de *Common Law* révèle que l'objectif était, contrairement aux apparences, d'assurer une véritable indépendance du pouvoir judiciaire. En effet, la comparaison avec les règles américaine et britannique analogues montre l'intention des Pères fondateurs de se départir de l'*Act of Settlement* pour garantir une plus grande indépendance du pouvoir judiciaire. Ainsi, contrairement aux juges britanniques qui peuvent être révoqués pour toute raison, ou aux juges américains qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'*impeachment* pour « trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs », les juges australiens ne peuvent être démis que pour « incapacité ou inconduite ». Les cas de révocabilité des juges sont donc nettement plus restreints.

36 Mais, au-delà de ces garanties relatives à la nomination et à la discipline des juges, la Haute Cour a développé une jurisprudence traduisant une ferme volonté de proscrire tout aménagement susceptible d'attenter, ne serait-ce que d'une manière incidente ou symbolique, à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Le processus a commencé avec la jurisprudence *Alexander*<sup>21</sup> dans laquelle la Cour a censuré l'attribution de fonctions juridictionnelles à un organe composé de personnes ne bénéficiant pas de la garantie de la nomination à vie prévue par l'article 72 de la Constitution.

Dans sa décision fondatrice *Boilermakers*, la Cour a parachevé sa théorie en décidant que « le chapitre III ne permet pas l'exercice des fonctions juridictionnelles par un corps établi pour des raisons étrangères au pouvoir judiciaire, nonobstant le fait qu'il est organisé comme une cour qui pourrait par ailleurs satisfaire les articles 71 et 72. Le chapitre III ne permet pas une combinaison avec le pouvoir judiciaire de fonctions qui sont connexes ou incidentes à son exercice mais lui sont étrangères ».

Le *Chief Justice* Brennan justifie l'intransigeance de la Cour sur la consécration de l'indépendance du pouvoir judiciaire en tant que « principe constitutionnel axiomatique<sup>22</sup> » en affirmant que « l'indépendance de la justice n'existe ni pour servir le pouvoir judiciaire ni pour servir les intérêts des deux autres branches du gouvernement. Elle existe pour servir et protéger non pas les gouvernants mais les gouvernés<sup>23</sup> ».

21. *Waterside Workers' Federation of Australia v. J.W. Alexander Ltd* (1918) HCA 56; (1918) 25 CLR 434 (27 septembre 1918).

22. Guy Green, « The rationale and some aspects of judicial independence », *Australian Law Journal*, n° 59, 1985, p. 135.

23. Gerald Brennan cité par le *Chief Justice* Marilyn Warren, « What separation of powers »,



Il est cependant loisible de se demander si la conscience qu'à la Cour de l'importance de la sauvegarde de son indépendance ne l'a pas amenée à s'arroger une position prééminente par rapport aux autres branches du gouvernement.

*De l'indépendance à la prééminence  
du pouvoir judiciaire*

Au moins à trois reprises, le *Chief Justice* Anthony Mason a admis que, dans l'exercice de ses fonctions, la Cour suprême est amenée à faire les lois<sup>24</sup>. La légitimation d'un tel rôle est double et apparaît en filigrane de certaines grandes décisions. C'est ainsi que dans la décision *Boilermakers* la Cour a lié l'importance de son rôle à la préservation de la structure fédérale de l'État. Elle a jugé que « la position et la structure du pouvoir judiciaire ne doivent pas être considérées comme dépourvues d'incidences sur l'institution du fédéralisme; c'est au pouvoir judiciaire qu'incombe l'ultime responsabilité de déterminer et de préserver les frontières dans lesquelles le pouvoir gouvernemental devrait s'exercer et en fonction duquel est conçue l'intégralité du système<sup>25</sup> ».

37

Dans une autre série de décisions, la Cour a implicitement justifié l'importance de ses pouvoirs par la nécessité de garantir et de préserver les libertés individuelles<sup>26</sup>. Non seulement parce que, « dans la plus pure tradition britannique, la Constitution ne garantit que peu de droits<sup>27</sup> », mais aussi parce que « les gouvernements de nos jours font peser une plus grande menace sur les libertés que ceux du dernier siècle. Les gouvernements modernes sont censés intervenir dans des domaines autrefois peu régulés et le résultat est une plus grande intrusion dans la vie des gouvernés. Plus l'intrusion est grande, plus les chances que les citoyens s'en plaignent sont importantes. Pour réparer de telles situations, que cela soit pour un déni d'avantages dus au citoyen ou pour une interférence illégale dans sa liberté d'agir conformément à la loi, le citoyen s'adressera au pouvoir judiciaire. Et seul un pouvoir judiciaire indépendant [...]

20 septembre 2004, The Twelfth Lucinda Lecture, Monash University, p. 8. Disponible sur <http://www.austlii.edu.au/au/journals/VicJSchol/2004/12.pdf>.

24. John Ralph Alvey, « The separation of powers in Australia. Issues for the States », *op. cit.*, p. 8 et 55.

25. *Boilermakers*, p. 276.

26. Voir, par exemple, *Q v. Davison* (1954) 90 CLR 353, p. 380 *sq.*; *Q v. TPC* (1969) 123 CLR 361, p. 392.

27. Cheryl Saunders, « L'Australie, ou Commonwealth d'Australie », in Forum des fédérations, *Un dialogue mondial sur le fédéralisme*, vol. 1, p. 1. Disponible sur : [http://www.forumfed.org/pubs/dmlivre1\\_1.pdf](http://www.forumfed.org/pubs/dmlivre1_1.pdf).

est habilité à contrôler l'exercice par l'administration de son pouvoir d'appréciation et peut offrir l'assurance que ces intrusions resteront dans les limites imposées par la loi<sup>28</sup> ».

En adoptant une telle démarche, la Cour s'est clairement placée dans une logique américaine de *checks and balances*. Le glissement vers cette conception a toutefois confronté la Cour à de nouveaux défis. « Les pouvoirs exécutif et législatif ont perçu la Cour comme un corps indépendant, jouissant d'une puissance financière et administrative qui ne la différencie pas d'autres institutions responsables devant le public. Les décisions de la Cour ne sont plus perçues comme des mesures destinées à protéger les libertés individuelles, mais comme une forme de démonstration de force<sup>29</sup> » d'une institution quasi politique. Preuve du rapprochement avec la conception américaine, la séparation des pouvoirs a ainsi débouché sur des interrogations récurrentes sur la neutralité et l'activisme du pouvoir judiciaire.

---

28. Le juge Ninian Stephen cité par Marilyn Warren, « What separation of powers », *op. cit.*, p. 3 *sq.*

29. Haig Patapan, « Separation of powers in Australia », *op. cit.*, p. 403.

---

#### R É S U M É

*La conception australienne de la séparation des pouvoirs est d'une originalité frappante. Sa spécificité résulte d'une forme d'hybridation des modèles britannique et américain. Elle repose sur la fusion rationalisée des pouvoirs exécutif et législatif d'un côté et sur la prééminence du pouvoir judiciaire de l'autre.*