

LES LIBERTÉS, LE JUGE ET LA CONCEPTION AUSTRALIENNE DE L'ÉTAT DE DROIT

77

Mêlant éléments hérités du modèle de Westminster et mécanismes d'inspiration américaine, l'expérience constitutionnelle australienne est une illustration originale d'État de droit en pays de *Common Law*. La protection des droits et libertés apparaît ainsi assurée de manière hybride par la combinaison de garanties constitutionnelles à l'américaine et de principes et pratiques issus de la pure tradition britannique...

La Haute Cour d'Australie, chargée de veiller avant tout au respect des équilibres fédéraux, s'est inspirée, notamment dans les premières années, des décisions de la Cour suprême des États-Unis mais n'a pu remplir, pour des raisons historiques et structurelles, la même fonction d'orientation politique que cette dernière. L'absence d'un *Bill of Rights* dans la Constitution australienne de 1901, l'attachement aux principes du parlementarisme britannique et la recherche de légitimité par la « réserve judiciaire »¹ se révèlent en effet comme autant de freins puissants à l'avènement d'une véritable protection juridictionnelle des droits individuels et des minorités. La Haute Cour y contribue toutefois dans une proportion significative, soulignant, tant dans l'affirmation de son contrôle que dans la portée des droits et libertés protégés, la spécificité du système australien.

1. Voir notamment Robert French, Geoffrey Lindell, Cheryl Saunders, *Reflections on the Australian Constitution*, Sydney, The Federation Press, 2003; Leslie Zines, *The High Court and the Constitution*, 5^e édition, Annandale, Federation Press, 2008; Cheryl Saunders, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011; et, en langue française, Michael Detmold, Guy Scoffoni, « Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 29, PUF, 1997, p. 3-32.

LA HAUTE COUR ET LES GARANTIES
JURIDICTIONNELLES DES DROITS ET LIBERTÉS

Le pouvoir judiciaire du Commonwealth (fédération australienne) repose sur une Cour fédérale suprême appelée *High Court of Australia* (Constitution, section 71), traduisant une influence d'ensemble du modèle américain.

78 Composée de sept juges inamovibles, nommés jusqu'à l'âge de 72 ans parmi les avocats et les juges de tribunaux inférieurs, cette juridiction suit les règles de la procédure contradictoire de *Common Law*. Chaque juge peut notamment émettre une opinion séparée et, à la différence des États-Unis, l'absence de discipline majorité/minorité renforce encore la multiplication de ces « opinions » dans des arrêts souvent de grande longueur et d'interprétation complexe.

La Haute Cour dispose de compétences de premier ressort et d'appel, susceptibles de modifications par le Parlement fédéral qui peut par ailleurs créer d'« autres tribunaux fédéraux ». Leurs jugements comme ceux des Cours suprêmes des États relèvent toutefois de la compétence d'appel de la Haute Cour, non limitée à des questions d'ordre fédéral.

Le système australien se sépare ainsi du modèle américain de Cour suprême, la Haute Cour apparaissant, dans le cadre d'un ordre juridique unifié, comme la plus haute juridiction d'appel nationale à compétence générale. Comme son homologue américaine, elle ne détient pas, toutefois, de monopole en matière de contentieux constitutionnel, même si les tribunaux australiens s'en remettent généralement à la Haute Cour pour les questions d'interprétation constitutionnelle.

C'est dans ce contexte que la Haute Cour a pu affirmer son contrôle relatif aux droits et libertés, préciser ses normes de références et définir aujourd'hui, après quelques vellétés activistes, une approche interprétative faite de « réserve judiciaire ».

L'affirmation du contrôle

Si les tribunaux fédéraux ou d'États interviennent le plus souvent, en matière de libertés, dans le cadre d'un contrôle ordinaire de *Common Law*, c'est l'avènement d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois qui retient particulièrement l'attention. L'introduction d'un tel contrôle dans un pays de *Common Law* de tradition britannique, même liée historiquement au caractère fédéral de l'État, traduit ainsi la diffusion dans les démocraties contemporaines d'un principe de

protection juridictionnelle des droits et libertés fondé sur l'invocation de la suprématie de la Constitution.

La Constitution ne renfermant aucune disposition conférant explicitement un tel pouvoir à la Haute Cour ou à aucun autre tribunal, c'est, comme aux États-Unis, sur un fondement implicite que repose le contrôle de constitutionnalité. La nécessité de résolution des problèmes de compétence à l'intérieur de la fédération va, du fait de la compétence générale d'appel dévolue à la Haute Cour, amener celle-ci à trancher les questions d'interprétation constitutionnelle (cf. sections 74 et 76(i) de la Constitution). Après les premières audaces de 1906 (*Federated Amalgamated Government Railway*) et 1907 (*Baxter*), la Haute Cour consolide en 1951 le principe du contrôle de constitutionnalité, dans sa décision *Australian Communist Party*. Elle affirme ainsi que, dans le système australien, « le principe de *Marbury v. Madison* est accepté comme axiomatique », c'est-à-dire largement admis parce que nécessaire et évident en lui-même. Cette affaire, jugée au début de la guerre froide, porte sur la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement fédéral et interdisant le parti communiste. La Haute Cour déclare la législation inconstitutionnelle parce que le pouvoir central ne put démontrer que la loi se rattachait à l'exercice d'une compétence fédérale. Cette décision apparaît comme un arrêt *Marbury*, version australienne, fondé seulement sur l'argument que la Constitution écrite est supérieure à la loi.

79

Cette jurisprudence, toutefois, est présentée en Australie comme une jurisprudence dite de « souveraineté ». La Cour ne s'oppose pas au fond à l'intervention du Parlement. Elle reconnaît la marge d'action du Parlement fédéral mais seulement à l'intérieur des limites posées par la Constitution.

C'est en définitive à partir de 1988, dans une période d'activisme judiciaire, que la Haute Cour remet en cause la doctrine de souveraineté et consacre de manière générale, son pouvoir de *judicial review*.

Dans une décision *Davis v. The Commonwealth*, elle se prononce sur la constitutionnalité d'une loi soumettant à autorisation l'usage de certains mots afin de limiter les commentaires critiques sur les cérémonies d'organisation du bicentenaire australien. Elle développe son contrôle de constitutionnalité en vérifiant, non pas comme précédemment si le pouvoir fédéral était compétent – ce qui paraissait évident s'agissant de l'organisation de cérémonies fédérales –, mais si le texte était compatible avec la protection de la liberté d'expression et des minorités dans une démocratie. En déclarant sur cette base la législation inconstitutionnelle, la Haute Cour passe ainsi d'une « jurisprudence de souveraineté »

à une « jurisprudence de droits ». Quatre ans plus tard, elle confirme cette extension du contrôle de constitutionnalité en invalidant des textes portant atteinte aux valeurs « fondamentales » mais non expressément garanties par la Constitution, de libre expression dans une démocratie. Ces décisions de 1992 *Nationwide News* et *Australian Capital TV*², qualifiées par un célèbre auteur britannique, Lord Sedley, d'acte historique de *judicial supremacism* dans la lignée de *Marbury v. Madison*, constituent sans nul doute une des interventions les plus créatrices de la Cour et l'apogée à ce jour de son activisme. La détermination des sources de droits et libertés prises en compte par la Cour conditionne par ailleurs l'effectivité du contrôle exercé.

La détermination des sources

80 La liberté du juge de *Common Law* autant que l'existence de dispositions constitutionnelles explique la grande variété de références potentielles du contrôle. Mais l'attachement à la tradition britannique du parlementarisme limite sensiblement leur portée, qu'il s'agisse de sources constitutionnelles, législatives ou de *Common Law* ou encore de références au droit international, aux droits étrangers, voire à l'histoire ou aux valeurs communautaires de l'Australie...

Les références constitutionnelles aux droits et libertés existent mais de manière partielle dans la mesure où la Constitution ne renferme aucune charte ou catalogue de droits. Interprétée par le juge, celle-ci permet de protéger certains droits, soit expressément, soit de manière implicite.

Dans l'ordre des dispositions constitutionnelles, sont ainsi explicitement reconnus le droit à une procédure régulière en cas de privation de propriété (section 51), le droit à un jugement par jury (section 80), la liberté de religion, conçue comme un droit négatif (non-intervention de l'État en matière religieuse – section 116) et le principe de non-discrimination sur la base du lieu de résidence étatique (section 117) qui, à la différence des précédents, s'applique aussi bien aux États qu'à la fédération et s'analyse davantage en termes de droit que de limite au pouvoir.

Au titre des pouvoirs implicites, un certain nombre de droits relatifs à la liberté d'expression politique et au droit de vote sont considérés comme induits des dispositions constitutionnelles consacrant les principes de démocratie représentative et de contrôle gouvernemental.

Les sources législatives apparaissent potentiellement importantes du fait de l'absence de véritable catalogue constitutionnel et de la vision

2. Sur l'ensemble de ces décisions, voir *infra*, p. 85.

traditionnelle, héritée du système britannique, selon laquelle les libertés sont adéquatement protégées par l'institution parlementaire³. Au-delà des multiples et diverses législations d'État défendant des droits particuliers (notamment en matière de non-discrimination ou de vie privée), voire l'adoption par certains États de chartes des droits (l'État de Victoria a été ainsi le premier à approuver un *Human Rights Act*), le Parlement fédéral, au sein duquel se trouve une Commission des droits de l'homme, a légiféré dans de nombreux domaines. On relèvera, par exemple, les lois de 2006 respectivement sur l'interdiction du clonage humain et les droits des personnes détenues dans le cadre de la lutte antiterroriste ou celles de 2010 sur la consolidation des droits des Aborigènes (*Native Title Amendment Bill*) et la protection des droits des consommateurs (*Australian Consumer Law Act*). Ces interventions législatives limitent souvent autant qu'elles protègent les droits et libertés, comme, par exemple, la loi sur la citoyenneté de 2007 (*Australian Citizenship Act*) qui restreint sensiblement les droits des non-nationaux⁴.

81

La *Common Law* constitue une troisième source significative de droits et libertés, conformément à la tradition britannique qui permet ainsi de valoriser certains droits sans porter atteinte à la souveraineté parlementaire. Une législation fédérale ou d'un État, dans le cas de l'Australie, peut en effet toujours contredire un tel droit à condition de le faire clairement et d'en assumer éventuellement le prix politique. Plus le droit sera ancré dans l'histoire et la société australiennes, plus l'intervention du politique sera difficile mais jamais impossible. Apparaissent ainsi largement reconnus, la liberté d'expression, la liberté d'aller et de venir, le droit de propriété ou encore de nombreux droits de procédure tels que le droit à un procès équitable, à la présomption d'innocence, à l'accès à la justice ou à la protection contre des perquisitions ou saisies arbitraires...

La question de l'intégration de normes internationales de protection dans les bases de références du juge australien se trouve posée depuis notamment l'arrêt *Minister for Immigration v. Teoh* de 1995. Dans celui-ci, la Haute Cour étend la portée des traités relatifs aux droits de l'homme, en jugeant que les autorités administratives doivent prendre en compte, dans leurs décisions, les obligations résultant pour l'Australie des traités ratifiés. À partir de l'application, en l'espèce, d'un traité sur les droits de l'enfant, la Haute Cour a consacré la liaison des normes

3. Voir Cheryl Saunders, *The Constitution of Australia*, op. cit., p. 273.

4. Voir Virginie Natale, « Chronique constitutionnelle Australie », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 77, PUF, 2009, p. 217.

internationales de protection aux règles de droit ordinaires. Bien que l'Australie soit partie à la plupart des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'impact de telles références reste limité en raison des positions restrictives de juges, soucieux depuis l'arrêt *Teoh* de ne pas trop empiéter sur les prérogatives parlementaires d'incorporation, dans le cadre dualiste de ce pays. La Haute Cour refuse ainsi généralement de se référer à des conventions internationales dans le contentieux constitutionnel, privilégiant des méthodes d'interprétation stricte. Les initiatives de certains juges, l'introduction dans des dispositifs d'États de la possibilité de prendre en compte les standards internationaux de protection des droits de l'homme, voire par ailleurs les critiques du Comité des droits de l'homme des Nations unies, souvent saisi de requêtes australiennes, relancent toutefois régulièrement le débat sur ces questions.

82 Les références aux droits et jurisprudences étrangers semblent en revanche plus fréquemment admises par la Haute Cour, tant dans le cadre de l'interprétation ordinaire que constitutionnelle. Les solutions d'autres cours, de *Common Law* le plus souvent, peuvent ainsi servir de sources d'inspiration dans le contentieux des droits et libertés. Ne présentant pas d'effets contraignants à la différence des normes internationales, elles s'inscrivent mieux dans la perspective argumentative des cours de *Common Law*.

L'histoire ou les valeurs communautaires de l'Australie peuvent enfin servir de référents dans l'interprétation des droits et libertés, en particulier dans les contentieux relatifs aux droits de minorités.

Le choix de méthodes d'interprétation

Les débats existant dans la plupart des démocraties constitutionnelles se retrouvent en Australie : originalisme ou interprétation vivante, activisme ou réserve judiciaire... Les évolutions et revirements de la Haute Cour alimentent en effet la réflexion autour de l'importance des approches suivies par le juge, notamment dans le contentieux constitutionnel des droits et libertés. Deux phases peuvent être dégagées, dans la période contemporaine, la Haute Cour alternant successivement entre un fort activisme et un retour à une interprétation stricte dite de légalisme, caractéristique de sa « réserve judiciaire » actuelle.

Tranchant avec la prédominance du recours à une méthode d'interprétation littérale durant la majeure partie du siècle écoulé, les années 1980/1990 traduisent un regain d'activisme de la Haute Cour. Sensible sans doute aux imperfections du système australien en matière d'égalité et de discrimination, de liberté d'expression ou de droits des minorités,

une majorité de la haute juridiction s'attache à légitimer alors le pouvoir créateur du juge autour des méthodes d'interprétation vivante.

Plusieurs membres de la Haute Juridiction ou de cours d'appel revendiquent une part d'appréciation discrétionnaire du juge (*policy choice*) dans l'interprétation constitutionnelle. La prise de conscience de l'importance d'une justice constitutionnelle dans une démocratie moderne conduit peu à peu la Cour à s'interroger sur son dogme de l'interprétation littérale.

À partir de 1986, Sir Anthony Mason, *Chief Justice* de la Haute Cour, affirme ainsi que « les constitutions sont des documents rédigés en termes généraux et susceptibles d'adaptation au changement, de manière à ce que les tribunaux qui les interprètent puissent prendre en compte les valeurs de la société dans laquelle elles s'inscrivent...⁵ ».

Les décisions *Davis* de 1988, *Nationwide News* et *Australian Capital TV* de 1992, relatives à la protection de la liberté d'expression ou *Australian Iron and Steel* de 1989, *Leeth* et *Mabo* de 1992 sur les principes d'égalité et de non-discrimination, consacrent le choix de l'interprétation-création d'une majorité de la Haute Cour et marquent l'apogée de l'activisme judiciaire australien.

83

Cette jurisprudence suscite dans la période mainte controverses même si une nouvelle culture juridique se développe, une partie de la doctrine défendant la position selon laquelle les tribunaux garantissent une meilleure protection des droits et libertés que le Parlement.

Vers la fin de la décennie 1990, les tensions entre les tribunaux et le pouvoir politique s'exacerbent autour des questions de droits autochtones puis, au début du xx^e siècle, sur la situation des réfugiés ou le contrôle des dispositifs de lutte antiterroriste.

Les années 2000 consacrent ainsi le retour à une phase de « réserve judiciaire » marquée par le recours prédominant au raisonnement juridique strict. La prise en compte de préoccupations d'ordre économique et social dans l'interprétation des textes est délaissée au profit d'un mode d'interprétation stricte, qualifié de « légalisme ». Si la revendication d'un pouvoir créateur du juge en matière constitutionnelle semble majoritairement abandonnée dans la décennie écoulée, ce nouveau légalisme ne peut complètement exclure certains « choix » des juges ou la considération d'éléments extrajuridiques. Les avancées de la jurisprudence

5. Anthony Mason, « The role of a Constitutional Court in a federation. A comparison of the Australian and American experiences », *Federal Law Review*, Canberra, n° 16, 1986, p. 23.

activiste de la fin de siècle demeurent dans une certaine mesure présentes et l'interprétation constitutionnelle selon l'approche de « légalisme » peut inclure une marge limitée d'appréciation du juge, liée notamment à l'anticipation de l'impact de sa décision.

Cette approche mesurée de « réserve judiciaire » ainsi définie en Australie se distingue des théories « originalistes » américaines défendues notamment par le juge Scalia. Elle permet aujourd'hui de réconcilier les deux dimensions « parlementaire » et « constitutionnelle » de *Rule of Law* dans ce pays et d'assurer une protection « mixte » des droits et libertés, satisfaisant aux exigences minimales de l'État de droit.

LES DROITS ET LIBERTÉS PROTÉGÉS

- 84 La protection des droits et libertés est assurée par le juge australien, soit dans le cadre d'un contentieux constitutionnel, soit dans celui d'un contentieux de *Common Law*. Parfois, plusieurs bases de protection constitutionnelle, législative ou de *Common Law*, peuvent se juxtaposer selon les différentes composantes d'un même droit, comme, par exemple, en matière de droits de procédure. Une telle mixité, qui marque notamment la spécificité de l'expérience australienne, s'explique à la fois par l'absence d'un catalogue constitutionnel général et donc le caractère limité des références constitutionnelles disponibles et la volonté de sauvegarder la place du Parlement dans la fonction de protection des droits et libertés. Les principales catégories de droits protégés font ainsi souvent cohabiter droits écrits et non écrits ou droits constitutionnels et droits législatifs. Les droits non écrits peuvent être par ailleurs tantôt des droits constitutionnels implicites, tantôt des droits de *Common Law*. À des fins de synthèse, trois catégories de droits et libertés, mêlant de manière parfois complexe ces différentes composantes, seront présentées : il s'agit successivement des droits civils et politiques, de l'égalité et des droits des minorités et des droits de procédure.

Les droits civils et politiques

La liberté d'expression politique, composante traditionnelle de la démocratie australienne, fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle implicite. La Haute Cour fonde en effet dans une décision *Davis v. The Commonwealth* de 1988 (63 ALJR 35) l'inconstitutionnalité d'une loi destinée à limiter les critiques éventuelles suscitées par l'organisation des cérémonies du bicentenaire australien sur les garanties indispensables de liberté d'expression dans une démocratie. Pour la Cour, « les minorités

ont ainsi le droit à l'expression pacifique de leurs vues dissidentes... ». En 1992, elle consolide cette solution dans deux décisions jugées « activistes », *Nationwide News et Australian Capital TV* (177 CLR 106). Dans la première, elle déclare inconstitutionnel un texte restreignant les modes de publicité télévisée et excluant en particulier certains modes d'annonce rapide. Dans la seconde, elle invalide également une loi protégeant les autorités gouvernementales contre diverses « critiques ou attaques ». Pour la Cour, la liberté d'expression politique est incluse par implication dans la Constitution, pour permettre aux pouvoirs représentatifs de fonctionner effectivement. De même, dans l'affaire *Dr Theophanous* de 1994 (68 ALJR 713), relative à une action en diffamation intentée par un membre du Parlement fédéral, la Haute Cour n'hésite pas à modifier la situation de droit antérieur en matière de diffamation de personnalités politiques. Désormais, les juges devront prendre en compte moins la véracité que les conditions de l'expression politique. Ainsi, l'information ou le commentaire publiés avec soin, dans le respect de la déontologie, peuvent être protégés, que leur exactitude soit ou non établie. Trois ans plus tard, dans la décision *Lange*, rendue à l'unanimité, la Cour confirme l'étendue de cette liberté constitutionnelle qui protège l'ensemble des communications entre individus ou entre ceux-ci et le pouvoir, entre les élections comme en période électorale. Cette liberté ne peut être absolue et une loi pourra en fixer les limites si elle apparaît « raisonnablement appropriée et adaptée pour poursuivre un intérêt légitime, compatible avec les exigences constitutionnelles du système de gouvernement établi ». La Cour se réserve ainsi une marge de manœuvre dans l'appréciation du caractère approprié et adapté d'éventuelles limites, ces standards faisant désormais figure de précédent.

85

La protection du droit de suffrage est également assurée par le juge sur une base constitutionnelle implicite. Dans une décision *McGinty* de 1996 (186 CLR 140), une majorité de la Haute Cour considère que l'exigence constitutionnelle d'« élection des chambres par le peuple » ne peut être remplie qu'à travers l'exercice du droit de vote par toute personne adulte. Dix ans plus tard, la Cour applique ce principe aux détenus, qu'une loi électorale amendée en 2006 privait de manière générale du droit de vote. Dans une décision *Roach* de 2007 (233 CLR 162), la Cour juge qu'une telle disposition est contraire aux principes constitutionnels du gouvernement représentatif. Elle maintient toutefois la constitutionnalité des dispositions antérieures qui prévoient le retrait du droit de vote aux détenus condamnés à au moins trois ans de prison, marquant ainsi sa recherche de compromis entre garantie des droits et déférence

au législateur... Elle rappelle de même, en 2010, dans l'arrêt *Rowe* (HCA 46), les garanties constitutionnelles du droit de vote, et invalide, en l'espèce, une loi fédérale supprimant la pratique traditionnelle dite « du délai de grâce électoral » qui permet aux citoyens retardataires de s'inscrire sur les listes électorales durant les sept jours suivant le terme du délai imparti. La Cour y voit en effet une atteinte trop importante à la notion constitutionnelle de « peuple votant », fondement direct de la légitimité des pouvoirs publics dans le système fédéral australien.

86 La liberté de religion est quant à elle reconnue de manière expresse à travers le principe de non-intervention de la fédération australienne, défini dans la section 116 de la Constitution, en des termes similaires au Premier amendement de la Constitution américaine. Si cette disposition suscite peu de contentieux, en raison sans doute du caractère consensuel de l'exercice de la liberté religieuse dans ce pays, la question du financement public d'écoles privées confessionnelles se pose en Australie comme dans la plupart des systèmes de droits fondamentaux aujourd'hui. Cette question relève toutefois de chacun des États, la Haute Cour s'étant prononcée à une seule reprise, en 1981, sur l'octroi de fonds fédéraux aux États. Elle a alors considéré qu'une telle loi de soutien à des établissements privés, y compris religieux, ne constituait pas une « intervention publique en matière religieuse », au sens de la Constitution.

Le droit de propriété fait également l'objet d'une garantie expresse à travers la section 51 de la Constitution. Le terme de « propriété » est interprété de manière extensive pour inclure toutes formes de possessions, droits ou intérêts et toute dépossession exige une compensation « raisonnable », déterminée selon des procédures spécifiques ou à défaut par le juge⁶. L'application de ce droit aux situations particulières des populations autochtones traduit une extension du bénéfice de droits constitutionnels aux minorités au nom du principe d'égalité.

Le droit à l'égalité et la protection des minorités

Dans sa phase d'activisme judiciaire, la Haute Cour s'est attachée à une conception de l'égalité réelle rappelant, dans une certaine mesure, les solutions de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Brown v. Board of Education* de 1952 et les enjeux de l'*affirmative action* américaine.

En 1989, dans la décision *Australian Iron and Steel* (168 CLR 165), elle juge ainsi discriminatoires à l'égard des femmes les dispositions relatives

6. Voir la décision de la Haute Cour *ICM Agriculture Pty Ltd v. Commonwealth*, 2009, 240 CLR 140.

au licenciement de salariés d'entreprises privées, sur la base du principe « dernier entré, premier dehors ». Elle invalide le texte au motif que les femmes étant sous-représentées dans les secteurs d'emploi de longue durée, elles souffriraient de manière disproportionnée de l'application d'un tel dispositif. Quand la loi, en elle-même, n'apparaît pas discriminatoire mais que son application l'est, la Cour peut alors contrôler l'existence d'une justification « légale et rationnelle » de la mesure.

Dans l'affaire *Leeth* jugée en 1992 (66 ALJR 529) relative à la constitutionnalité d'une loi fédérale prévoyant la différenciation des régimes de liberté conditionnelle des individus condamnés en fonction des États où ils ont été déclarés coupables, la Cour se place sur le terrain des droits plutôt que sur celui du fédéralisme. Si elle valide en définitive le texte, elle consacre néanmoins un droit à l'égalité entre citoyens de la fédération australienne, découlant de la Constitution ou de l'exercice du pouvoir judiciaire.

87

Cette affirmation du principe d'égalité trouve un développement logique dans la jurisprudence relative au respect des droits et de l'identité des minorités en Australie. Avec l'arrêt *Mabo* de 1992 (175 CLR 1), la Haute Cour renverse en effet la « doctrine de souveraineté », vieille de deux siècles, selon laquelle le territoire australien lors de l'arrivée des premiers colons, était réputé *terra nullius*. Elle met fin, ainsi, à une forme radicale de rejet du droit à l'égalité et à la différence, à savoir le refus de reconnaissance de l'existence même de l'autre peuple, en tant que communauté organisée. Ce faisant, elle constitutionnalise les éléments d'un droit à la différence en reconnaissant la possibilité pour les Aborigènes de disposer de longue date d'un droit différent. La Cour admet à cette occasion que leurs conceptions de la propriété étant différentes, les règles de *Common Law* doivent être en conséquence modifiées.

De même, dans l'arrêt *McGinty*, de 1996, déjà cité, elle rejette un recours constitutionnel dirigé contre les dispositions électorales de l'État de l'Australie-Occidentale comportant des inégalités au niveau du nombre d'électeurs par circonscription. Sa solution repose notamment sur la nécessité de prévoir des dispositifs spécifiques pour certains groupes, défavorisés en particulier pour des raisons d'éloignement. Si les différences de taille des circonscriptions avantageaient avant tout les électeurs ruraux, la Cour précise la possibilité de prendre aussi en compte les électeurs aborigènes défavorisés, dans le cadre de circonscriptions spéciales. Elle confirmait alors une volonté de promouvoir une égalité réelle que le retour à une phase de réserve judiciaire n'a pas permis à la Cour actuelle de consolider.

En novembre 2010, le nouveau gouvernement de Julia Gillard a toutefois annoncé l'organisation d'un référendum national portant sur l'introduction dans la Constitution de dispositions reconnaissant les droits économiques et sociaux de la communauté aborigène. Dans le même temps, la Cour fédérale du Queensland a rendu une décision reconnaissant pour la première fois un droit de propriété sur les eaux aux natifs des îles du détroit de Torrès Island, condition de leur accès aux ressources maritimes de cette zone⁷. Cet arrêt s'inscrit ainsi dans le prolongement de la jurisprudence *Mabo* qui visait à reconnaître aux Aborigènes, un droit de propriété sur les terres des îles Murray.

Les droits de procédure

88 La Constitution reconnaît expressément un droit procédural, le droit à un jugement par jury. Cette disposition de la section 80 a longtemps fait l'objet de débats devant les juridictions. Interprétées littéralement, les garanties constitutionnelles peuvent être aisément contournées, dans la mesure où le Parlement instituant une infraction peut choisir de ne pas la faire poursuivre « par acte d'accusation », évitant ainsi la procédure prévue par cette disposition constitutionnelle. Traditionnellement, l'interprétation ayant prévalu revient à laisser au Parlement le soin de décider s'il y aura ou non jugement par jury. Cette minoration des garanties constitutionnelles a pu être critiquée, la Haute Cour se montrant par ailleurs peu exigeante sur les conditions d'impartialité et de représentativité des jurys désignés⁸.

Ce sont surtout les droits généraux de procédure qui retiennent l'attention. Consacrés traditionnellement dans un cadre de *Common Law*, ceux-ci ont trouvé depuis une vingtaine d'années une résonance constitutionnelle dans la jurisprudence de la Haute Cour. Se fondant sur le principe de séparation des pouvoirs et sur la nature du pouvoir judiciaire caractérisé notamment par les exigences de *due process* et d'indépendance des juges, la Haute Juridiction tend à identifier certaines composantes constitutionnelles d'un droit au procès équitable.

L'équité procédurale, l'impartialité des juges, la publicité des audiences sont notamment consacrées par la jurisprudence⁹. En 2010, la Haute Cour a ainsi rappelé l'importance de ces droits, reconnaissant le bénéfice

7. Voir Tamara Lajoinie, « Chronique constitutionnelle australienne », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 87, PUF, 2011, p. 666.

8. Voir, par exemple, la décision *Katsumo* de 1999, 199 CLR 40.

9. Voir, notamment, *Bass v. Permanent Trustee Co Ltd*, 1999, 198 CLR 334.

du droit au procès équitable à tous les immigrants demandeurs d'asile sur le territoire australien¹⁰. La question des détentions avant jugement reste toutefois très controversée.

En 2004, la Haute Cour s'est prononcée sur la validité de mesures de détention indéfinie pour les étrangers ne pouvant pas faire l'objet d'une mesure d'expulsion dans un délai raisonnable. Dans un arrêt *Al-Khateb v. Goodwin*, elle admet la constitutionnalité des mesures en se démarquant des principes de la jurisprudence *Chu Ken Lim* de 1992 (176 CLR 1). Elle considère notamment que la détention sans limite de temps des étrangers en attente d'expulsion demeure tout au long de la procédure « non punitive ».

De même, en 2007, dans un arrêt *Thomas v. Mowbray* (233 CLR 307), la Cour reconnaît la possibilité, pour le Parlement fédéral, d'autoriser les tribunaux à priver des citoyens australiens de liberté dans un but « non punitif ».

89

La protection des droits et libertés en Australie, satisfaisante au regard des standards internationaux, comporte cependant des zones d'ombre : faible contrôle des lois antiterroristes, incertitudes d'application des droits spécifiques d'égalité et de propriété reconnus aux Aborigènes, situations excessives de détention avant jugement et, de manière plus générale, une certaine timidité actuelle du juge dans l'interprétation des droits et libertés.

Le système doit être toutefois évalué globalement, dans la mesure où se juxtaposent protections politique, constitutionnelle et juridictionnelle des libertés, dessinant une voie australienne de l'État de droit.

10. Voir *Plaintiff M61/2010 E v. Commonwealth of Australia*, 2010, HCA 41.

R É S U M É

L'attachement aux principes du parlementarisme britannique a longtemps retardé l'avènement d'un constitutionnalisme moderne en Australie. La Haute Cour a, dans la période contemporaine, contribué de manière significative aux développements de la norme constitutionnelle et à la protection des droits et libertés. Elle a ainsi façonné un État de droit original, mêlant rule of law britannique et constitutionnalisme américain.