

Nouvelle-zélande : les sources d'une constitution pas comme les autres

Article

Published Version

Creative Commons: Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 4.0

Open access

Sirota, L. (2021) Nouvelle-zélande : les sources d'une constitution pas comme les autres. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36. ISSN 2647-8145 Available at <https://centaur.reading.ac.uk/104018/>

It is advisable to refer to the publisher's version if you intend to cite from the work. See [Guidance on citing](#).

Published version at: <https://www.persee.fr/collection/aijc>

Publisher: Editions Economica

All outputs in CentAUR are protected by Intellectual Property Rights law, including copyright law. Copyright and IPR is retained by the creators or other copyright holders. Terms and conditions for use of this material are defined in the [End User Agreement](#).

www.reading.ac.uk/centaur

CentAUR

Central Archive at the University of Reading

Reading's research outputs online

Nouvelle-Zélande : les sources d'une Constitution pas comme les autres

Léonid Sirota

Citer ce document / Cite this document :

Sirota Léonid. Nouvelle-Zélande : les sources d'une Constitution pas comme les autres. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 36-2020, 2021. L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? *Du terrorisme à l'urgence sanitaire* - L'opinion publique aujourd'hui. *Regards pluridisciplinaires*. pp. 63-72;

doi : <https://doi.org/10.3406/aajc.2021.2888>

https://www.persee.fr/doc/aajc_0995-3817_2021_num_36_2020_2888

Fichier pdf généré le 06/04/2022

NOUVELLE-ZÉLANDE : LES SOURCES D'UNE CONSTITUTION PAS COMME LES AUTRES

Léonid SIROTA*

La Nouvelle-Zélande est l'un de seulement trois États à ne pas s'être dotés d'une constitution « écrite » ou, plus précisément, d'une constitution (ne serait-ce que partiellement) codifiée et enchâssée. Les deux autres sont le Royaume-Uni et Israël. Cependant, la Nouvelle-Zélande fait figure d'exception même au sein de cette très courte liste. Israël a des lois fondamentales, auxquelles ses tribunaux se sont autorisés à donner effet aux dépens de la législation « ordinaire ». Le Royaume-Uni, même après que sa sortie de l'Union européenne l'eut soustrait à la suprématie du droit européen, conserve son système de « dévolution » qui limite, de manière politiquement sinon juridiquement fondamentale, le pouvoir du Parlement de Westminster. Il demeure aussi, du moins dans un avenir envisageable, assujéti à la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Rien de tel en Nouvelle-Zélande. État unitaire et fortement centralisé, n'ayant adhéré à aucun traité international comparable à la *Convention européenne des droits de l'homme*, la Nouvelle-Zélande préserve un système de suprématie parlementaire presque sans compromis. Le pouvoir législatif y est absolu et n'est sujet à aucun contrôle de constitutionnalité. C'est ce que confirme le paragraphe 15 (1) de la *Constitution Act 1986*¹.

Ce principe s'applique pleinement, ou presque, en matière constitutionnelle ; seules quelques dispositions de l'*Electoral Act 1993* et une de la *Constitution Act* y font peut-être exception, comme nous le verrons plus loin. Le Parlement néo-zélandais peut adopter ou modifier toute loi, remplacer ou abroger toute loi ou autre règle de droit, quelle que soit son importance constitutionnelle historique ou présente². Outre l'exception que nous venons de mentionner, aucune loi ou autre règle de droit n'a de statut constitutionnel particulier. Même la *Constitution Act* n'est une loi constitutionnelle qu'au sens matériel. Sauf un article, elle peut être modifiée ou abrogée suivant exactement les mêmes procédures que la *Construction Contracts Act 2002*, par exemple.

La liberté quasi complète dont jouit le Parlement néo-zélandais en matière de modification constitutionnelle ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas de constitution en Nouvelle-Zélande. Bien au contraire. Non seulement les juristes néo-zélandais s'entendent pour dire que leur pays a une constitution, mais, peut-être justement en raison de l'absence de désignation d'un texte de loi précis comme étant *la* constitution, ils accordent une valeur constitutionnelle à une remarquable variété de règles (I).

* Auckland University of Technology Law School, Auckland, Nouvelle-Zélande.

1 Il se lit : « Le Parlement de la Nouvelle-Zélande continue de disposer du plein pouvoir de légiférer » [notre tr. fr.].

2 Voir, par exemple, *Shaw v. Commissioner of Internal Revenue*, [1999] 3 NZLR 154 (CA) : la législation fiscale néo-zélandaise a préséance sur la *Magna Carta*.

Par ailleurs, qui dit constitution « malléable » ne dit pas pour autant constitution changeante. En fait, la constitution néo-zélandaise change peu dans ses grandes lignes, même si elle est fréquemment révisée dans les détails. Cette stabilité s'explique sans doute principalement par une culture politique et constitutionnelle qui peut être qualifiée de conservatrice, en ce sens qu'elle valorise la continuité et préfère les réformes ancrées dans l'expérience plutôt que dans des principes abstraits. N'empêche, certains éléments juridiques ou quasi juridiques contribuent, possiblement de plus en plus, à cette stabilité (II).

I.- LES PRINCIPALES SOURCES DE LA CONSTITUTION NÉO-ZÉLANDAISE

Dans la tradition constitutionnelle britannique, pensée notamment par Dicey, la constitution « semble inclure toutes les règles qui, directement ou indirectement, affectent l'exercice ou la distribution du pouvoir souverain de l'État³ ». À une exception près, c'est ainsi que les juristes néo-zélandais pensent leur constitution⁴. Or, dans la tradition diceyenne, ces règles se divisent en deux catégories distinctes : d'une part, « le "droit constitutionnel" au sens strict de ce terme⁵ » (A), et d'autre part, des règles, notamment des « conventions », qui « ne sont, en fait, point du droit constitutionnel, puisque les tribunaux ne leur donnent pas effet⁶ » (B).

A.- Les sources juridiques

Le droit constitutionnel au sens strict comprend la législation et le droit prétorien. La législation provient de trois sources : le Parlement de Westminster, celui de la Nouvelle-Zélande et la prérogative royale. Pour ce qui est du droit prétorien, il provient également des tribunaux anglais et impériaux, d'un côté, et des tribunaux néo-zélandais de l'autre.

À titre de colonie britannique, la Nouvelle-Zélande hérita des principales lois constitutionnelles du Royaume-Uni. Une disposition de la *Constitution Act* confirme qu'aucune nouvelle loi du Parlement britannique n'a effet en Nouvelle-Zélande. En revanche, celles qui y étaient déjà en vigueur le demeurent malgré l'indépendance. Ces dernières peuvent cependant être modifiées ou même abrogées et remplacées par le Parlement néo-zélandais⁷ (et seulement par ce Parlement : une modification par le Parlement britannique ne produit aucun effet en droit néo-zélandais). La liste des « lois impériales » toujours en vigueur est contenue dans une annexe de l'*Imperial Laws Application Act 1988*.

Si l'importance, voire l'existence de certaines de ces lois, comme la *Magna Carta*, n'est plus que symbolique, quelques lois adoptées à Westminster continuent

3 A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., Londres, Macmillan, 1915, p. 22 (notre tr., ici et plus loin).

4 L'exception concerne le droit administratif, dont Dicey niait l'existence au Royaume-Uni, mais qui est désormais reconnu et conçu comme un domaine distinct du droit constitutionnel, même s'il en est très proche et que les deux sont généralement étudiés conjointement. Voir, par exemple, P. A. JOSEPH, *Joseph on Constitutional and Administrative Law*, 5^e éd., Wellington, Thomson Reuters, 2021.

5 A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, op. cit., p. 23.

6 *Idem*.

7 Un exemple de modification est la *Royal Succession Act 2013*, qui a changé l'ordre de succession à la Couronne néo-zélandaise prévu notamment par l'*Act of Settlement (1700)*. Un exemple de remplacement est l'*Habeas Corpus Act 2001*, qui succède aux anciennes lois anglaises éponymes.

de jouer un rôle concret dans le droit constitutionnel néo-zélandais. C'est notamment le cas du *Bill of Rights 1688*. À la suite de la Révolution glorieuse, celui-ci concrétisait la victoire du Parlement dans sa compétition politique et constitutionnelle presque centenaire avec la monarchie.

Trois dispositions de cette loi vénérable et fondamentale demeurent particulièrement importantes. L'article 1^{er} déclare « illégal » le « supposé pouvoir de suspendre les lois ou l'exécution des lois par l'autorité royale, sans le consentement du parlement ». Or, un célèbre jugement néo-zélandais reconnut qu'un Premier ministre qui cherche à suspendre l'effet d'une loi sans attendre que celle-ci ne soit abrogée par le Parlement exerce ainsi le « supposé pouvoir royal » aboli par le *Bill of Rights 1688*⁸. Pour sa part, l'article 4 confirmait le contrôle parlementaire des impôts ; il est aujourd'hui étoffé par des dispositions modernes plus détaillées. Finalement, l'article 9 consacre la liberté des débats parlementaires, comprise comme écartant toute responsabilité, civile comme pénale, d'un député pour des propos tenus en Chambre, mais aussi comme empêchant toute remise en cause de l'honnêteté de tels propos devant un tribunal⁹.

Les lois constitutionnelles adoptées par le Parlement néo-zélandais lui-même sont plus nombreuses, et il serait impossible d'en dresser ici une liste exhaustive. Parmi les principales, on retrouve, bien sûr, la *Constitution Act* mentionnée ci-haut. On pourrait la comparer à une ébauche représentant à très gros traits la plupart des principales institutions du gouvernement : la monarchie et son représentant, le gouverneur général ; le Conseil exécutif (mais pas le Premier ministre) ; le Parlement ; et les cours supérieures. Pour chacune des institutions, la plupart des détails qui déterminent véritablement leur composition, leur fonctionnement, leurs pouvoirs et les limites de ceux-ci se trouvent ailleurs : soit dans d'autres lois, soit dans d'autres sources normatives, juridiques ou non.

Parmi ces autres lois, certaines sont consacrées à des institutions en particulier. C'est le cas, par exemple, de l'*Electoral Act 1993*, qui régit les élections à la Chambre des représentants, et de la *Parliamentary Privilege Act 2014*, qui clarifie et complète l'article 9 du *Bill of Rights 1688*, précisant l'autonomie du fonctionnement de la Chambre des représentants par rapport à toute supervision judiciaire. C'est aussi le cas de la *Public Sector Act 2020*, qui régit la fonction publique et l'appareil de l'État. Quant à la *Senior Courts Act 2016*, elle organise les principaux tribunaux judiciaires (soit la Haute cour, la Cour d'appel et la Cour suprême) ainsi que des lois constituant les tribunaux inférieurs.

Par ailleurs, d'autres lois constitutionnelles servent à protéger les droits et libertés ou à donner aux citoyens et à la société civile les moyens de contrôler l'État. Ainsi, la *New Zealand Bill of Rights Act 1990* codifie une gamme de droits fondamentaux et les érige en limites à l'action du pouvoir exécutif et de l'Administration notamment, en plus d'exiger que toute loi à première vue incompatible avec l'un d'eux soit interprétée, si possible, de manière à éliminer ou à atténuer cette incompatibilité¹⁰. Principe de souveraineté parlementaire oblige, cependant, la *Bill of Rights Act* nie expressément aux tribunaux tout pouvoir d'invalider ou de déclarer inopérante une disposition de loi incompatible¹¹. Pour sa

8 *Fitzgerald v. Muldoon*, [1976] 2 NZLR 615 (SC) ; voir S. KÓS, « Constitutional Collision: Fitzgerald v Muldoon v Wild », *Otago Law Review*, 2014, vol. 13, p. 243, pour une étude approfondie de ce jugement.

9 Voir, entre autres, *Prebble v. Television New Zealand Ltd*, [1994] 3 NZLR 1 (PC).

10 *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, art. 6.

11 *Ibidem*, art. 4.

part, la *Human Rights Act 1993* proscriit la discrimination, tant par l'État que par le secteur privé, et crée une commission ainsi qu'un tribunal spécialisés pour faciliter le dépôt et le traitement de plaintes.

Mentionnons enfin la *Treaty of Waitangi Act 1975*, laquelle crée également un tribunal spécialisé très particulier afin d'étudier les plaintes concernant le non-respect du Traité de Waitangi par le gouvernement. Ce dernier fut conclu en 1840 entre le Royaume-Uni et la grande majorité des chefs des Maoris, peuple autochtone de la Nouvelle-Zélande, et permit l'établissement de la souveraineté britannique¹². Si la période pour déposer les « plaintes historiques » concernant les gestes du gouvernement colonial et néo-zélandais est close, le dépôt de « plaintes contemporaines », visant les politiques actuelles, demeure possible. Lorsqu'il conclut à leur bien-fondé, le Tribunal de Waitangi peut recommander une forme de redressement¹³, recommandation à laquelle le gouvernement devrait normalement donner effet¹⁴.

Une autre source législative mérite d'être signalée. Il s'agit des *Letters Patent Constituting the Office of the Governor-General of New Zealand 1983*, promulguées par Élisabeth II, en sa qualité de reine de la Nouvelle-Zélande, à la demande du gouvernement néo-zélandais. Cet « instrument », issu de l'exercice de la « prérogative royale », détermine, dans les limites posées par la législation (notamment par la *Constitution Act*) et, comme nous le verrons ci-dessous, par des conventions constitutionnelles, les pouvoirs du gouverneur général, lequel représente la reine en Nouvelle-Zélande.

Tournons-nous maintenant vers le droit constitutionnel prétorien. Comme toute autre règle de droit constitutionnel, celui-ci est susceptible d'être modifié par la législation. Il arrive effectivement que le Parlement corrige ce qu'il considère, à tort ou à raison, comme les dérives de la jurisprudence : c'est ainsi qu'a été adoptée la *Parliamentary Privilege Act*¹⁵. Dans d'autres cas cependant, le Parlement choisit plutôt de garder le silence face à une jurisprudence qui peut, de prime abord, sembler aller à l'encontre de ses intentions, voire de carrément entériner les interprétations jurisprudentielles en les codifiant dans un texte de loi. En tout état de cause, le Parlement ne jugea jamais utile de codifier le droit prétorien de façon exhaustive et, l'eut-il fait, la jurisprudence s'interposerait aussitôt pour interpréter la législation qui résulterait.

En bonne partie, le droit constitutionnel prétorien de la Nouvelle-Zélande est issu des tribunaux anglais, britanniques ou impériaux. Parmi ceux-ci, le Comité judiciaire du Conseil privé¹⁶ a fait l'office de plus haut tribunal du système judiciaire néo-zélandais jusqu'en 2003, moment de la création de la Cour suprême de la Nouvelle-Zélande. Notons toutefois que, même avant 2003, les appels au Conseil privé étaient relativement rares, et les décisions de la Cour d'appel de la Nouvelle-

12 Notons cependant que, si le texte anglais du Traité de Waitangi parlait de souveraineté, le texte maori, signé par la grande majorité des chefs maoris, n'employait pas ce concept qui leur était inconnu et étranger.

13 *Treaty of Waitangi Act 1975*, art. 6 (3).

14 *New Zealand Maori Council v. Attorney-General*, [1987] 1 NZLR 641 (CA) [*Lands Case*], p. 664-665.

15 Voir notamment les articles 3 (2) (c) et (d) qui nomment expressément les arrêts dont cette loi renverse les interprétations portant sur l'article 9 du *Bill of Rights (1688)*.

16 Techniquement organe du pouvoir exécutif britannique, il était composé, pour l'essentiel, des juges siégeant aussi au Comité d'appel de la Chambre des lords, la plus haute instance dans le système judiciaire britannique jusqu'à la création de la Cour suprême du Royaume-Uni en 2010.

Zélande, voire de la cour de première instance¹⁷, font autorité sur bien des questions. Depuis la création de la Cour suprême néo-zélandaise, c'est surtout à elle que revient le rôle de développer la jurisprudence constitutionnelle.

Le droit constitutionnel prétorien appartient en partie à la *common law*. À titre d'exemple, mentionnons les arrêts et les opinions des juges anglais qui ont circonscrit en bonne partie la « prérogative royale¹⁸ », cet ensemble de pouvoirs de la monarchie issus de son statut historique plutôt que conférés par la législation. Toutefois, il se développe aussi dès lors que les tribunaux sont appelés à interpréter la législation constitutionnelle. Certaines lois constitutionnelles sont vagues à bien des égards, et ce sont donc les tribunaux qui, en les interprétant, leur donnent un effet précis et susceptible d'application aux cas concrets. Pour ne donner qu'un exemple, mentionnons l'expression « principes du Traité de Waitangi », qui apparut pour la première fois dans la *State-Owned Enterprises Act 1986*¹⁹ et fut reprise dans nombre d'autres lois. Au fil des ans, elle donna naissance à une jurisprudence étoffée, imposant des obligations uniques et considérables au gouvernement pour assurer le respect des droits des Maoris garantis par le Traité de Waitangi²⁰, lequel les décrit pourtant en des termes minimalistes, obscurs et contradictoires.

Il arrive même que les tribunaux comblent ce qu'ils considèrent comme des lacunes de la législation. La *New Zealand Bill of Rights Act* en est un bon exemple : son texte ne permet aucune forme de réparation par les tribunaux en cas de violation. Or, ceux-ci se sont, tour à tour, autorisés à octroyer des dommages-intérêts aux personnes dont les droits ont été enfreints par le pouvoir exécutif²¹, à exclure la preuve recueillie en violation de la *New Zealand Bill of Rights Act*²² et, plus récemment, à prononcer une déclaration d'incompatibilité entre une loi et la *New Zealand Bill of Rights Act*²³.

B.- Les sources extra-juridiques

En sus de règles juridiques, les constitutions issues de Westminster, y compris celle de la Nouvelle-Zélande, comprennent un volet « politique », lequel inclut les règles constitutionnelles que les tribunaux ne s'estiment pas autorisés à administrer. Il s'agit, notamment, des règles appelées « conventions constitutionnelles ». Celles-ci assurent que les acteurs constitutionnels, notamment la souveraine, son représentant ainsi que les ministres, exercent les pouvoirs ou la liberté d'action que leur reconnaissent la législation et la *common law* de façon à se conformer à certains principes constitutionnels fondamentaux. Parmi ceux-ci, le principe démocratique est le plus important.

17 Appelée « Cour suprême » jusqu'aux années 1970, puis renommée en « Haute cour ». Cette « Cour suprême » de première instance n'est donc pas à confondre avec le tribunal créé en 2003. À la défense du système judiciaire néo-zélandais, il faut souligner qu'il n'a jamais connu deux « cours suprêmes » simultanément, ce qui est le cas de plusieurs provinces canadiennes dont le tribunal de première instance porte toujours ce titre... comme le fait, bien sûr, la Cour suprême du Canada.

18 *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co Rep 64, 77 ER 1342 ; *Case of Proclamations* (1610) 12 Co Rep 74, 77 ER 1352 ; *De Keyser's Royal Hotel Ltd v. R.*, [1919] 2 Ch 197.

19 *State-Owned Enterprises Act 1986*, art. 9.

20 *Lands Case*, *op. cit.* ; *New Zealand Maori Council v. Attorney-General*, [1994] 1 AC 466 (PC).

21 *Simpson v. Attorney-General*, [1994] 3 NZLR 667 (CA).

22 *Voir Ministry of Transport v. Noort* ; *Police v. Curran*, [1992] 3 NZLR 260 (CA) ; *R v. Shabbeed*, [2002] 2 NZLR 377 (CA).

23 *Attorney-General v. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 NZLR 213 ; ce jugement pourrait être ratifié par le Parlement si le *New Zealand Bill of Rights (Declarations of Inconsistency) Amendment Bill*, présentement à l'étude par le Parlement, est adopté.

Par exemple, une convention constitutionnelle oblige le gouverneur général (ou la souveraine) à sanctionner tout projet de loi adopté par la Chambre des représentants. Le droit constitutionnel reconnaît pourtant le pouvoir du gouverneur général de refuser cette sanction royale²⁴. Cependant, l'exercice d'un tel pouvoir par un monarque héréditaire ou par son représentant serait antidémocratique, et donc incompatible avec l'esprit de la constitution. Une convention empêche donc ce pouvoir d'être exercé²⁵.

Ce sont aussi des conventions qui font en sorte qu'un membre du Conseil exécutif le préside à titre de Premier ministre et que les autres pouvoirs que la législation et le droit prétorien confèrent ou reconnaissent au gouverneur général doivent être exercés suivant l'« avis » du Premier ministre ou du Conseil exécutif. Une autre convention fait en sorte que les ministres sont, pour leur part, requis d'obtenir la confiance de la Chambre des représentants, et ne peuvent gouverner – c'est-à-dire conseiller le gouverneur général – s'ils la perdent. Ainsi, l'exercice des pouvoirs dévolus, en apparence, à la monarchie, est subordonné à la volonté des ministres et, à terme, à celle des élus, donc au principe démocratique.

Les conventions constitutionnelles servent ainsi à franchir le fossé qui sépare le droit constitutionnel, et notamment – mais non seulement – les règles concernant la prérogative royale, des principes constitutionnels généralement reconnus. Si le premier a peu changé, à bien des égards, depuis le début du XVIII^e siècle, les seconds ont grandement évolué, entre autres, en ce que le principe démocratique s'est substitué au principe monarchique comme source de légitimité constitutionnelle. En fait, l'efficacité des conventions comme outil de mise en œuvre des principes constitutionnels contemporains est probablement l'une des raisons, sinon la seule, de la relative stabilité des règles du droit constitutionnel, malgré leur apparente obsolescence.

Or, si importantes soient-elles dans les systèmes constitutionnels originaires de Westminster, les conventions ne sont pas, en principe, mises en œuvre par les tribunaux. À ce titre, bien que les tribunaux canadiens et britanniques aient, du moins de l'avis de certains, donné effet à des conventions dans les faits²⁶, les tribunaux néo-zélandais n'ont jamais été appelés à le faire. Si l'occasion se présentait, il est bien sûr possible qu'ils suivent l'exemple canadien ou britannique, mais cela est loin d'être certain. À défaut, la sanction pour la violation d'une convention devrait être politique : par exemple, un gouverneur général pourrait renvoyer un Premier ministre qui refuserait de démissionner après avoir perdu la confiance de la Chambre des représentants.

24 Théoriquement, ce droit pourrait être exercé à l'endroit d'un projet de loi contraire aux fondements de la constitution. En pratique, mieux vaut ne pas avoir à découvrir si un gouvernement ayant décidé de faire adopter de tels projets de loi s'arrêterait face à l'obstruction monarchique.

25 L'article 15 de la *Constitution Act, 1986*, reconnaît implicitement cette convention. Il indique qu'« un projet de loi adopté par la Chambre des représentants devient loi lorsque la souveraine ou le gouverneur général le sanctionnent » [notre tr. fr.] – ne rendant pas la sanction obligatoire, mais n'envisageant pas la possibilité qu'elle soit refusée.

26 Voir respectivement le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 et A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, 2^e éd., Oxford University Press, 2014, p. 223 ; R. (Miller) v. Prime Minister, [2019] UKSC 41, [2020] A.C. 373 et L. SIROTA, « The Case of Prorogations and the Political Constitution », *Journal of Commonwealth Law*, vol. 3, p. 103 [à paraître].

II.- AUX LIMITES DE LA MALLÉABILITÉ CONSTITUTIONNELLE

Bien que la constitution néo-zélandaise, tant sa partie juridique que celle conventionnelle, soit largement assujettie au pouvoir législatif du Parlement, deux importants domaines échappent peut-être à cette malléabilité générale. D'une part, certaines dispositions relatives au Parlement et au système électoral sont enchâssées, de façon à ne pouvoir être amendées que par une loi adoptée à la majorité qualifiée ou par référendum (A). De l'autre, un changement fondamental du statut du Traité de Waitangi semble carrément impossible, à tout le moins sans l'appui des Maoris (B).

A.- Les dispositions enchâssées

Un compromis politique, une sorte de traité de désarmement visant à mettre fin à un cycle de manipulation partisane, est à l'origine d'une disposition qui vise à empêcher une majorité parlementaire de modifier unilatéralement certains aspects du droit électoral²⁷. Plus précisément, l'actuel article 268 de l'*Electoral Act 1993* précise que certaines dispositions de cette loi et de la *Constitution Act* relatives à la durée d'un mandat parlementaire, à l'âge minimal de l'électeur, au nombre et à la délimitation des circonscriptions électorales ainsi qu'au vote secret ne peuvent être amendées ou abrogées par le processus législatif ordinaire. Leur modification doit plutôt être approuvée par une majorité qualifiée de la Chambre des représentants (soit 75 %, ce qui, en pratique, exige l'appui des deux principaux camps politiques²⁸) ou, encore, par référendum.

Or, l'article 268 ne prévoit pas les conséquences de sa violation et n'est pas lui-même enchâssé. En théorie, il pourrait être abrogé par une majorité simple (et partisane) de la Chambre des représentants, ce qui rendrait possible la modification des dispositions auxquelles il fait référence. Au moment de sa création, la validité de toute tentative d'enchâssement était vue comme une entorse au principe de la souveraineté du Parlement, et de sérieux doutes existaient à savoir si les tribunaux donneraient effet à une disposition prévoyant l'invalidité d'une loi incompatible. Quant à un enchâssement « double », c'est-à-dire au moyen d'une disposition elle-même enchâssée, celui-ci était considéré comme une impossibilité, un non-sens constitutionnel, si bien qu'il n'était ni nécessaire ni utile d'y recourir.

Dans les décennies ayant suivi son adoption, la disposition qui est devenue l'article 268 avait une autorité essentiellement morale. Au fil du temps, on a pu parler d'une convention constitutionnelle qui, d'une part, la protégeait de toute tentative d'abrogation et, d'autre part, enjoignait au Parlement de la respecter lorsqu'il se proposait de modifier le droit électoral²⁹. Dans les faits, l'enchâssement a toujours été respecté, et n'a fait l'objet d'aucune tentative d'évasion délibérée. Ainsi, les dispositions électorales enchâssées font exception à l'attachement général de la culture constitutionnelle néo-zélandaise à la souveraineté parlementaire, et donc à la flexibilité de la constitution.

27 Voir E. MCLEAY, *In Search of Consensus: New Zealand's Electoral Act 1993 and its Constitutional Legacy*, Wellington, Victoria University Press, 2018.

28 Le Parti travailliste à gauche et le Parti national à droite.

29 E. MCLEAY, *In Search of Consensus: New Zealand's Electoral Act 1993 and its Constitutional Legacy*, *op. cit.*, p. 187-188.

Il y a peut-être plus. En 2010, le Parlement a privé du droit de vote les détenus purgeant une peine de moins de trois ans d'emprisonnement³⁰. Cette réforme a fait l'objet d'une division partisane, d'une avalanche de critiques et d'un rapport du Procureur général qui soulignait le caractère injustifié de cette atteinte au droit de vote, protégé par la *New Zealand Bill of Rights Act*³¹. À l'époque cependant, personne n'avait soutenu qu'elle modifiait une des dispositions enchâssées par l'article 268 de l'*Electoral Act*. Or, c'est ce qu'ont fait certains prisonniers dans un litige qu'ils ont porté jusqu'en Cour suprême.

Devant celle-ci, le gouvernement a admis que, si la Cour concluait que l'article 268 n'avait pas été respecté, elle devrait déclarer la loi en cause invalide. La Cour suprême a pris note de cette admission, tout comme des développements doctrinaux qui suggèrent que les tribunaux peuvent donner effet à l'enchâssement de certaines dispositions législatives³². Sans rejeter cette position, la Cour a cependant refusé de l'avaliser. Puisqu'elle a conclu à l'absence de violation l'article 268, il n'était pas nécessaire pour elle de se prononcer sur la question. Elle a préféré le faire après la tenue d'un débat entre les parties³³.

N'empêche, la concession du gouvernement était remarquable, et il semble tout à fait possible que les tribunaux néo-zélandais acceptent le fait qu'ils aient bien le pouvoir de déclarer invalide une loi contraire à l'article 268, le cas échéant. Si cela se produisait, il serait établi que constitution néo-zélandaise a, elle aussi, fini par abandonner le paradigme diceyen de la suprématie parlementaire et de la flexibilité constitutionnelle qui en découlerait nécessairement, et ce, paradoxalement, par l'entremise d'une disposition législative rédigée pour se conformer à celui-ci.

B.- Le Traité de Waitangi

L'autre aspect de la constitution néo-zélandaise qui échappe probablement à sa malléabilité générale est son rapport avec le Traité de Waitangi. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, celui-ci lia la Couronne (britannique, à l'époque, mais néo-zélandaise depuis le développement de l'indépendance au cours du XX^e siècle) et les Chefs (et donc le peuple) maoris. Dénoncé, à une certaine époque, comme « simple nullité³⁴ », le Traité de Waitangi est aujourd'hui conçu comme le fondement de la souveraineté et de la légitimité de l'État néo-zélandais. C'est en effet par lui que ses habitants autochtones ont « souscrit un devoir de loyauté à la Reine, pleine acceptation du gouvernement de ses ministres responsables et coopération raisonnable³⁵ ».

Le Traité de Waitangi n'est pas, lui-même, une source de droit. Comme tout traité conclu par la Couronne, il ne saurait produire d'effet juridique sans être mis en œuvre par une loi³⁶. Or, le Parlement néo-zélandais n'a jamais donné force de loi au traité lui-même, pas même dans la *Treaty of Waitangi Act* mentionnée ci-dessus. Seuls les « principes » censés le sous-tendre sont, eux, une contrainte imposée, avec plus ou moins de rigueur, à l'action de l'administration publique, en vertu de

30 *Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Act 2010*.

31 Voir A. GEDDIS, « Prisoner Voting and Rights Deliberation: How New Zealand's Parliament Failed », *New Zealand Law Review*, 2011, n° 3, p. 443.

32 *Ngaronoa v. Attorney-General*, [2018] NZSC 123, [2019] 1 NZLR 289, par. 70.

33 *Ibid.*

34 *Wi Parata v. Bishop of Wellington*, (1877) 3 NZ Jur (NS) 72 (SC), p. 78.

35 *Lands Case*, *op. cit.*, p. 664 (Cooke P.).

36 *Hoani Te Heu Heu Tukino v. Aotea District Maori Land Board*, [1941] AC 308.

certaines lois particulières, notamment dans les domaines de l'environnement, des ressources naturelles, et de la gestion du territoire³⁷.

N'empêche, le Traité est « une force vive dans la vie de la nation et donc du gouvernement du pays³⁸ », un « symbole national » quel qu'ait pu être son statut juridique³⁹. Robin Cooke, alors le président de la Cour d'appel, a parlé du devoir de son institution de donner effet à l'invocation des « principes du Traité de Waitangi » en des termes qui semblent faire écho à l'arrêt *Marbury v. Madison*, où la Cour suprême des États-Unis a confirmé son pouvoir de déclarer inconstitutionnelles les lois adoptées par le Congrès⁴⁰. Le président Cooke a bien récusé tout pouvoir d'invoquer le Traité pour invalider une loi⁴¹ – mais cette récusation est d'autant plus remarquable qu'elle n'était *a priori* guère nécessaire.

Dans les faits, tout projet législatif qui compromettrait fondamentalement le statut du Traité de Waitangi ou risquerait seulement de le faire serait inacceptable et pourrait déclencher une crise politique, voire constitutionnelle. Donnons deux exemples. À la fin des années 1980, lorsque le gouvernement de l'époque a proposé d'inclure le Traité de Waitangi dans une « loi suprême » aux côtés de ce qu'allait devenir, en fin de compte, la *New Zealand Bill of Rights Act*, plusieurs Maoris s'y sont opposés au motif que « cela aurait dégradé ce document, l'aurait exposé au changement par la procédure d'amendement prévue au projet de loi⁴² ». Le projet de « loi suprême » a avorté – pas seulement pour cette raison, mais cette opposition était notable. En prenant acte, le promoteur de ce projet, Geoffrey Palmer, constitutionnaliste puis, à l'époque, ministre de la Justice et, brièvement, Premier ministre, a, dans ses plus récentes propositions de réforme constitutionnelle, suggéré rendre le Traité de Waitangi explicitement inamendable⁴³.

Un second exemple qui vaut d'être mentionné concerne les droits coutumiers des Maoris au littoral. Au début des années 2000, la Cour d'appel a statué que ces droits, reconnus et protégés par le Traité de Waitangi, n'ont, contrairement à ce qu'on a pu croire, jamais été abrogés par le Parlement, et pouvaient faire l'objet d'une preuve devant la *Maori Land Court*⁴⁴. Le gouvernement travailliste de l'époque a répondu en faisant adopter par le Parlement une loi empêchant la reconnaissance des droits des Maoris, dans le but de protéger l'accès de l'ensemble de la population aux plages et à la mer⁴⁵. Il s'agissait là d'une manifestation de la malléabilité de la constitution, les droits fondamentaux cédant devant la suprématie du Parlement. Or, ce déni des droits protégés par le Traité a engendré une vive opposition, notamment de la part des Maoris. Autrefois fidèles électeurs travaillistes, certains ont fondé leur propre parti politique, qui au sein d'un gouvernement de coalition avec le Parti national a restauré les droits coutumiers (avec certaines modifications⁴⁶).

37 Voir P. A. JOSEPH, *Joseph on Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 89.

38 *Lands Case*, op. cit., p. 682 (Richardson J.).

39 P. A. JOSEPH, *Joseph on Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 66.

40 Voir respectivement *Lands Case*, op. cit., p. 658 (Cooke P.) (« In the end it must be the province of the Court to determine what the Act means ») et *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), p. 177 (« It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is »).

41 *Lands Case*, op. cit., p. 655 (Cooke P.).

42 P. A. JOSEPH, *Joseph on Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 1340.

43 Voir G. PALMER, A. S. BUTLER, *A Constitution for Aotearoa New Zealand*, Wellington, Victoria University Press, 2016 ; G. PALMER, A. S. BUTLER, *Towards Democratic Renewal: Ideas for Constitutional Change in New Zealand*, Wellington, Victoria University Press, 2018.

44 *Attorney-General v. Ngati Apa*, [2003] 3 NZLR 643 (CA).

45 *Foreshore and Seabed Act 2004*.

46 *Marine and Coastal Areas (Takutai Moana) Act 2011*.

Cette résistance couronnée de succès offre un contraste frappant avec l'indifférence générale aux violations de la *New Zealand Bill of Rights Act*, systématiquement ignorées lorsque signalées soit par le procureur général avant l'adoption d'un projet de loi⁴⁷, soit par les tribunaux une fois une loi adoptée. On pourrait peut-être la voir simplement comme un exemple de l'efficacité des Maoris considérés comme une force politique. Du reste, le Traité de Waitangi n'est certes pas devenu une loi suprême qui servirait à contrôler la validité de la législation. Cependant, il est difficile de concevoir que le Parlement puisse fondamentalement remettre en question sa place dans le système politique et constitutionnel néo-zélandais. Il ne semble pas exagéré d'y voir un phénomène véritablement constitutionnel, et non seulement politique, et donc un sérieux obstacle, voire une importante exception, à la suprématie parlementaire ainsi qu'à la flexibilité constitutionnelle.

CONCLUSION

Le système constitutionnel néo-zélandais est exceptionnel, sinon unique. En l'absence de textes de loi suprême enchâssés, la Nouvelle-Zélande tire sa Constitution d'un vaste ensemble de sources, certaines juridiques – législatives ou jurisprudentielles –, d'autres échappant à la compétence des tribunaux ; certaines originaires de Westminster et des tribunaux britanniques, d'autres élaborées au pays. Cette Constitution est, en principe, tout à fait flexible. Le Parlement, en vertu de son « plein pouvoir de légiférer », peut l'amender en tout ou en partie, à tout moment. Paradoxalement, cette flexibilité est protégée par une culture constitutionnelle résistante au changement – et cette culture constitutionnelle conservatrice fait en sorte que, bien que possibles en théorie, les changements constitutionnels majeurs sont plutôt rares.

Cependant, le changement n'épargne pas tout à fait la constitution néo-zélandaise. La rigidité, en principe étrangère à ce système, s'y infiltre. Nous avons souligné deux sources de contraintes qui semblent s'imposer au pouvoir autrement absolu du Parlement de changer le droit et la constitution : l'article 268 de l'*Electoral Act* et le Traité de Waitangi. Autre paradoxe : ce sont les éléments les plus uniques de la Constitution néo-zélandaise qui, à certains égards, la font ressembler, ne serait-ce qu'un peu, au constitutionnalisme qui se pratique dans le reste du monde.

47 Voir P. A. Joseph, *Joseph on Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 1377-1378.