

11-1-2011

Le systeme politico-juridique Australien (The Australian legal system)

William Van Caenegem

Bond University, William_Van_Caenegem@bond.edu.au

Follow this and additional works at: http://epublications.bond.edu.au/law_pubs



Part of the [Legal History, Theory and Process Commons](#)

Recommended Citation

Van Caenegem, William, "Le systeme politico-juridique Australien (The Australian legal system)" (2011). *Law papers*. Paper 409.
http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/409

This Miscellaneous Material is brought to you by the Faculty of Law at [ePublications@bond](#). It has been accepted for inclusion in Law papers by an authorized administrator of [ePublications@bond](#). For more information, please contact [Bond University's Repository Coordinator](#).

Une monarchie constitutionnelle

L'Australie est une monarchie constitutionnelle, fondée sur la Constitution du Commonwealth qui unifie les États fédérés et fonda l'État fédéral. La Constitution fédérale est entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 1901². Les colonies autonomes d'Australie étaient alors le New South Wales (le 'Nouveau Pays de Galles Méridional', la première colonie), le Victoria, le Queensland, la Tasmanie (Tasmania), l'Australie du Sud (South Australia) et l'Australie de l'Ouest (Western Australia). Il y a maintenant aussi deux Territoires ('Territories'): le Territoire de la Capitale Australienne (Australian Capital Territory) et le Territoire du Nord (Northern Territory). Mais ces deux derniers ne sont pas antérieurs au Commonwealth ; c'est le Parlement fédéral qui leur octroya leur autonomie³.

Elisabeth II, également Reine du Royaume-Uni, est l'actuelle Chef d'État⁴. Elle est toutefois représentée par le Gouverneur Général de l'Australie⁵, nommé par elle sur conseil du Premier Ministre Australien⁶. La fonction régaliennne est entièrement d'ordre cérémoniel. Ni la Reine ni le Gouverneur General n'agissent sans l'avis du Gouvernement. Le seul acte officiel de la Reine est de signer la nomination du Gouverneur General, sélectionné au préalable par le Premier Ministre. Le Gouverneur Général, qui réside naturellement en Australie à Canberra, accomplit tous les autres devoirs officiels. Il signe, par exemple, les lois promulguées par le Parlement.

Tant les États que le Commonwealth (c'est-à-dire la fédération) forment des monarchies constitutionnelles. La Reine est représentée dans chaque État par un Gouverneur nommé et démis par elle sur conseil du « Premier » de l'État concerné. Les Gouverneurs des États ne sont pas soumis au Gouverneur General, mais représentent directement la Reine. Chaque État a un Parlement au pouvoir législatif propre et un 'Premier' au lieu d'un Premier Ministre (Prime Minister), à la tête du Gouvernement des ministres.

Le Premier Ministre, en tant que chef du parti ayant obtenu la majorité des votes au sein de la Chambre des représentants, dépend de la confiance de cette Chambre. Si le Premier Ministre perd un vote de confiance, il ou elle remet sa démission au Gouverneur Général. Théoriquement, ce dernier pourrait également relever le Premier Ministre de ses fonctions, mais dans toute son histoire, le Commonwealth n'a connu qu'une seule révocation du Premier Ministre par le Gouverneur Général alors même que celui-ci jouissait du soutien de la majorité de la Chambre des Représentants, mais pas du Sénat. En 1975, le

¹ Professor William Van Caenegem, Bond University, avec l'aimable contribution de Florence Dossche (LLM, Bond University). Je remercie aussi Justice Douglas de la Cour Suprême du Queensland pour ces conseils très utiles.

² Russell Hinchy, *The Australian Legal System – History, Institutions and Method* (Pearson Education Australia, 2008) 89.

³ *Australian Capital Territory (Self-Government) Act 1988 (Cth); Northern Territory (Self-Government) Act 1978 (Cth).*

⁴ Ibid.

⁵ *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth)*, s 2.

⁶ Russell Hinchy, *The Australian Legal System – History, Institutions and Method* (Pearson Education Australia, 2008) 132.

Premier Ministre Gough Whitlam (parti Travailleiste) fut révoqué à sa grande surprise après une longue bataille avec son opposant Malcolm Fraser (parti Liberal) qui contrôlait le Sénat et refusait d'adopter les projets de lois financiers/budgétaires. Afin de sortir de cette impasse, le Gouverneur Général décida de révoquer le Premier Ministre⁷. Cette décision fut promptement suivie par des élections⁸.

La Constitution étant muette quant aux pouvoirs dits 'résiduaire' prétendument exercés par le Gouverneur Général à cette occasion – c'est-à-dire ceux dont il dispose de manière indépendante –, il est difficile de déterminer si le Gouverneur Général a à l'époque agi conformément à la Constitution ou non. Cela reste controversé jusqu'à ce jour.

Lorsque la Reine décèdera ou abdiquera, l'Australie aura pour nouveau Roi le Prince Charles. On dit que ce sera le moment idéal pour aborder à nouveau la question d'une République Australienne. En 1999, le peuple Australien avait rejeté par référendum la proposition de remplacer la monarchie par un système républicain⁹. Deux raisons principales furent généralement avancées pour expliquer ce rejet : d'une part, l'allégeance personnelle à la Reine et d'autre part, le rejet par le peuple d'un modèle présidentiel où le Président serait choisi par le Parlement, et non directement élu par le peuple. De nombreux politiciens et commentateurs étaient également contre ce modèle plus populaire ; la raison était toutefois différente : ils craignaient de changer l'équilibre constitutionnel et politique. Dans l'état actuel des choses, le Gouverneur Général ne jouit pas d'un pouvoir politique indépendant et ne s'exprime que rarement sur des questions ayant des connotations ou des implications politiques. Il serait aussi souhaitable que les pouvoirs résiduaire mentionnés précédemment fassent l'objet d'une codification dans la Constitution, mais la controverse qui règne autour de l'étendue de ces pouvoirs entrave une telle entreprise. Un autre obstacle serait le besoin d'obtenir l'accord de tous les États. En effet, chaque État devrait accepter d'adopter le modèle républicain et abandonner l'institution de la Reine comme Chef de l'État. La décision par un ou plusieurs de ces États de rejeter ce modèle compliquerait fortement la situation. L'évolution vers une République n'est donc pas aussi simple que cela.

Contrairement aux Constitutions des États fédérés amendables/réformables par simple loi – comme au Royaume-Uni –, la modification de la Constitution du Commonwealth requière une procédure bien plus exigeante¹⁰. On parle donc de Constitution consolidée ou renforcée, bien qu'il n'existe pas de terme en langue française assez précis pour traduire ce concept anglo-saxon. Il est impossible d'y apporter des modifications ou de la réformer sans un référendum accepté par une majorité des électeurs dans une

⁷ *An Overview Of The Whitlam Dismissal* (29 July 2011), Whitlamdismissal.com <<http://whitlamdismissal.com/overview/>>; Gough Whitlam, 'Whitlam's Press Conference Following The Dismissal' (Conférence, 11 Novembre 1975) <http://whitlamdismissal.com/speeches/75-11-11_whitlam-press-conference.shtml>.

⁸ *Australia's Prime Ministers – Malcolm Fraser*, Australian Government – National Archives of Australia <<http://primeministers.naa.gov.au/primeministers/fraser/>>.

⁹ *Key results* (28 July 2011) Australian Electoral Commission <http://www.aec.gov.au/Elections/referendums/1999_Referendum_Reports_Statistics/Key_Results.htm>; voy. également Peter Hanks, Patrick Keyzer et Jennifer Clarke, *Australian Constitutional Law* (LexisNexis Butterworths, 7^e ed, 2004) 4.

¹⁰ Voy, la procédure établie par l'article 128 du *Commonwealth of Australia Constitution Act* (Cth).

majorité des États. Il y a bien eu un certain nombre de référendums, mais très peu aboutirent. Le référendum le plus connu est celui de 1967 lorsque les citoyens ont voté pour l'inclusion des peuples aborigènes dans le recensement¹¹. Une telle décision avait pour conséquence de les inclure dans le calcul du nombre des Représentants à la Chambre issus de chaque État, et de leur octroyer un droit de vote aux élections fédérales. Les Aborigènes ne font pas l'objet d'un traitement particulier au sein de la Constitution ; mis à part quelques droits assurés par des lois ordinaires du Commonwealth et des États, ils ne jouissent pas de droits constitutionnels et territoriaux uniques.

La structure fédérale

L'Australie est un État fédéral, constitué de six États, chacun jouissant de pouvoirs législatifs. Les États préexistaient au Commonwealth en tant que colonies britanniques autonomes pendant la seconde moitié du 19^e siècle. La première colonie était celle du New South Wales. Au départ, il ne s'agissait que d'une colonie pénitentiaire dirigée par un Gouverneur aux pouvoirs quasi-dictatoriaux. Par la suite, elle s'est développée en un système politique autonome, doté de son propre Parlement, son propre Gouvernement et son propre système judiciaire. Plusieurs parties du Continent Australien furent ensuite séparées du New South Wales pour former des États coloniaux : aux côtés du New South Wales, on compte désormais le Victoria, le Queensland, la Tasmanie, l'Australie du Sud et l'Australie de l'Ouest. Certains de ces États n'accueillirent jamais de détenus Britanniques.

Une fois les colonies autonomes, le Gouvernement et le Parlement Britannique n'intervenaient que rarement dans les affaires coloniales – bien que théoriquement, ils en avaient toujours le pouvoir jusqu'au 20^e siècle. Ce n'est qu'en 1986 que tout pouvoir du Parlement à Londres concernant l'Australie fut formellement aboli par l'adoption par le Commonwealth¹² et par le Parlement britannique¹³ de lois identiques entérinant la rupture définitive de tout lien juridique entre les deux pays¹⁴. C'est à partir de ce moment que l'indépendance de fait qui régnait en Australie fut formalisée et officiellement consacrée. La conséquence pratique majeure de ce détachement final par rapport à l'Angleterre fut celle de l'abolition complète du recours au Privy Council à Londres.

Lorsque, suite aux plébiscites des années 1890, les différentes colonies décidèrent de s'unifier en un Commonwealth Australien, la volonté du peuple et des politiciens des États était de créer une structure fédérale avec une économie intégrée et une nation indépendante, tout en maintenant les États déjà en place. Ils acceptèrent de transférer certains pouvoirs au nouveau Parlement du Commonwealth ; ces pouvoirs sont repris dans la Constitution¹⁵. Lorsque le Commonwealth décide de légiférer dans l'une de ces matières, toute législation émanant d'un État fédéré et qui y serait contraire devient ipso facto

¹¹ Pour de plus amples informations sur ce référendum, voy. Bain Attwood et Andrew Markus, *The 1967 referendum: race, power and the Australian Constitution* (Aboriginal Studies Press, 2^e ed., 2007).

¹² *Australia Act 1986* (Cth).

¹³ *Australia Act 1986* (UK).

¹⁴ Pour de plus amples informations sur les *Australia Acts 1986*, voy. notamment Anne Twomey, *The Australia Acts 1986 – Australia's Statutes of Independence* (The Federation Press, 2010).

¹⁵ Voy., entre autres, *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Cth), s 51, 52.

*inapplicable*¹⁶. Il y a cependant des matières importantes qui ne sont pas transférées au Commonwealth et relèvent dès lors des pouvoirs résiduels des États¹⁷. En cela l'Australie diffère du Canada où c'est l'État fédéral qui dispose du pouvoir résiduel. En dehors de cela, l'Australie ressemble beaucoup au Canada dont la Reine est également le Chef d'État. Il en va de même pour la Nouvelle Zélande, où le recours au Privy Council n'a été supprimé que très récemment.

La High Court, dont le siège est à Canberra, est le recours judiciaire ultime en Australie¹⁸. Ainsi, en tant que cour de dernier ressort, elle est compétente pour trancher toutes questions de droit, y compris celles d'ordre constitutionnel. Son rôle le plus significatif est la résolution des litiges assez fréquents entre les États et le Commonwealth concernant les pouvoirs législatifs respectifs. Depuis 1901, la Cour interprète de manière très libérale les dispositions conférant au Commonwealth des pouvoirs législatifs, ces derniers s'étant ainsi considérablement étendus avec le temps, et ce, fort probablement au-delà de ce que les Pères Fondateurs de la Constitution avaient pu envisager à l'époque¹⁹.

Le résultat aujourd'hui est celui d'un Commonwealth jouissant d'un pouvoir immense au sein de la fédération. A titre d'exemple, les principaux impôts, à savoir les impôts sur les revenus personnels et les impôts sur les sociétés, sont perçus par le Commonwealth et ensuite redistribués aux États ; cela donne bien évidemment un pouvoir politique très important à l'État fédéral. Cette compétence fiscale permet au Commonwealth d'occuper une position très forte au sein de la Fédération en ce qu'il peut attacher certaines conditions à la redistribution du produit des impôts. Il peut par exemple requérir la mise en œuvre de certains programmes ou imposer des conditions aux transferts fiscaux. Un autre exemple révélateur du pouvoir du Commonwealth est celui du 'corporations power': il s'agit du pouvoir du Parlement fédéral d'adopter des lois relatives aux sociétés²⁰, ce qui lui a permis de légiférer de nombreuses activités commerciales – la seule condition étant que ces activités soient conduites par des entreprises. La loi sur les pratiques commerciales²¹ est un bon exemple de ce pouvoir. Cette loi régit la conduite des entreprises Australiennes seulement et non les activités commerciales des particuliers qui, elles, relèvent des États. Il y avait donc jusqu'à récemment une Loi du Commonwealth concernant les pratiques commerciales des sociétés et six Lois des États parallèles mais divergentes concernant les pratiques commerciales des particuliers. C'est une illustration typique parmi tant d'autres de la complexité de la législation en Australie.

L'accroissement considérable des pouvoirs législatifs du Commonwealth a également été facilité par la prolifération des traités internationaux au cours du 20^e siècle. Seul le Gouvernement fédéral peut engager l'Australie par la conclusion de traités contraignants; il est également le seul à pouvoir les mettre en œuvre. Le pouvoir de légiférer conformément aux traités a beaucoup renforcé la position du Commonwealth au sein de la fédération, notamment en ce qui concerne le droit de l'environnement.

¹⁶ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s 109.

¹⁷ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s 107, 108.

¹⁸ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s 73.

¹⁹ Leslie Zines, *The High Court and the Constitution* (The Federation Press, 2008).

²⁰ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s 51(xx).

²¹ Trade Practices Act 1974 (Cth).

La Constitution autorise également le Parlement du Commonwealth à légiférer sur n'importe quelle matière lorsque les États fédérés y consentent. Cela a eu lieu récemment, par exemple en ce qui concerne les pratiques commerciales mentionnées ci-dessus : alors que ces pratiques étaient auparavant réglementées par le Commonwealth en ce qui concerne les entreprises mais par les États lorsque relatives aux particuliers, les États ont maintenant accepté de transférer au Commonwealth leur compétence d'adopter un corps de lois uniformes en matière de pratiques commerciales pour tous les commerçants : cela déboucha sur l'adoption de la Australian Consumer Act en 2011²².

Alors que le Commonwealth légifère dans la plupart des matières relatives à l'économie, les finances, les impôts, le droit de la famille, la propriété intellectuelle et autre, les États restent compétent en ce qui concerne le droit pénal, le droit de la propriété foncière, et tant d'autres matières.

Il faut cependant noter que certaines matières sont restées exemptes de toute intervention législative, n'étant régulées ni par le Parlement du Commonwealth, ni par ceux des États. Cela s'explique par l'héritage du système Britannique du common law et de sa règle du précédent selon laquelle les décisions judiciaires restent les seules sources de droit dans certains domaines juridiques.

Il y a également de nombreux domaines où le Commonwealth et les États ont des compétences partagées. On peut citer pour exemple l'environnement, les soins de santé et l'éducation/enseignement. La distribution des pouvoirs législatifs et donc politiques débouche souvent sur des impasses politiques entre le Commonwealth et certains ou tous les États – surtout si le gouvernement d'un des États fédérés a une formation politique différente de celle du Commonwealth. C'est le cas par exemple pour les soins de santé, l'environnement et les questions d'infrastructure.

Ces situations déclenchent souvent des appels aux réformes politiques et une plus grande intégration de la réglementation afin d'éviter la paperasserie ou les législations dédoublées pour une seule et même matière. Quoiqu'il en soit, il faut admettre que dans certains domaines le Commonwealth et les États ont réussi à travailler efficacement ensemble (en matière de pratiques commerciales par exemple). Dans d'autres domaines les efforts d'uniformisation législative n'ont que partiellement réussis : ainsi, par exemple, malgré les efforts de tous les États et du Commonwealth pour la rédaction d'un Code sur le Droit des preuves – une matière centrale dans les pays du Common law – certains États se rétractèrent au dernier moment et décidèrent de ne pas adopter cette loi uniforme²³. A l'heure actuelle, le droit des preuves diffère toujours entre certains États et le Commonwealth²⁴. Nous nous passerions bien de ce genre de complexité.

²² *Fair Trading (Australian Consumer Law) Act 1992 (ACT) ; Trade Practices Amendment (Australian Consumer Law) Act 2010 (Cth); Fair Trading (Australian Consumer Law) Amendment Act 2010 (Qld) ; Statutes Amendment and Repeal (Australian Consumer Law) Act 2010 (SA); Australian Consumer Law Act 2010 (Tas); Fair Trading Amendment (Australian Consumer Law) Act 2010 (Vic); Fair Trading Act 2010 (WA).*

²³ *Enfin, seules deux entités adoptèrent le Code négocié : le Commonwealth (Evidence Act 1995) et la Nouvelle-Galles du Sud (Evidence Act 1995).*

²⁴ *Diversité et complexité sont les maîtres mots :*

- *Australian Capital Territory: Evidence Act 1971 et 2011 ; Evidence (Miscellaneous Provisions) Act 1991.*

Tout cela indique que le système constitutionnel et la répartition des compétences entre le Commonwealth et les États ont beaucoup évolué au cours du 20^e siècle. Il est fort probable que les Fondateurs n'aient pas imaginés une telle expansion du pouvoir du Commonwealth. L'écart entre les idées et les intentions originales d'une part et la réalité du système politique d'aujourd'hui d'autre part s'illustre également dans le fonctionnement du Sénat fédéral. A l'origine, le Parlement bicaméral du Commonwealth avait été conçu comme un élément constitutif de la nature fédérale du système. Il avait le rôle de 'States' Chamber' (Chambre des États) où les intérêts de chaque État seraient défendus par les sénateurs élus. C'est la raison pour laquelle chaque État a le même nombre de sénateurs : le Sénat fonctionnerait comme contrepoids à la Chambre des Députés, où les États les plus peuplés seraient beaucoup plus puissants. Cela ne se passe pas du tout comme cela dans la réalité: les Sénateurs votent selon les intérêts de leur parti et non ceux des États. Le Sénat ne fonctionne donc guère comme 'States' House'.

Tous ces éléments illustrent à quel point le texte constitutionnel est dépassé par la réalité du fonctionnement actuel des institutions gouvernementales.

Séparation des pouvoirs et Westminster system

Le système constitutionnel Australien combine les caractéristiques du modèle parlementaire britannique et du modèle fédéral Américain. La séparation des pouvoirs – ou, en d'autres mots, le système tripartite de Montesquieu²⁵ – est reconnu comme un élément crucial de notre système gouvernemental. Toutefois, nous fonctionnons également selon le 'Système de Westminster'. Le pouvoir exécutif (c'est-à-dire les ministres de la Couronne étant membres du Parlement) joue donc également un rôle législatif. Ils sont

-
- Commonwealth: Evidence Act 1995 ; Foreign Evidence Act 1994.
 - New South Wales: Evidence Act 1995; Evidence on Commission Act 1995; Evidence (Audio and Audio Visual Links) Act 1998; Parliamentary Evidence Act 1901.
 - Northern Territory: Evidence Act 1939; Evidence (Business Records) Interim Arrangements Act 1984; Sexual Offences (Evidence and Procedure) Act 1983.
 - Queensland: Evidence Act 1977; Evidence and Discovery Act 1867; Evidence on Commission Act 1988; Evidence (Attestation of Documents) Act 1937; Recording of Evidence Act 1962.
 - South Australia: Evidence Act 1929; Evidence (Affidavits) Act 1928.
 - Tasmanie: Evidence Act 2001; Evidence on Commission Act 2001; Evidence (Audio and Audio Visual Links) Act 1999; Evidence (Children and Special Witnesses) Act 2001.
 - Victoria: Evidence Act 2008; Evidence (Commission) Act 1982; Evidence (Miscellaneous Provisions) Act 1958
 - Western Australia: Evidence Act 1906.

²⁵ Voy. Montesquieu, *L'esprit des Lois* (1758). Y furent formulées de célèbres phrases telles que « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » ou encore « Il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoir : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du choix des gens et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. [...] Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté; [...] il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. » ; voy. également J. F. Corkery, *Starting Law* (Scribblers Publishing, 2^e ed., 2002) 50.

responsables devant la Chambre à laquelle ils appartiennent²⁶. Le Premier Ministre est normalement issu du parti politique qui commande la majorité des votes de la Chambre des Députés.

Il s'est néanmoins souvent avéré que le parti majoritaire à la Chambre des Représentants se retrouve minoritaire au Sénat. Étant donné que tout projet de loi doit être approuvé tant par la Chambre que le Sénat, le Premier Ministre et son parti doivent souvent négocier avec d'autres partis siégeant au Sénat pour faire passer des projets de loi. Cela implique généralement des négociations avec des partis minoritaires ou des sénateurs indépendants. Les grands partis qui sont souvent en position de former le gouvernement sont le Parti Travailleiste, actuellement au pouvoir, et la coalition Libéral/Nationaliste. Les partis minoritaires les plus importants au Sénat étaient les Démocrates dans le passé et les Verts aujourd'hui. Les sénateurs indépendants ont souvent leurs propres agendas politiques spécifiques. Le sénateur Xenophon, par exemple, représentant l'Australie du Sud, a pour objectif principal la suppression des machines à sous, très nombreuses dans les clubs Australiens²⁷.

La situation actuelle – où aucun des principaux partis (travailleiste ou coalition libéraux / nationalistes) n'a obtenu la majorité dans la Chambre des Représentants lors du dernier scrutin²⁸ – est sans précédent. Pour la première fois, la composition du Gouvernement fut décidée par les députés indépendants. Et ils ont décidé de supporter le Parti Travailleiste dirigé par Julia Gillard²⁹ plutôt que le Parti Libéral/Nationaliste de Tony Abbott³⁰. Cela signifie que le Gouvernement – bien qu'il doive avoir la confiance des indépendants de la Chambre –, doit négocier à la fois avec les indépendants de la Chambre d'une part et les indépendants et partis minoritaires au Sénat d'autre part pour faire passer les projets de loi. Il s'agit là d'une tâche ardue et demandant beaucoup de temps. Alors que l'actuelle Première Ministre dépend du support des indépendants à la Chambre, tous les ministres appartiennent en fait au parti Travailleiste.

Bien que la séparation des pouvoirs soit essentielle, l'adoption du système de Westminster a pour conséquence d'avoir des membres du gouvernement exécutif (ministres, secrétaires d'état, attaché ministériel, etc.) également membres du pouvoir législatif, c'est-à-dire membres de la Chambre ou du Sénat. Dès lors, la séparation des pouvoirs la plus évidente et cruciale est celle entre la branche judiciaire et les deux autres pouvoirs. En d'autres mots, la mise en œuvre la plus évidente de la théorie de la séparation du pouvoir s'illustre dans l'indépendance des juges. Une fois nommé par le Gouvernement, un juge ne peut être révoqué que par le Parlement, et uniquement en cas de faute grave ou d'incapacité. Heureusement, cela n'arrive que très rarement. Je reviendrai aux nominations et fonctions judiciaires plus tard.

²⁶ J. F. Corkery, *Starting Law* (Scribblers Publishing, 2^e ed., 2002) 50.

²⁷ Voy. le site internet officiel et personnel du sénateur Nick Xenophon (<http://www.nickxenophon.com.au/>) ; pour en savoir plus sur sa politique de suppression des machines à sous, voy. le site internet <http://www.nickxenophon.com.au/itsabigfatlie/>.

²⁸ *43rd Parliament: List of Members by Political Party* (27 July 2011), Parliament of Australia – House of Representatives <<http://www.aph.gov.au/house/members/mi-party.asp>>.

²⁹ *Your Government* (27 July 2011) Prime Minister of Australia, the Hon Julia Gillard MP <<http://www.pm.gov.au/your-government>>.

³⁰ Voy. le site internet officiel et personnel de Tony Abbott: <http://www.tonyabbott.com.au/>.

Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales

L'Australie, tout comme le Royaume-Uni, ne dispose pas d'une Déclaration de Droits de l'Homme établie dans la constitution³¹. Certains droits de l'homme sont consacrés dans la Constitution fédérale³², mais pas de façon systématique ou complète. D'autres tels que l'égalité raciale ou l'égalité des sexes³³ ne sont protégés que par la législation des États fédérés. La High Court a récemment confirmé que la liberté d'expression politique – fondamentale – est implicite et découle de la structure et des fondements démocratiques de la Constitution³⁴; il n'existe toutefois pas de disposition expresse sur laquelle fonder cette jurisprudence.

Toujours relative aux Droits de l'Homme et tout aussi intéressante est la question relative aux peuples autochtones ou aborigènes. La Constitution ne les reconnaît pas en tant que 'Nation Première' ou habitants d'origine et 'propriétaires' du continent; elle ne reconnaît pas plus leurs coutumes et normes juridiques. Cependant, aujourd'hui, une proposition de reconnaissance du peuple autochtone dans le préambule de la Constitution est en cours d'étude³⁵.

Il faut savoir qu'en Australie, dès le premier jour où la Flotte Anglaise a débarqué sur le continent pour établir une colonie pénitentiaire, les institutions juridiques ont opéré selon une fiction juridique d'après laquelle l'Australie était une terra nullius, une terre sans lois existantes et n'appartenant à aucun peuple³⁶. La conséquence de cette fiction fut désastreuse pour les tribus et groupes autochtones qui se virent privés de tous droits sur leurs terres. De nombreuses tribus autochtones furent chassées de leurs terres ancestrales à l'époque coloniale pour laisser place à l'agriculture et autres activités économiques.

³¹ Peter Hanks, Patrick Keyzer et Jennifer Clarke, *Australian Constitutional Law* (LexisNexis Butterworths, 7th ed, 2004) 924.

³² Voy., pour exemple, *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth)*, s 51(xxxi), 80, 92, 116, 117.

³³ Prenons pour exemple le Queensland : *Anti-Discrimination Act 1991*.

³⁴ *Nationwide News Pty Ltd v Wills* (1992) 177 CLR 1; *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106

³⁵ Un panel d'experts ('Expert Panel on Constitutional Recognition of Indigenous Australians') a été mis en place afin de se pencher sur la question; pour de plus amples informations, voy notamment *Expert Panel on Constitutional Recognition of Indigenous Australians* (4 May 2011) Australian Government – Department of Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs <http://www.fahcsia.gov.au/sa/indigenous/progserv/engagement/Pages/communiqué_expert_panel_indig_0405_2011.aspx>; *About You Me Unity* (2011) You Me Unity – Equality and Recognition <<http://www.youmeunity.org.au/about>>.

³⁶ Le discours de Lord Watson dans *Cooper v Stuart* est limpide quant à l'application de cette théorie de *terra nullius* en vigueur à l'époque de la colonisation du continent Australien par les colons Britanniques : « The extent to which English law is introduced into a British Colony, and the manner of its introduction, must necessarily vary according to circumstances. There is a great difference between the case of a Colony acquired by conquest or cessions, in which there is an established system of law, and that of a Colony which consisted of a tract of territory practically unoccupied, without settled inhabitants or settled law, at the time when it was peacefully annexed to the British dominions. The Colony of New South Wales belongs to the latter class. In the case of such a colony ... the Imperial Parliament ... may by statute declare what parts of the common and statute law of England shall have effect within its limits. But, when that is not done, the law of England must (...) become from the outset the law of the colony (...) In so far as it is reasonably applicable to the circumstances of the Colony, the law of England must prevail, until it is abrogated or modified (...) by statute" (*Cooper v Stuart* (1889) 14 App Cas 286, 291).

Une des décisions récentes les plus importantes de la High Court fut celle de Mabo³⁷, suivie ensuite par la décision dite 'Wik'³⁸. Dans ces décisions, la Cour renversa l'approche qui prévalu pendant des siècles, rejetant la théorie de la terra nullius et reconnaissant aux peuples autochtones des droits préexistants attachés à la terre ancestrale et dénommés 'titre autochtone' ('native title'). Il a fallu attendre un an avant que ces droits consacrés par la jurisprudence soient reconnus légalement par l'adoption en 1993 du Native Title Act³⁹ par le Parlement fédéral. Cette loi non seulement fixe les conditions pour une reconnaissance formelle des droits aborigènes sur des terres spécifiques mais tente aussi de faire coexister les titres fonciers autochtones avec les autres droits fonciers. Aujourd'hui, ces droits donnent accès à des terres avec lesquelles certains groupes ou tribus ont maintenu des contacts continus, pour la pêche, la chasse, la célébration de rites ancestraux, etc. Malgré certaines reconnaissances obtenues par négociation, la procédure juridique telle qu'établie par le Native Title Act est laborieuse, coûteuse et longue. Les droits obtenus ne sont pas non plus constitutifs d'une possession absolue de la terre. De plus, la loi exige que la tribu prouve l'existence d'une liaison continue avec ces terres ancestrales ; toutefois, comme nous l'avons vu, la plupart des tribus ont été forcées de quitter leurs terres dans le passé, ce qui rend cette condition juridique très difficile à satisfaire.

La législation fédérale (le Native Title Act) n'est pas la seule à réglementer cette matière. Les États et Territoires aussi – par le biais de leurs propres cadres législatifs⁴⁰ – reconnaissent le titre aborigène sur certaines terres ou à certains groupes. Toutes ces réglementations ont eu pour conséquence l'obtention par les groupes autochtones vivant dans les zones rurales et Outback⁴¹ de redevances en vue de permettre des activités minières et industrielles. Il est souvent nécessaire de négocier avec certains groupes avant d'établir une opération minière.

Il y a à l'heure actuelle un débat considérable sur l'introduction d'une Déclaration des Droits de l'Homme (Bill of Rights) au niveau fédéral qui donnerait aux tribunaux le pouvoir de refuser l'application d'une loi qui violerait ces droits. Une Consultation⁴² s'est récemment penchée sur la question, mais n'a pas jugé nécessaire de recommander l'adoption d'un système de type américain ou français. Mettre en place une

³⁷ *Mabo v Queensland* (1992) 175 CLR 1 ; 66 ALJR 408.

³⁸ *Wik Peoples v Queensland* (1996) 187 CLR 1; 134 ALR 637.

³⁹ *Native Title Act 1993* (Cth).

⁴⁰ Chaque État fédéré a adopté son propre cadre législatif :

- Australian Capital Territory : *Native Title Act 1994*;
- New South Wales: *Native Title (New South Wales) Act 1994*;
- Northern Territory: *Validation (Native Title) Act 1994*;
- Queensland: *Native Title (Queensland) Act 1993*;
- South Australia: *Native Title (South Australia) Act 1994*;
- Tasmanie: *Native Title (Tasmania) Act 1994*;
- Western Australia: *Native Title (State Provisions) Act 1999; Titles (Validation) and Native Title (Effect of Past Acts) Act 1995* .

⁴¹ L'Outback désigne les terres éloignées et à l'écart des villes. En Australie, il s'agit principalement du centre du Continent, l'activité humaine se concentrant principalement sur les côtes.

⁴² 'National Human Rights Consultation' (Report September 2009) <http://www.humanrightsconsultation.gov.au/www/nhrcc/nhrcc.nsf/Page/Report_NationalHumanRightsConsultationReportDownloads>.

Déclaration des Droits de l'Homme nécessite des modifications au sein de la Constitution fédérale mais comme nous l'avons vu précédemment, cela s'avère être une opération délicate et difficile au vu de la nécessité d'obtenir la majorité des voix dans la majorité des États lors d'un Référendum⁴³. Cette exigence s'explique par l'inquiétude qu'ont toujours eu de nombreux juristes Australiens ainsi que l'opinion publique d'accorder trop de pouvoir aux juges dans l'hypothèse d'une Déclaration des droits de l'Homme rédigée en termes vagues. On craint que le pouvoir politique passe du Parlement élu par le peuple aux juges non élus. C'est pourquoi un changement au niveau fédéral semble peu probable. Bien plus vraisemblable serait l'hypothèse du développement d'une législation des Droits de l'Homme au niveau des États, soit de manière spécifique (comme, par exemple, les lois interdisant la discrimination), soit de manière plus générale (dans la forme d'une Charte, comme il en existe déjà une dans l'État de Victoria⁴⁴).

Etant donné que les droits fondamentaux ne sont pas protégés au niveau constitutionnel fédéral la jurisprudence de la High Court se sent bien moins concernée par les droits de l'homme que le sont les cours françaises et américaines. La plupart des décisions de la Cour ont trait à la répartition des compétences entre les États et le Commonwealth et autres provisions constitutionnelles de caractère plus technique ou opérationnel, telles que le libre commerce entre États⁴⁵. Contrairement à l'Europe, il n'y a bien sûr aucun recours à une quelconque cour internationale ou régionale dont l'objet primaire serait la protection des Droits l'Homme.

Quelques données historiques

L'absence d'une protection constitutionnelle systématique des Droits fondamentaux au niveau fédéral s'explique par l'adoption du modèle constitutionnel anglais⁴⁶ qui, à l'époque, ne possédait pas non plus de Constitution écrite protectrice des droits de l'homme. Lors de la colonisation de notre continent, la « Rule of Law », les anciens droits du common law ainsi que l'indépendance des tribunaux étaient perçus en Grande-Bretagne comme garantissant la protection des droits des citoyens. Le Commonwealth se différenciat peu des colonies préexistantes qui n'avaient pas de chartes et reposaient aussi sur le common law, l'indépendance des tribunaux et le pouvoir des électeurs afin d'assurer le respect des droits fondamentaux. Avant l'établissement de parlements locaux et autonomes au sein des colonies, les lois en vigueur en Australie étaient celles du Royaume-Uni, bien que les cours jouissaient d'une ample autonomie et que les premiers gouverneurs des colonies avaient des pouvoirs quasi-dictatoriaux. Lorsque le système anglais du common law a été introduit en Australie, les citoyens jouissaient des mêmes droits et protections que les sujets Britanniques. Cela par contre concernait moins les détenus et les Aborigènes locaux. Bien que le Gouvernement anglais demandait un traitement correct des Aborigènes, la réalité sur place fut toute autre en ce qu'ils souffrèrent malheureusement souvent d'abus et d'un défaut de la protection censée être accordé par la loi.

⁴³ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s 128.

⁴⁴ Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (Vic).

⁴⁵ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s 92.

⁴⁶ Russell Hinchy, *The Australian Legal System – History, Institutions and Method* (Pearson Education Australia, 2008) 27 et s.

Au fur et à mesure que les colonies autonomes se développèrent au 19^e siècle, leurs Parlements commencèrent à passer des lois locales et bien que le Parlement à Westminster s'était réservé le droit de légiférer pour les colonies Australiennes, cela n'arriva que très rarement. Les colonies étaient en fait fortement indépendantes. Cette situation se trouva d'autant plus renforcée au 20^e siècle où une législation locale croissante, tant au niveau Étatique que Fédéral, remplaça peu à peu les lois anglaises ou modifia l'évolution du droit du common law. Bien que le recours au Privy Council persista presque jusqu'à la fin du 20^e siècle, les tribunaux australiens développèrent leur propre jurisprudence, prêtant de moins en moins attention aux précédents anglais. Quoiqu'il en soit, les décisions judiciaires émanant des cours Britanniques ou d'autres pays du common law (tels que la Nouvelle Zélande ou le Canada) jouissent toujours d'une certaine autorité – bien que non contraignante – auprès des cours Australiennes. Lorsque le droit local est peu développé, les juristes Australiens se réfèrent systématiquement aux décisions anglaises pour convaincre les cours de la pertinence de leur argumentation ou de leur point de vue en ce qui concerne l'état du droit sur la question concernée.

Il faut également noter que le droit anglais lui-même s'est démarqué de plus en plus de celui des ex-colonies en raison de l'intégration Européenne ainsi que de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de la Cour de Justice Européenne. La prédominance des lois émanant des Parlements et le décroissement de l'importance du common law qui s'ensuivit ont également eu pour conséquence que le droit des pays du common law est aujourd'hui moins rigide qu'il ne l'était dans le passé, c'est-à-dire quand il était principalement fondé sur les décisions des tribunaux.

La codification en Australie

La Grande Bretagne importa son système légal en Australie lors de la colonisation – d'abord en tant que colonie pénitentiaire, ensuite par des colons 'libres'. Le common law anglais fut d'application sur le territoire dès ce moment-là et c'est pourquoi notre système actuel suit celui du common law. Cela signifie qu'il y a deux sources de droit : les lois et la jurisprudence (les jugements). Les traités internationaux ratifiés par l'Australie ne font pas automatiquement partie de notre cadre légal; ils n'ont pas d'effet direct. Il n'existe pas non plus de recours auprès d'une cour internationale ou régionale en dehors des frontières australiennes.

La jurisprudence constitue toujours la seule source de droit dans certains domaines où les lois ne sont pas venues régler la matière. Néanmoins, tout comme dans les autres pays fonctionnant selon le modèle du common law, l'importance des jugements comme source de droit a néanmoins fortement diminuée. Cela s'explique par une intervention de plus en plus importante des législateurs et une production législative telle que les juristes du 19^e siècle auraient peine à y croire. Les lois prévalent toujours sur la common law. Historiquement, les lois étaient souvent partielles et curatives dans le monde du common law. Elles réglaient certains aspects juridiques dans un domaine particulier, mais laissaient le common law intact dans l'ensemble. Les amendements redressaient les anomalies et les règles archaïques ou trop rigides. Nous pouvons citer pour exemple le droit relatif à la preuve, le droit pénal, certains aspects du droit des contrats, ou encore le droit de la responsabilité civile. Ces législations correctives sont normalement très détaillées : le législateur veut éviter que les cours et avocats tentent

de retourner aux règles de la common law. Seules des règles précises et explicites pouvaient atteindre cet objectif.

En général, les réformes législatives sont entamées par une Commission de Réforme du Droit (Law Reform Commission) Nationale⁴⁷ ou Étatique⁴⁸ à la demande du Gouvernement de l'État, du Territoire ou du Commonwealth. Le Gouvernement identifie les zones préoccupantes ou faisant face à des impératifs politiques et qui, dès lors, appellent à révision. La Commission consulte les juristes et le public pour ensuite rédiger un Rapport soumettant les propositions d'amendements. Le Gouvernement publie ensuite une réponse où il précise s'il accepte ou rejette certaines ou toutes les propositions. En fonction de cette réponse, le Gouvernement commande aux rédacteurs parlementaires de rédiger une proposition de loi à soumettre au Parlement.

Il y a eu plus récemment une tendance à essayer de codifier certains domaines du droit de manière plus globale et de remplacer tout le common law relatif à une même matière juridique par un code. L'Australie tend plutôt à suivre l'approche anglaise traditionnelle qui consiste plus à codifier le common law existant tout en faisant quelques réformes. On essaye d'uniformiser des éléments disparates en règles plus uniformes, plus générales. De tels 'codes' résultent aussi de la volonté en Australie de produire des lois harmonisées et uniformes pour tous les États et le Commonwealth. Cela s'oppose à la méthode française où les règles plus précises sont déduites de principes généraux.

En parlant de Code, le Code Pénal Griffith – qui doit son nom à Sir Samuel Griffith – en est un exemple intéressant. Adopté par le Queensland⁴⁹ et l'Australie de l'Ouest⁵⁰, et, en version adaptée, aussi par la Tasmanie et le Northern Territory, ce code couvre tous les crimes et infractions, ainsi que les peines. Il contient quelques éléments de procédure pénale. Il n'y a cependant pas un code de procédure pénale distinct, cette matière étant aussi réglementée par d'autres instruments – dans le Queensland par exemple, le Code est complété par la Loi sur la preuve de 1977⁵¹ ainsi que la Loi relative aux pouvoirs de police et responsabilités⁵². Il est intéressant de noter que Griffith a tiré une partie de son inspiration dans

⁴⁷ Voy. le site internet officiel du Australian Law Reform Commission : <http://www.alrc.gov.au/>.

⁴⁸ Chaque État fédéré a sa propre Commission :

- Victoria : Victorian Law Reform Commission – <http://www.lawreform.vic.gov.au/>;
- Queensland : Queensland Law Reform Commission – <http://www qlrc.qld.gov.au/>;
- New South Wales: New South Wales Law Reform Commission – <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc/>;
- Western Australia: Law Reform Commission of Western Australia – <http://www.lrc.justice.wa.gov.au/>;
- Northern Territory: Northern Territory Law Reform Committee – <http://www.nt.gov.au/justice/policycoord/lawmake/lawref.shtml>;
- Tasmanie: Tasmanian Law Reform Institute – <http://www.law.utas.edu.au/reform/>;
- South Australia: South Australian Law Reform Institute – <http://www.law.adelaide.edu.au/reform/>.

⁴⁹ *Criminal Code Act (incorporating the Criminal Code) 1899* (Qld).

⁵⁰ *Criminal Code Act Compilation Act 1913* (WA)

⁵¹ *Evidence Act 1977* (Qld).

⁵² *Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld).

des codes de juridictions civiles, et plus précisément le Code Pénal Italien de 1899 (le 'Code Zanardelli')⁵³. Le Code Griffith fut aussi adopté dans d'autres juridictions de common law, telle que Chypre. Pour les deux États Australiens concernés, la codification du Code Griffith est généralement perçue comme une réussite. Les autres États et le Commonwealth ont leur propre droit pénal, basés à la fois sur des lois et le common law. Cela illustre les difficultés qui peuvent survenir au sein du système australien, à savoir l'application de lois fort différentes dans des domaines juridiques qui n'appellent pourtant pas à une telle différenciation. En effet en Australie, il n'y a pas de grande différence sociale ou culturelle entre les États telle qu'il y en a entre les juridictions des nations Européennes qui justifieraient des différences de traitement. Les causes de ce patchwork dans les cadres légaux sont historiques et les différences toujours difficiles à éliminer – un avertissement pour l'Europe! Les différences entre les États engendrent bien sûr des coûts, tant en termes de conseils juridiques qu'en termes de divergences et contradictions⁵⁴.

Il manque parfois une réelle volonté politique d'éliminer les différences dans les domaines juridiques disparates. A titre d'exemple, les États et le Commonwealth se sont embarqués dans une aventure commune qui consiste à élaborer une réforme législative importante en vue d'établir un Code du droit de la preuve. Lorsqu'une proposition de code fut finalisée après de considérables efforts, quelques États se sont retirés au dernier moment et ont refusé de l'adopter. Au final, le Commonwealth, Victoria et New South Wales ont maintenant la même Loi sur la preuve⁵⁵; dès lors, bien que les divergences ne soient pas profondes, il subsiste des différences notables parmi les législations fédérées⁵⁶. En conséquence, à l'heure actuelle, des différences en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve subsistent.

Il en va de même pour la réglementation de la profession légale (en termes d'admission, de discipline, etc.)⁵⁷. Les règles sont établies au niveau des États avec pour conséquence, bien évidemment, de multiples régimes différents et ce, malgré des tentatives récentes et toujours en cours de créer un règlement professionnel national uniforme⁵⁸.

⁵³ Pour plus d'informations à ce sujet, voy. K A Cullinane, 'The Zanardelli Code and Codification in the Countries of the Common Law' (2000) 7 *James Cook University Law Review* 119. Tasmanie et le Northern Territory adopteront la loi uniforme prochainement.

⁵⁴ Pour de plus amples informations sur les coûts du système judiciaire, voy. Dorne Boniface et Michael Legg, 'Cost, Delay and Justice : The High Court of Australia Recognizes the Importance of Case Management in Civil Litigation – Aon Risk Services Australia Limited v Australian National University' (2010) 39(2) *Common Law World Review* 157; IMF (Australia) Limited, 'Victorian Law Reform Commission: Civil Justice Review' (April 2007) <http://www.imf.com.au/pdf/20070411_SubmissionToVictorianCivilJusticeReview.pdf>; Elizabeth Ellis, *Principles and Practice of Australian Law* (Thomson Reuters, 2e ed., 2009) 141-2.

⁵⁵ *Evidence Act 1995* (Cth); *Evidence Act 1995* (NSW).

⁵⁶ Voy. *supra* n° 20.

⁵⁷ Pour un panorama des règles applicables à la profession juridique, voy. James Tumbridge, *Tumbridge's Guide to Legal Qualification: The Common Law World* (Carswell, 2010) 3-30.

⁵⁸ Voy. récemment le 'National Legal Profession Reform Project – Consultation Package' (Projetct, 14 Mai 2010, Council of Australian Governments) <<http://www.nswbar.asn.au/cpdattachs/Consultation%20Package.PDF>>; la doctrine est également florissante sur le sujet; voy. notamment Robert McClelland, 'National Legal Profession Reform' (2010) 37(2) *Brief* 13; Jan Martin, 'National Legal Profession Regulation: is there a case for reform?' (2010) 32(1) *Bulletin (Law Society of South Australia)* 18; Mark Moshinsky, 'The National Profession Reforms: an Overview'

Il faut toutefois noter des exemples réussis d'uniformisation législative, le meilleur et le plus récent étant l'adoption de la Loi uniforme sur le consommateur concernant les pratiques commerciales et la protection du consommateur dans tous les États et le Commonwealth⁵⁹. Il y avait auparavant différents régimes concernant les pratiques commerciales des particuliers dans les États, ainsi qu'une loi fédérale sur les pratiques commerciales des sociétés.

Stare Decisis⁶⁰

Le fait pour l'Australie d'être une juridiction de common law signifie entre autres que nous fonctionnons selon le principe du 'stare decisis'. En quelques mots, la doctrine du stare decisis signifie que la cour ou le tribunal inférieur en termes hiérarchiques sera tenu de suivre la décision d'une cour ou d'un tribunal supérieur à lui et ayant traité la question juridique dont il est saisi. La toute première recherche d'un avocat ou d'un conseiller confronté à un problème juridique portera sur l'existence d'une décision judiciaire récente rendue sur le même point par une cour hiérarchiquement supérieure.

Ce principe n'est toutefois pas aussi simple qu'il en a l'air; premièrement, il s'avère souvent que des décisions tranchent différemment une même question; deuxièmement, les décisions peuvent être très vieilles et donc difficilement applicables à l'heure actuelle; enfin, il se peut qu'il n'y ait tout simplement pas de décisions précédentes en Australie sur ce point.

Il existe des techniques telles que 'la distinction par rapport aux faits' pour échapper à la règle du précédent; il s'agit de mettre en lumière des différences quant aux faits dans l'affaire et convaincre la cour qu'il s'agit ici de faits distincts⁶¹. Lorsque l'argument est accepté, la cour n'est alors plus tenue par la décision ou alors seulement par une autre décision qui arrange mieux l'avocat.

Les cours supérieures (à savoir les cours d'appels des États, la Cour Fédérale et la High Court) ne sont pas liées par leurs propres décisions antérieures, bien que toutes les cours d'appel soient liées par les décisions de la High Court⁶².

Au vu de toutes ces considérations, la force contraignante du précédent s'avère moins restrictive qu'il n'y paraît au premier abord. Il est également intéressant de noter que les appels vers la High Court ne se font qu'avec la permission de celle-ci – permission qui est d'ailleurs rarement octroyée. Il n'y a que 7 juges siégeant à la High Court, traitant de tous les domaines du droit, y compris le droit constitutionnel et

(2011) 150 *Victorian Bar News* 21; Gillian McAllister, 'Regulation of the legal profession: Why Further Reform is Required' (2009) 47(5) *Law Society Journal* 70.

⁵⁹ Voy. *supra* n° 18.

⁶⁰ Pour plus d'informations à ce sujet, voy. notamment Alastair I MacAdam, *Judicial Reasoning and the Doctrine of Precedent in Australia* (Butterworths, 1998); Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 104-113; Elizabeth Ellis, *Principles and Practice of Australian Law* (Thomson Reuters, 2^e ed., 2009) Chapitre 6 ('Judicial Decision-Making: Common Law'); Russell Hinchy, *The Australian Legal System – History, Institutions and Method* (Pearson Education Australia, 2008) Chapitre 9 ('Precedent Theory and Case Analysis').

⁶¹ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 110.

⁶² Pour plus d'informations sur l'organisation des cours et tribunaux, et plus particulièrement sur leur hiérarchie, voy. notamment Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) Chapitre 3 ('The Hierarchy of Courts').

administratif⁶³. Leur agenda est fort chargé et occupé par des litiges importants d'ordre constitutionnels, souvent opposant les États au Commonwealth. La situation est donc différente de celle de la France qui compte une Cour de Cassation, un Conseil Constitutionnel et un Conseil d'État – disposant dès lors donc d'un corps judiciaire bien plus étendu.

Une autre conséquence du régime du common law en Australie est la longueur des décisions judiciaires, des justificatifs avancés par les cours. Des décisions de deux ou trois pages comme on trouve parfois en France n'existent pas ici. Pour vous donner une idée, une décision récente en matière de droits intellectuels rendue par la Cour Fédérale d'appel a une longueur de 167 pages⁶⁴. Les décisions de la High Court sont souvent aussi d'une telle longueur. Et cela n'est pas rare. De plus, chaque juge peut écrire son propre jugement séparé bien que souvent ils ne soumettent qu'un ou deux jugements par affaire. Si cela complexifie l'interprétation, cela permet aussi d'exposer plus en détail le raisonnement qui sous-tend un jugement, accessible à tout un chacun. Cela a également tendance à réduire l'effet du stare decisis en ce que différents raisonnements des juges pour justifier une seule et même décision finale engendrent de grandes libertés interprétatives pour les avocats. Le common law n'est certainement pas un système légal rigide. Au contraire, cette doctrine tolère une grande marge de manœuvre et, bien que lentement, le common law évolue avec son temps, sans intervention parlementaire.

Il existe également des décisions dotées uniquement d'une force persuasive et non pas contraignante⁶⁵. Les cours peuvent prêter attention à des décisions émanant d'autres pays du common law. Elles peuvent même parfois se sentir obligées de tenir compte de ces décisions. Les décisions émanant des cours anglaises sont particulièrement convaincantes, surtout si elles sont rendues par la Chambre des Lords, aujourd'hui rebaptisée Cour Suprême. Cette autorité persuasive sera d'autant plus forte lorsque la question de droit n'a pas été abordée par une cour australienne et lorsque la loi en vigueur au sein des deux pays est plutôt similaire. Les décisions des Cours Suprêmes canadienne, néo-zélandaise et américaine ont aussi une certaine importance. Dans une moindre mesure, les décisions rendues par les Cours européennes peuvent avoir une certaine influence ou du moins ne peuvent plus être ignorées comme avant⁶⁶. Les décisions judiciaires nationales des pays européens cependant ne sont que très rarement consultées. Lorsque le droit n'est pas clair ou simple, il est de coutume de rechercher des éclaircissements dans l'histoire de la règle, en remontant jusqu'à ses origines et en passant en revue toutes les décisions y ayant trait. Certains juges de la High Court, tel que le juge Gummow⁶⁷, s'avèrent être des maîtres dans l'art de rédiger des commentaires d'ordre historique sur des points de droit divers.

⁶³ *Principles and Practice of the Australian Legal System* (Lawbook Co, 2007) 55.

⁶⁴ *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Ltd* (2011) 275 ALR 1; (2011) 89 IPR 1; [2011] FCAFC 23.

⁶⁵ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 106-8.

⁶⁶ Chief Justice Robert French, 'Oil and Water? International Law and Domestic Law in Australia' in Mary Hiscock and William Van Caenegem (eds), *The Internationalisation of Law* (Edward Elgar Publishing, 2010).

⁶⁷ Voy. pour exemple W M C Gummow, 'Legal Education' (1988) 11(3) *Sydney Law Review* 439 où il insiste sur l'importance de l'histoire du droit dans les études juridiques: "The truth (...) is that the law has never 'stood still', the secret of the common law being its combination of persistence and dynamism. But unless one knows how the law came to be in its present state, how can one set about with any proper assurance deciding what it ought to be?" (p. 440).

L'importance de la jurisprudence a pour conséquence de diminuer l'influence des commentaires académiques ou professionnels. Les ouvrages vont plutôt aider le juriste à trouver les cas les plus récents ou comprendre comment interpréter une décision judiciaire ; ils ne seront que rarement consultés par les juges pour leurs justificatifs ou les avocats pour leurs conclusions. Il est vrai que les cours se réfèrent parfois à un article ou à un passage d'un livre pour expliquer une décision, mais cela se fait de manière très limitée et cette citation ne constituera qu'exceptionnellement un argument décisif pour la décision en question. Si par contre la cour décide de citer un auteur, elle le fera de manière très claire et évidente, contrairement à la France où les cours, bien que s'appuyant souvent sur des écrits académiques, ne les mentionnent que rarement.

Le fait que l'appel vers la High Court ne puisse avoir lieu qu'après autorisation a eu tendance à raréfier les décisions de la plus haute instance judiciaire du pays dans certains domaines de droit. Ce sera alors aux décisions des cours d'appel des États fédérés ou à la Cour Fédérale de trancher les questions juridiques. En 2011 la Cour Suprême n'a tranché qu'une cinquantaine de matières. La Cour de Cassation française, avec ses six divisions et plus de quatre-vingt conseillers, a rendu un bien plus grand nombre de jugements.

Equity⁶⁸

Il nous faut maintenant dire un mot sur l'Equity, une notion bien étrangère aux juristes civils mais néanmoins centrale dans le système australien et anglais. En Australie, comme au Royaume Uni, il faut distinguer l'Equity de la loi. Cette distinction ne peut s'expliquer et se comprendre qu'en examinant l'histoire de ce concept. Au Moyen-Age en Angleterre, les procédures étaient basées sur des brevets ('writs') qui devaient être présentées aux cours par les requérants. Ces brevets étaient devenus très rigides et formels. Les cours royales furent également très limitées en ce qui concerne les mesures qu'elles pouvaient prescrire. Le requérant se retrouvait dès lors souvent sans réparation aucune, soit parce que le tort ne rentrait pas dans l'une des catégories très strictes des brevets, soit parce qu'en cas d'erreur technique ou de mauvaise classification du tort dans l'ordonnance, ou encore parce qu'il désirait autre chose que des dédommagements. Cela était parfois très regrettable dans des cas où justice et équité auraient exigé un traitement moins rigide du cas en question. Dans ces situations, le Lord Chancellor décidait de recevoir ces requérants qui ne pouvaient obtenir un résultat dans les cours royales et leur accordait une réparation adéquate de manière moins rigide lorsqu'il estimait le cas méritoire. Il appliquait des principes de justice et d'équité de manière bien plus flexible et discrétionnaire, des principes qui se sont développés et qui ont débouché sur ce qu'on appelle aujourd'hui l'Equity⁶⁹.

Ainsi, dans les faits, deux systèmes de cours et tribunaux se développèrent en parallèle ; l'une en droit devant les cours royales appliquant le common law, et l'autre en équité, dans la Cour de la Chancellerie.

⁶⁸ Voy. sur le sujet Michael Evans, *Equity and Trusts* (LexisNexis Butterworths, 2^e ed., 2009) ; G E Dal Pont et D R C Chalmers, *Equity and Trusts in Australia* (Lawbook Co, 4^e ed, 2007) ; Patrick Parkinson (ed), *The Principles of Equity* (Lawbook Co, 2^e ed, 2003).

⁶⁹ Catherine Elliott et Frances Quinn, *English Legal System* (Pearson, 11^e ed., 2010) 121-2; Elizabeth Ellis, *Principles and Practice of Australian Law* (Thomson Reuters, 2^eme ed., 2009) 169-173 ; Patrick Parkinson (ed), *The Principles of Equity* (Lawbook Co, 2^e ed, 2003), 5-6.

A la fin du 19^e, ces cours furent fusionnées par une Loi du Parlement du Royaume Uni ⁷⁰; ainsi, une cour aujourd'hui peut octroyer réparation soit sur base du droit, soit sur base d'Equity. Il faut toutefois bien préciser que malgré cette fusion matérielle des institutions, les règles de droit et d'équité restent et sont toujours plus ou moins distinctes ; une fusion totale n'existe pas à ce jour⁷¹, bien que dans certains pays du Common Law elle puisse être plus avancée (comme le Canada) que dans d'autres (comme l'Australie).

Ainsi, en fonction de la nature de la réparation ou de la cause de l'action en justice poursuivie, différents principes s'appliquent. L'octroi d'un recours équitable dépend de la décision discrétionnaire du tribunal, alors qu'en droit, le requérant victorieux a droit à un dédommagement. En d'autres mots, si l'une des parties arrive à prouver avoir souffert des dommages à la suite du délit d'autrui, elle a droit à des dommages et intérêts – une somme d'argent – en compensation, peu importe les autres éléments du dossier comme le délai ou les mauvais actes du requérant. En Equity par contre, ces autres éléments peuvent être pris en compte par le tribunal⁷² qui peut refuser la mesure demandée – généralement une injonction. L'exercice de la discrétion ne fait que rarement l'objet d'un appel réussi.

Les colonies australiennes ont adopté les réformes anglaises susmentionnées, bien qu'elles ne furent pas reprises de manière uniforme. Quoiqu'il en soit, à l'heure actuelle, chaque cour peut octroyer n'importe quel recours. Cette distinction entre droit et Equity est donc source de complexité et de difficultés techniques. C'est pourquoi certains commentateurs encouragent à une fusion de l'Equity et du droit⁷³ – ce à quoi s'opposent d'autres commentateurs⁷⁴. Cette fusion n'a pratiquement pas progressé en Australie, mais est plus avancée aux États-Unis ou le Canada.

L'organisation des tribunaux⁷⁵

L'Australie est un État fédéral fortement modelé sur les États Unis. Ainsi que mentionné précédemment, les États et le Commonwealth ont chacun leur Parlement dotés de pouvoirs législatifs⁷⁶ et aussi leur propre système judiciaire. Les principaux tribunaux des États sont les Cours Suprêmes et la High Court au

⁷⁰ Les *Judicature Acts 1873 et 1875 (UK)*, notamment le *Supreme Court of Judicature Act 1873* (36 & 37 Vict c 66) et le *Supreme Court of Judicature Act 1875* (38 & 39 Vict c 77).

⁷¹ G E Dal Pont et D R C Chalmers, *Equity and Trusts in Australia* (Lawbook Co, 4^e ed, 2007) 6.

⁷² Catherine Elliott et Frances Quinn, *English Legal System* (Pearson, 11^e ed., 2010) 122.

⁷³ Voy. notamment Sarah Worthington, 'Integrating Equity and the Common Law' (2002) 55(1) *Current Legal Problems* 223; Paul M Perell, *The Fusion of Law and Equity* (Butterworths, 19990); James Edelman et Simone Degeling, 'Fusion: [the Interaction of Common Law and Equity](#)' (2004) 25(3) *Australian Bar Review*, 195; Sarah Worthington, *Equity* (Oxford University Press, 2006); Edward Robeson Taylor, 'The Fusion of Law and Equity' (1917) 66(2) *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* 17.

⁷⁴ R P Meagher, J D Heydon et M J Leeming, *Meagher, Gummow and Lehane's Equity, Doctrines and Remedies* (Butterworths LexisNexis, 4e ed, 2002).

⁷⁵ Elizabeth Ellis, *Principles and Practice of Australian Law* (Thomson Reuters, 2e ed., 2009) 116-124; Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) Chapitre 3 ('The Hierarchy of Courts').

⁷⁶ Peter Hanks, Patrick Keyzer et Jennifer Clarke, *Australian Constitutional Law* (LexisNexis Butterworths, 7th ed, 2004) 201-7.

niveau fédéral. La High Court est maintenant la cour d'appel de dernier ressort en Australie. Elle est aussi l'ultime tribunal compétent concernant les matières constitutionnelles.

Initialement les appels de Court Suprêmes des États et de la High Court se faisaient auprès du Privy Council à Londres mais ces recours ont été finalement abolis en 1975 pour la High Court⁷⁷ et en 1986 pour les Cours Suprêmes des États fédérés⁷⁸.

En les années '70's de nouvelles cours fédérales furent créées afin de gérer les premières instances des matières fédérales : la Family Court et la Cour Fédérale. La Family Court fut établie par la Family Law Act 1975 (Cth)⁷⁹ qui a unifié le droit dans cette matière. Toute question relative au droit de la famille est entendue par cette Cour et de manière générale, aucun État n'est compétent en droit de la famille.

Établie par la Federal Court of Australia Act 1976 (Cth), la Cour Fédérale est la cour de première instance pour toutes les autres matières fédérales. L'étendue de sa compétence est donc plutôt large. La Cour Fédérale siège dans la plupart des capitales du pays. Le siège de la High Court est à Canberra mais la Cour se déplace dans d'autres capitales quelques fois par an pour entendre des requêtes locales. Les autorisations de faire appel sont traitées lors de ces sessions mais également par vidéoconférence vers la capitale.

La Cour Fédérale possède des sièges dans la plupart des États, à l'exception de la Tasmanie. Au Queensland par exemple il y a six juges, dont le Président (Chief Justice), est Patrick Keane. Au New South Wales, les juges sont au nombre de 17. De temps en temps, la Cour Fédérale siège aussi dans l'Outback pour les décisions concernant le Native Title.

Il y a 45 juges à la Cour Fédérale; toutefois, en raison d'une charge de travail de plus en plus importante, le gouvernement fédéral – en adoptant la Federal Magistrates Court Act (Cth) 1999 – a récemment créé une nouvelle Cour : la Federal Magistrates Court (Cour Fédérale des Magistrats). Cette institution est compétente dans la plupart des matières et pour les affaires allant jusqu'à un montant assez important⁸⁰. Il n'y a pas de Cour d'Appel séparée, un appel se fait vers la Full Court of the Federal Court. Les Cours fédérales n'ont pas de jury parce que les dossiers pénaux (tels que l'importation de drogues) – régis par la loi fédérale – sont entendus devant les Cours des États. Il y a également des lois qui permettent aux Cours fédérales d'entendre des matières relevant du droit des États en plus des matières fédérales et vice versa.

Parmi les domaines du droit relevant de la compétence de la Cour fédérale en raison de leur réglementation par la législation du Commonwealth, nous pouvons citer le droit de la propriété intellectuelle, les droits aborigènes, le droit des sociétés, le droit des pratiques commerciales, les impôts, l'immigration et la citoyenneté, la faillite.

⁷⁷ Privy Council (Appeals from the High Court) Act 1975 (Cth).

⁷⁸ Australia Acts 1986 (UK) et (Cth).

⁷⁹ Family Law Act 1975 (Cth) partie IV, IVA.

⁸⁰ Les juges de la Cour Fédérale siègent également à la Cour du Territoire de la capitale Australienne (ACT).

Au niveau des États fédérés, la première Cour fut la Cour Suprême. Dans de nombreux États toutefois, des cours inférieures furent créées. Dans le Queensland par exemple, nous avons la Cour Suprême, la District Court et la Cour des Magistrats. Dans le Victoria, la Cour intermédiaire s'appelle le 'County Court'. Tous les cours peuvent intervenir en premier ressort en fonction du montant du litige et, en matière pénale, par la gravité de la peine. Auparavant, l'appel d'une décision rendue par un juge unique de la Cour Suprême en première instance était recevable par la Cour Suprême plénière (Full Supreme Court), mais dans certains États, des cours d'appel distinctes ont été créées. Dans le Queensland, la Cour Suprême est composée d'une division Tribunal de Première Instance et d'une division Cour d'Appel. Certains juges de la Cour Suprême ne sont nommés qu'en tant que juges de la Cour d'appel et dès lors n'entendent que les appels. Toutefois, les juges de la division Première Instance siègent parfois à la Cour d'Appel. Cette dernière est normalement constituée de 3 juges. Les recours contre les décisions de la Cour d'Appel sont entendus par la High Court uniquement sur des questions de droit et seulement sur son autorisation. La Cour d'Appel entend les appels sur n'importe quelle matière, que ce soit d'ordre civil, pénal ou administratif. Il n'y a pas de chambres ou de section au sein des cours suprêmes.

Cela s'applique également à la Cour d'Appel ainsi qu'à la County ou District Court. Les juges de ces Cours peuvent être saisis d'affaires pénales, civiles et procédurales. Malgré l'existence dans certains d'États de listes de juges spécialisés en matière commerciale, il n'y a aucune chambre séparée. En conséquence, les juges doivent être polyvalents, c'est-à-dire capables d'entendre des affaires dans toute sorte de domaines juridiques. D'où l'importance du principe selon lequel les praticiens (principalement les avocats) sont des agents ou officiers de la Cour dont la tâche première est celle de l'assister⁸¹. Autrement dit, ils ont l'obligation d'attirer l'attention de la Cour sur toute règle de droit pertinente et expliquer les questions juridiques en jeu dans toute affaire. Ils communiquent à la Cour tout précédent pertinent⁸² ainsi que des conclusions claires et objectives – ou du moins c'est ce qui est espéré. Sans l'apport des avocats, la Cour aurait une tâche bien difficile. Elle dépend donc de leur assistance.

Procédures, preuves, etc.

L'Australie a adopté le modèle juridique accusatoire anglais tant pour les affaires pénales que civiles. Cela signifie qu'une fois la plainte introduite, l'affaire est poursuivie/instruite de manière autonome par les parties, c'est-à-dire tant par l'accusation que la défense⁸³. Lorsqu'un problème particulier apparaît, elles peuvent se rendre à la Cour et lui demander de le résoudre; quoi qu'il en soit, dans le modèle accusatoire traditionnel, le juge n'est pas affecté dès le départ au traitement de l'affaire. Les parties définissent les questions de droit entre elles, chacune rassemble les preuves pour, au final, décider d'une

⁸¹ Pour de plus amples informations sur les devoirs des avocats et autres juristes, voy. G E Dal Pont, *Lawyers' Professional Responsibilities* (Lawbook Co, 4^e ed, 2010) Chapitre 17 ('Duty to the Court').

⁸² Ainslie Lamb et John Littrich, *Lawyers in Australia* (The Federation Press, 2007) 274; G E Dal Pont, *Lawyers' Professional Responsibilities* (Lawbook Co, 4^e ed, 2010) 377-80.

⁸³ Michael L Corrado, "The Future of Adversarial Systems: An Introduction to the Papers from the First Conference" (2010) 35 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 285, 285; Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003) 367; James Crawford et Brian Opeskin, *Australian Courts of Law* (Oxford University Press, 4^e ed, 2004) 60; Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 126, 130.

date auprès de la Cour afin que celle-ci entende l'affaire⁸⁴. Le juge n'a normalement pas de contact avec l'affaire avant le procès même. Une fois le procès commencé, celui-ci se déroule de manière continue jusqu'à ce que les parties aient présenté toutes leurs preuves. Les conclusions sont faites et la Cour ajourne la séance pour rendre son verdict et les justificatifs à une date ultérieure. Le juge est passif durant le procès ; il n'interroge pas les témoins et ne dirige pas le cours de la procédure. Il ne fait que résoudre les questions de droit et s'assurer que le procès se déroule correctement et conformément à la loi⁸⁵.

Le droit relatif à la preuve est d'une grande importance dans les juridictions de common law en ce qu'il y existe de strictes règles d'exclusion⁸⁶ de certains éléments de preuve – peu importe qu'ils soient pertinents/probants ou non – qui peuvent avoir des impacts décisifs, particulièrement dans les affaires pénales. La règle la plus connue est fort probablement celle de l'exclusion du oui-dire (hearsay), à savoir la preuve de seconde main/indirecte. Normalement et sous réserve de quelques exceptions⁸⁷, toute preuve doit être présentée oralement par les témoins au procès même⁸⁸. Ces témoins sont ensuite soumis à un contre-interrogatoire (cross-examination) par l'avocat de la partie adverse⁸⁹. C'est au travers de cette présentation de témoins et de leur contre-interrogatoire que la vérité est censée émerger⁹⁰. Le contre-interrogatoire peut être très intense, voire agressif, s'avérant parfois très difficile pour les témoins : les procès ont souvent lieu longtemps après les faits et même le témoin le plus honnête peut avoir des difficultés à se souvenir des faits – ce qui n'est pas rare. Mais ces difficultés sont rencontrées par les deux parties de manière égale – rééquilibrant de ce fait les effets du contre-interrogatoire. Le Président n'interroge que très rarement les témoins .

Le procès devant un jury de douze personnes s'avère être la norme pour les affaires pénales⁹¹, bien que certains États aient introduit le choix pour le prévenu d'être jugé par un seul juge⁹². Les matières qui, en France, sont entendues par des juges plutôt que par la Cour d'Assise, seront ici entendues devant des jurys, soit devant la Cour Suprême, soit devant la District Court ou County Court. Bien que les procès avec

⁸⁴ William van Caenegem, 'Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings' (Consultation Draft, Law Reform Commission of Western Australia, 1999); Michael L Corrado, "The Future of Adversarial Systems: An Introduction to the Papers from the First Conference" (2010) 35 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 285, 285-6.

⁸⁵ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 126-7.

⁸⁶ Giuseppe L Certoma, 'Reform of the Criminal Process: The Accusatorial and Inquisitorial Systems Compared' (1983) 59 (11) *Current Affairs Bulletin*, 22, 26.

⁸⁷ Citons pour exemple les certificats de naissance, les confessions, les personnes décédées, les rapports d'expertise, ... ; pour plus d'informations à ce sujet, voy. Andrew Ligertwood et Gary Edmond, *Australian Evidence – A Principled Approach to the Common Law and the Uniform Acts* (LexisNexis Butterworths, 5^e ed, 2010) 761 et s.

⁸⁸ Ibid, 726.

⁸⁹ Ibid, 696 et s.

⁹⁰ Les juristes anglais citent souvent Wigmore qui décrivait le contre-interrogatoire comme étant 'the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth' (John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (édition revue, 1974) vol 5, 32.

⁹¹ Le droit d'être jugé par un jury est consacré dans le *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Cth), s 80.

⁹² Voy. pour exemple l'article 614 du [Criminal Code Act \(incorporating the Criminal Code\) 1899 \(Qld\) pour le Queensland](#) ou les articles 117-120 du [Criminal Procedure Act 2004 \(WA\)](#) en ce qui concerne Western Australia.

jury sont beaucoup plus courants ici qu'en France ou en Belgique par exemple, la plupart des affaires pénales sont soit entendues sommairement par un juge d'un tribunal de police (Magistrates Court) siégeant sans jury (par exemple pour toute infraction de la circulation, excepté les plus graves), soit n'aboutissent pas devant les juges parce que l'accusé plaide coupable⁹³. Il peut y avoir des négociations informelles avec le Ministère Public, mais en Australie nous ne disposons pas du système formalisé d'arrangements entre la défense et l'accusation comme aux États-Unis. Si l'accusé plaide coupable, la Cour décide uniquement de la peine la question de culpabilité n'étant plus engagée.

Devant la Cour des Magistrats⁹⁴, les poursuites sont engagées par le service de police, ce qui n'est pas le cas devant les autres cours où c'est le Ministère Public qui poursuit les accusés en justice sur base du dossier de police. En Australie, l'enquête policière ainsi que le rassemblement des informations n'est pas dirigé ou supervisé par le Ministère Public⁹⁵. Il n'existe pas de juge d'instruction. Ici, la police remet un dossier au Ministère Public et c'est ensuite au 'Director of Public Prosecutions' de décider s'il engage la poursuite ou non. Si la procédure est lancée, des fonds sont alloués pour la préparation et la tenue du procès pour lequel un Procureur est sélectionné. Les procès pénaux avec jury peuvent être très longs car contrairement aux affaires civiles où les preuves principales sont régulièrement remises sous forme écrite, les témoignages sont donnés oralement.

La présomption d'innocence⁹⁶ et le droit au silence⁹⁷ sont les fondements du droit pénal ; l'accusé ne doit apporter aucune preuve pour sa défense⁹⁸ ; il peut néanmoins conduire ses propres investigations et appeler des témoins s'il le souhaite. Quoi qu'il en soit, de manière générale, l'accusé ne fait rien du tout, ne présente pas de preuve et n'appelle personne à témoin, se contentant de laisser la parole à son avocat qui contre-interroger vigoureusement les témoins présentés par le procureur. Il y a un avantage à ne pas présenter de preuve pour la défense : avoir le dernier mot face au jury, ce qui est considéré comme étant un atout. Une fois que les avocats des deux parties se sont adressées au jury après avoir présenté toutes les preuves, le juge résume l'affaire. Il explique la loi et récapitule les éléments de preuve présentés par les deux parties. Il revient ensuite au jury de décider de la culpabilité de l'accusé. Ce sera toutefois au juge seul de décider de la peine⁹⁹. Autrement le juge n'intervient que pour s'assurer de la régularité des débats et de l'admission des preuves.

⁹³ Heather Douglas et al, *Criminal Process in Queensland and Western Australia* (Lawbook Co, 2010) 11.

⁹⁴ A titre de comparaison, l'équivalent 'français' de cette cour est l'institution du juge de proximité, responsable de certaines affaires mineures, à la fois au pénal et au civil.

⁹⁵ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 132-4.

⁹⁶ Paul Roberts et Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence* (Oxford University Press, 2004) 327 et s.

⁹⁷ Ibid, 392 et s.

⁹⁸ Malcolm Davies, Hazel Croall et Jane Tyrer, *Criminal Justice* (Pearson, 4th ed, 2010) 14; Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 130.

⁹⁹ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 126, 129-30.

Le jury est composé de douze personnes sélectionnées de manière aléatoire¹⁰⁰ et parfois de quelques réserves – surtout lorsque le procès risque d’être long. Les procès peuvent parfois durer des semaines voire des mois dans des cas exceptionnels.

L’accusé ne peut être déclaré coupable ou acquitté qu’à l’unanimité des jurés¹⁰¹. S’ils ne peuvent pas s’entendre, le jury est déchargé de sa mission. Le procureur a ensuite le choix entre initier un nouveau procès et abandonner les charges. L’impossibilité d’obtenir l’unanimité des jurés ayant été plutôt récurrente, plusieurs États ont changé l’exigence d’unanimité en autorisant une majorité de onze voix contre une dans certaines affaires pénales, en excluant les plus sérieuses telles que le meurtre¹⁰². Les procès avec jury ont longtemps été sujets à controverse¹⁰³. Certains les considèrent comme étant trop onéreux¹⁰⁴ et non fiables dans la quête de la vérité – ils préféreraient que les affaires soient entendues par les juges. Pourtant, les jurys ont cette particularité d’impliquer le public dans la justice pénale¹⁰⁵, cette participation populaire et son appropriation par les citoyens eux-mêmes la rendant ainsi plus légitime¹⁰⁶. Ils sont également perçus comme un rempart contre l’État tout puissant.

Le jury est dissous après avoir rendu son verdict. L’audience déterminant la peine est ensuite conduite par le juge¹⁰⁷. C’est à ce moment-là pour la première fois que les antécédents de l’accusé seront pris en compte par la Cour¹⁰⁸ ; en effet, il existe des règles d’exclusion très strictes interdisant la production de preuve relative à des condamnations antérieures devant le jury. La décision du juge relative à la peine est discrétionnaire bien que dans la plupart des juridictions, les juges seront guidés par les peines octroyées dans des cas similaires, en tenant compte des circonstances atténuantes éventuellement présentées par la défense.

Dans le système Australien, les victimes ou leur famille n’ont pas voix au chapitre¹⁰⁹ – elles ne peuvent se constituer partie civile ou contribuer d’une manière ou d’une autre à la poursuite de l’affaire devant le jury, contrairement aux procès français. Depuis quelques temps cependant, les victimes peuvent présenter ‘une déclaration d’impact sur la victime’ (Victim Impact Statement) durant la phase de détermination de la peine – cette déclaration peut avoir un certain impact sur la fixation de la peine ou

¹⁰⁰ Ibid, 127-8.

¹⁰¹ Pour les infractions aux lois du Commonwealth, le verdict de culpabilité doit être adopté à l’unanimité des membres du jury; ce principe fut consacré dans l’arrêt *Cheatle v R* (1993) 177 CLR 541: “s. 80 of the Constitution precluded a verdict of guilty being returned in a trial upon indictment of an offence against a law of the Commonwealth otherwise than by the agreement or consensus of all the jurors”.

¹⁰² Voy. pour exemple l’article 59A du *Jury Act 1995* (Qld) en ce qui concerne le Queensland ou encore l’article 114 du *Criminal Procedure Act 2004* (WA) pour le Western Australia.

¹⁰³ Heather Douglas et al, *Criminal Process in Queensland and Western Australia* (Lawbook Co, 2010) 250-2.

¹⁰⁴ Voy. pour exemple ‘The Cost of Juries’ (2009) 93(3) *Judicature* 92.

¹⁰⁵ Law Reform Commission of Western Australia, *Advantages and disadvantages of the adversarial system in criminal proceedings*, Consultation Draft vol 1 (1999) 76.

¹⁰⁶ Sixth Form Law, *Juries: advantages and disadvantages*, <http://sixthformlaw.info/01_modules/mod1/1_5_lay_people/1_5_2_juries/12_adv_disadv_juries.htm>.

¹⁰⁷ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 129-30.

¹⁰⁸ Ibid, 139.

¹⁰⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003) 372.

peut représenter une opportunité pour publier et enregistrer le grief et le dommage dont elle a souffert suite à l'infraction¹¹⁰. Les victimes de crimes peuvent introduire une action civile en vue d'obtenir une compensation. Cette action est initiée contre l'État. Les sommes pouvant être attribuées à titre de compensation pénale sont strictement limitées par la loi.

L'appel contre un verdict d'acquiescement n'est pas recevable. Les appels des condamnations et des peines sont possibles bien que dans le premier cas, l'appel soit limité aux questions de droit¹¹¹. Si l'appel d'une condamnation est recueilli, l'affaire sera renvoyée devant un jury pour un nouveau procès. Il peut y avoir un autre appel de la Cour d'Appel, vers la High Court, mais uniquement si cette dernière l'autorise.

Le juge au civil intervient plus régulièrement qu'au pénal, mais néanmoins les coûts et délais judiciaires en civil sont préoccupants en Australie¹¹². La procédure de 'discovery', le coût des experts des deux parties, le fait que les vrais enjeux n'apparaissent souvent qu'au procès ou juste avant, ont engendré des appels à réforme de plus en plus pressants. Une réforme importante déjà mis en œuvre dans certains États et le Commonwealth est celle du système de liste ou registre (Docket System, dossier¹¹³) selon lequel une certaine matière est allouée à un juge particulier au début de la procédure, à savoir bien avant le procès. Le juge détient alors le pouvoir de diriger l'affaire dans une certaine mesure pour s'assurer que les procédures soient menées promptement et que les réels enjeux soient identifiés au plus vite¹¹⁴. Cela signifie que les preuves rassemblées par les parties, incluant la discovery (divulgence forcée entre parties), peuvent être concentrées sur les enjeux réels plutôt que collectées de manière aléatoire, stratégique ou vague.

La procédure du discovery (ou de 'disclosure')¹¹⁵ est un aspect typique de la procédure du common law : alors que dans les systèmes de droit civil, les parties ne présentent que les éléments de preuve qu'ils détiennent eux-mêmes (malgré la possibilité parfois d'obtenir une décision ou un ordre de la cour pour se

¹¹⁰ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 138.

¹¹¹ Ibid, 138.

¹¹² Davies, Geoffrey L, 'Fairness in a Predominantly Adversarial System', in Helen Stacy et Michael Lavarch (eds), *Beyond the Adversarial System* (The Federation Press, 1999) 102, 109-111; M Lavarch, 'Fighting the Fiends from Finance', in Helen Stacy et Michael Lavarch (eds), *Beyond the Adversarial System* (The Federation Press, 1999) 10; Dorne Boniface et Michael Legg, 'Cost, Delay and Justice : The High Court of Australia Recognizes the Importance of Case Management in Civil Litigation – Aon Risk Services Australia Limited v Australian National University' (2010) 39(2) *Common Law World Review* 157; IMF (Australia) Limited, 'Victorian Law Reform Commission: Civil Justice Review' (April 2007) <http://www.imf.com.au/pdf/20070411_SubmissionToVictorianCivilJusticeReview.pdf>; Elizabeth Ellis, *Principles and Practice of Australian Law* (Lawbook Co, 2^e ed., 2009) 141-2.

¹¹³ *Individual Docket System* (18 août 2011) Federal Court of Australia, <<http://www.fedcourt.gov.au/how/ids.html>>; Panels for the Individual Docket System (18 Août 2011) Federal Court of Australia, <<http://www.fedcourt.gov.au/how/panels.html>>; P A Keane, *Federal Court of Australia – Practice Note CM 1: Case Management and the Individual Docket System* (1 Août 2011) Federal Court of Australia <http://www.fedcourt.gov.au/pdfsrtfs_p/practice_notes_cm1.rtf>.

¹¹⁴ M.E.J. Black, 'Case management and the Individual docket system in the Federal Court' (2008) 10(6) *ADR Bulletin of Bond University DRC* 125.

¹¹⁵ Andrew Ligertwood et Gary Edmond, *Australian Evidence – A Principled Approach to the Common Law and the Uniform Acts* (LexisNexis Butterworths, 5^e ed, 2010) 346 et s.; Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 142. (révélation/divulgence)

faire communiquer un élément de preuve détenu par la partie adverse), en Australie, en Grande Bretagne et aux États-Unis, une partie est obligée de révéler à l'adversaire toute preuve qu'elle a en sa possession et qui pourrait être utile (à l'adversaire) dans le litige. Cela peut aller jusqu'à autoriser l'autre partie à recevoir et passer en revue tous les documents que l'on a en sa possession (incluant les emails) afin de trouver n'importe quel élément pouvant aider son cas. Cet aspect de la procédure civile peut mener à des abus, appelés 'expéditions de pêche', et peut être très coûteux¹¹⁶. C'est pourquoi dans de nombreuses juridictions, des suggestions ont été avancées et sont actuellement examinées quant à la limitation de l'ampleur et des conséquences de telles discovery¹¹⁷. Il sera intéressant de voir sur quoi ces réformes vont déboucher. Jusqu'à maintenant, personne à ma connaissance n'a proposé d'abandonner le 'discovery' dans son ensemble pour ne s'appuyer que sur les preuves détenues et sélectionnées par chaque partie.

Organisation de la profession

La profession de juriste est organisée et réglementée au niveau des États fédérés¹¹⁸ – d'où l'existence de certaines divergences inter-étatiques. Un point commun à tout le territoire cependant est celui de la division de la profession entre les avocats (Barristers) d'une part et les conseil(ler)s juridiques (Solicitors) d'autre part¹¹⁹. Les barristers sont les experts de la procédure et des comparutions devant les cours et tribunaux ; ils donnent aussi des conseils juridiques indépendants. A la différence du système français, ce sont les solicitors qui engagent les barristers pour défendre les intérêts des clients¹²⁰. Les barristers sont payés par les solicitors plutôt que par les clients – bien que les frais afférents à la représentation soient in fine payés par les clients. Les barristers les plus expérimentés sont souvent nommés Queen's Counsel (QC) ou Senior Counsel (SC)¹²¹. Ceux-ci sont en général accompagnés par un avocat dit 'junior'. Evidemment, les services d'un QC/SC sont bien plus onéreux que ceux d'un Junior. Cela s'explique par le fait qu'ils sont plus expérimentés et jouissent souvent d'une certaine réputation et estime auprès de la Cour. Étant donné que les cours sont dépendantes des avocats, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment, cette réputation peut être d'un grand secours dans une affaire.

¹¹⁶ Andrew Ligertwood et Gary Edmond, *Australian Evidence – A Principled Approach to the Common Law and the Uniform Acts* (LexisNexis Butterworths, 5^e ed, 2010) 351; Maurice Rosenberg, 'Discovery Abuse' (1981) 7(3) *Litigation* 8; Frank H Easterbrook, 'Discovery as Abuse Issues in Civil Procedure: Advancing the Dialogue – A Symposium: Comment' (1989) 69(3) *Boston University Law Review*, 635.

¹¹⁷ Voy. pour exemple 'Managing Discovery: Discovery of Documents in Federal Courts' (Report, March 2011, Australian Law Reform Commission) <<http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/Whole%20ALRC%20115%20%2012%20APRIL-3.pdf>>.

¹¹⁸ Pour un panorama des règles applicables à la profession juridique, voy. James Tumbridge, *Tumbridge's Guide to Legal Qualification: The Common Law World* (Carswell, 2010) 3-30.

¹¹⁹ J. F. Corkery, *Starting Law* (Scribblers Publishing, 2^e ed., 2002) 105-7.

¹²⁰ G E Dal Pont, *Lawyers' Professional Responsibilities* (Lawbook Co, 4^e ed, 2010) 11, 47-8. La règle selon laquelle les clients ne contractent pas directement avec l'avocat n'est cependant pas absolue. Il existe des exceptions dans plusieurs juridictions (notamment l New South Wales, le Victoria, les Territoires, le Queensland et la Tasmanie).

¹²¹ J. F. Corkery, *Starting Law* (Scribblers Publishing, 2^e ed., 2002) 107-8.

Les avocats sont groupés dans des 'chambres' (Chambers) où ils partagent leurs dépenses ; il ne faut toutefois pas confondre cette notion de 'chambre' avec cabinet ou partenariat tel qu'entendu en France. Dans certains États, les avocats emploient des Clerks, comme en Angleterre ; ceux-ci trouvent du travail pour tous les avocats dans les 'chambers'.

Auparavant, de nombreuses affaires étaient réglées 'aux portes du tribunal', c'est-à-dire juste avant que le procès et les frais importants ne commencent. Plus récemment, le succès des modes alternatifs extrajudiciaires pour régler les différends (ADR)¹²² a favorisé tout particulièrement la médiation¹²³. Les avocats jouent un rôle important, soit en tant que médiateur, soit en tant que représentant du client engagé dans la médiation. Les avocats sont également particulièrement utiles aux clients et aux conseils juridiques en ce que, plus détachés de l'affaire que ne le sont le client et le conseiller, leurs conseils indépendants offrent souvent un point de vue plus objectif quant aux tenants et aboutissants de l'affaire.

Les conseillers juridiques, au contraire, traitent directement avec les clients. En Australie, il faut distinguer les cabinets leaders, souvent très importants, ayant de nombreux domaines d'expertise – à l'exception du droit de la famille et du droit pénal – et détenant des filiales internationales. À côté de ces chefs de file, il existe également des firmes de taille plutôt moyenne, spécialisées en droit de la famille et en droit pénal ; viennent ensuite les petits cabinets spécialisés et enfin ceux plus généralistes de banlieue. Ceux-ci sont pour la plupart des partenariats bien qu'il soit également possible en Australie d'avoir une société, même boursière, de conseillers juridiques.

Tout praticien du droit doit posséder une licence en droit. Les facultés de droit enseignent le 'Priestley Eleven', ce terme reflétant l'étude des onze matières de base requises pour toute admission à la profession¹²⁴. Une fois la licence ou le juris doctor en poche, le candidat à la profession doit compléter un cours de 'Stage de pratique juridique' (école du barreau). Il est ensuite admis à une ou plusieurs Cours Suprêmes des États. Les avocats et conseillers sont soumis à un règlement disciplinaire établi par la loi de chaque État. Rappelons qu'actuellement un projet est en cours en vue de créer une profession et une procédure d'admission commune au niveau national¹²⁵; les progrès sont cependant très lents et rencontrent beaucoup de problèmes. Les avocats (Barristers) doivent compléter un entraînement spécifique. Normalement les avocats ont déjà plusieurs années d'expérience comme conseiller dans un cabinet avant de devenir avocats à la cour.

¹²² Voy, a ce sujet Tania Sourdin, *Alternative Dispute Resolution* (Lawbook Co, 3e ed, 2008); David Spencer et Samantha Hardy, *Dispute Resolution in Australia* (Lawbook Co, 2e ed, 2009).

¹²³ David Spencer et Michael Brogan, *Mediation Law and Practice* (Cambridge University Press, 2006); Laurence Boule, *Mediation: Principles, Process, Practice* (LexisNexis Butterworths, 2^e ed, 2005).

¹²⁴ Il s'agit des matières suivantes : [Criminal law](#), [Tort law](#), [Contract law](#), [Land](#) and [property law](#), [Equity](#) and [trust law](#), [Administrative law](#), [Constitutional law](#), [Civil procedure](#), [Evidence](#), [Company law](#), [Legal ethics](#) (Law Admissions Consultative Committee, 'Rethinking Academic Requirements for Admission' (26 Février 2010) <http://www.lawadmissions.vic.gov.au/admission_requirements>).

¹²⁵ Voy. *supra* n 52.

Les juges ne sont pas magistrats de carrière; ils sont normalement nommés parmi les avocats expérimentés¹²⁶. Le gouvernement exécutif nomme les juges¹²⁷ après consultation de la profession et d'autres personnes pertinentes. Il y a eu récemment quelques remous quant à l'élargissement de la base sur laquelle les nominations peuvent avoir lieu, afin d'inclure les conseillers juridiques voire même des académiciens. Il faut également noter une plus grande présence féminine sur les bancs de la cour. A titre d'exemple, les juges de la High Court comprennent trois femmes, à savoir les juges Bell, Kiefel et Crennan. Dans chaque État, il y a un Chief Justice (Président) qui est chargé de la direction et gestions des cours et tribunaux de l'État. Le principal officier de justice en Australie est le Chief Justice de la High Court.

Les juges sont nommés à vie ou, plus exactement, jusqu'à leur retraite obligatoire à l'âge de 70 ans. Ils ne peuvent être révoqués que par le Parlement en cas d'incapacité ou de faute grave avérée¹²⁸. Cela est très rare – bien qu'il y ait eu quelques cas connus au New South Wales récemment, et au Queensland dans le passé¹²⁹.

Quelques débats courants en matière juridique

Nous vivons actuellement une période extraordinaire en Australie tant d'un point de vue constitutionnel que politique. Comme je l'ai déjà indiqué, jamais encore l'Australie n'avait eu un Gouvernement fédéral minoritaire. Le parti travailliste au pouvoir sous la direction du Premier Ministre Julia Gillard dépend du support des indépendants en terme de majorité à la Chambre des Députés. Elle doit également s'appuyer sur les indépendants au Sénat – bien qu'il n'y ait là rien de neuf. C'est pourquoi suite aux récentes élections, ce fut une première d'avoir des négociations entre les partis en vue de déterminer qui formerait le Gouvernement – après de brèves discussions, les indépendants choisirent de se rallier aux Travailleurs. Aux yeux des Européens (et je ne pense pas seulement à la Belgique) des négociations de une à deux semaines sont plutôt courtes. Mais pour l'Australie, cette situation fit sensation : les précédentes élections ont toujours abouti à une majorité claire au sein de la Chambre des représentants, que ce soit le Parti Travailleur ou Liberal/Nationaliste. Quoi qu'il en soit, le Gouvernement n'est pas un gouvernement de coalition – il s'appuie seulement sur les engagements des indépendants de voter contre un vote de censure. L'autre évènement politique majeur a été l'obtention par les Verts d'un siège dans la chambre des Députés. Il y a eu des Sénateurs Verts dans le passé mais ce fut une première pour la Chambre. Les Démocrates, un parti qui détint pendant longtemps la balance du pouvoir au sein du Sénat par le passé, n'a jamais réussi à gagner un siège à la Chambre – tel est l'effet du système de scrutin 'first past the post'¹³⁰ – bien qu'il soit combiné avec un système de vote préférentiel,

¹²⁶ J. F. Corkery, *Starting Law* (Scribblers Publishing, 2^e ed., 2002) 79-80.

¹²⁷ Callie Harvey, *Cornerstones of Australian Law* (Tilde University Press, 3^e ed., 2009) 90; Ainslie Lamb et John Littrich, *Lawyers in Australia* (The Federation Press, 2007) 274; G E Dal Pont, *Lawyers' Professional Responsibilities* (Lawbook Co, 4^e ed, 2010) 86.

¹²⁸ *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth)*, s 72.

¹²⁹ Pour quelques exemples, voy. Ainslie Lamb et John Littrich, *Lawyers in Australia* (The Federation Press, 2007) 99-102.

¹³⁰ Electoral Commission, *Voting and Vote Counting – The First Past the Post system* (21 Novembre 2002) ECS – Electoral Commission SA <<http://www.ecsa.sa.gov.au/apps/news/?sectionID=40&pageID=68>>.

contrairement à la Grande-Bretagne. Les Verts jouent bien sûr un rôle important dans le débat et dans l'adoption de ce qui représente probablement l'enjeu législatif le plus important du moment: l'introduction de la taxe carbone et du 'carbon trading system'¹³¹.

Il y a certains débats qui peuvent être particulièrement intéressants pour les juristes, venus d'un pays voisin mais dotés d'un système de droit fondamentalement différent. Mais n'oublions pas qu'il y a aussi de nombreux parallèles entre la France et l'Australie. Citons en particulier l'importance de l'État de droit et du principe d'égalité devant la loi. L'indépendance du pouvoir judiciaire est cruciale pour le maintien de l'État de droit et dans les deux pays, cette indépendance est farouchement gardée. Toutefois, il y a un point de divergence très intéressant déjà abordé auparavant: alors que la France est dotée d'une protection constitutionnelle des droits de l'homme et d'un système judiciaire pouvant annuler toute loi en violation de ces droits, l'Australie n'a pas une telle Charte des droits de l'homme ; l'Australie est assez unique en cela. La Constitution Australienne est plus d'ordre technique qu'idéaliste; elle établit les mécaniques d'un État fédéral¹³². Une plus grande responsabilité est investie dans le Parlement et le scrutin populaire en ce qui concerne la protection des droits individuels. Certains droits fondamentaux sont garantis par la constitution mais cela est plus le résultat de conditions politiques et sociales apparues dès la fin du 19^e siècle: la liberté de religion¹³³ ou le droit à un procès avec jury¹³⁴ par exemple.

Il faut également tenir compte du fait que contrairement à la France, l'Australie est une île, tant littéralement que juridiquement. Elle n'est pas membre d'une organisation régionale dotée de pouvoirs législatifs ou exécutifs et il n'y a pas non plus de recours devant des cours internationales ou régionales en dehors du territoire Australien. Les recours s'arrêtent à la High Court et tout échec dans la revendication des droits de l'homme au sein du système national sera définitif – il n'y a pas l'équivalent d'une Cour Européenne des Droits de l'Homme. Globalement, les Australiens semblent satisfaits par cette situation, mais il y a toujours des problèmes faisant l'objet de sérieux débats, tels que les droits des demandeurs d'asiles¹³⁵, les droits des aborigènes que ce soit en termes de terre ou d'auto-détermination¹³⁶, la législation anti-terroriste¹³⁷, la saga de David Hicks¹³⁸, ...

¹³¹ Pour plus d'informations à ce sujet, voy. 'Carbon Pollution Reduction Scheme' (Parliamentary Library, Parliament of Australia, 2010) <<http://www.aph.gov.au/library/pubs/climatechange/governance/domestic/national/cprs.htm>>.

¹³² Voy. l'arrêt de la High Court, *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1: "the Australian Constitution, with few exceptions (...), does not seek to establish personal liberty by placing restrictions upon the exercise of governmental power (...) (T)he Constitution deals, almost without exception, with the structure and relationship of government rather than individual rights. (...) The Constitution does not contain a Bill of Rights. Indeed, the 1898 Constitutional Convention rejected a proposal to include an express guarantee of individual rights".

¹³³ *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth)*, s 116.

¹³⁴ *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth)*, s 80.

¹³⁵ Voy. à ce sujet, D. Lusher et N. Halsam (eds), *Yearning to Breathe Free: Seeking Asylum in Australia* (The Federation Press, 2007); Briskman, Linda, Susie Latham and Chris Goddard, *Human Rights Overboard: Seeking Asylum in Australia* (Scribe, 2008); Grewcock, Michael, *Border Crimes – Australia's war on illicit migrants* (Institute of Criminology, 2009); McMaster, Don, *Asylum Seekers – Australia's Response to Refugees* (Melbourne University Press, 2001); Bessant, Judith, 'The Camps, a Site of Exceptionality: Australia's Detention of Asylum Seekers' (2002) 37(1) *Australian Journal of Social Issues* 1; Brennan, Frank, 'Mandatory Detention: What Australians Don't Know'

Deux des sujets les plus controversés sont les lois relatives aux délinquants sexuels¹³⁹ et aux gangs de motards¹⁴⁰. Toutes deux firent l'objet de décisions judiciaires de la High Court et ont des répercussions

(2002) 14(4) *Sydney Papers* 69; Crowley-Cyr, Lynda, 'Mental Illness and Indefinite Detention at the Minister's Pleasure' [2005] (9) *University of Western Sydney Law Review* 53; Groves, Matthew, 'Immigration Detention vs Imprisonment – Differences explored' (2004) 29(5) *Alternative Law Journal* 228; Lock, Jocelyn, Malia Quenault et John Tomlinson, 'Australia Should Abolish the Detention of Asylum Seekers' (2002) 21(3) *Social Alternatives* 35; McAdam, Jane, 'Asylum Seekers – Australia and Europe – Worlds Apart' (2003) 28(4) *Alternative Law Journal* 193 ; O'Connor, Claire, 'Immigration Detention and Mental Health – Liability of the Commonwealth' [2010] (96) *Precedent* 10; O'Connor, Claire, 'The Impact of Detention on the Mental Health of Immigration Detainees : Implications for Failure to Deliver Adequate Mental Health Services – Who Cares ?' [2007] (9) *University of Technology Sydney Law Review* 125; Penovic, Tania, 'Mental Harm as an Instrument of Public Policy' (2008) 15(1) *Psychiatry, Psychology and Law* 140 ; Santow, Edward, 'Discrimination and Refugees: Impact of an Australian Human Rights Act on Refugee Law' (2009) 16 *Australian Journal of Administrative Law* 183 ; Schloenhardt, Andres, 'To Deter, Detain and Deny: Protection of Onshore Asylum Seekers in Australia' (2002) 14 *International Journal of Refugee Law* 303 ; Silove, Derrick, Patricia Austin et Zachary Steel, 'No Refuge From Terror: the Impact of Detention on the Mental Health of Trauma-affected Refugees Seeking Asylum in Australia' (2007) 44(3) *Transcultural Psychiatry* 359; Stubbs, Matthew T, 'Arbitrary Detention in Australia: Detention of Unlawful Non-Citizens Under the Migration Act 1958 (Cth)' (2006) 25 *Australian Year Book of International Law* 273; Taylor, Savitri, 'Should Unauthorised Arrivals in Australia Have Free Access to Advice and Assistance?' (2000) 6(1) *Australian Journal of Human Rights* 34 ; Human Rights and Equal Opportunity Commission, 'A Last Resort? National Inquiry into Children in Immigration Detention' (Report, April 2004) <http://www.hreoc.gov.au/human_rights/children_detention_report/report/PDF/alr_complete.pdf>; Human Rights and Equal Opportunity Commission, 'Those Who've Come Across the Seas – Detention of Unauthorised Arrivals' (Report, 1998) <http://www.hreoc.gov.au/pdf/human_rights/asylum_seekers/h5_2_2.pdf>; Bhagwati, P N, Report of Justice P. N. Bhagwati, Regional Advisor for Asia and the Pacific of the United Nations High Commissioner for Human Rights – Mission to Australia 24 May to 2 June 2002 – Human Rights and Immigration Detention in Australia (31 July 2002) <<http://motspluriels.arts.uwa.edu.au/BhagwatiReport.pdf>>; United Nations Working Group on Arbitrary Detention, Civil and Political Rights, Including the Question of Torture and Detention, Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Visit to Australia, UN Doc E/CN.4/2003/8/Add.2 (24 October 2002) <[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/6035497b015966fec1256cc200551f19/\\$FILE/G0215391.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/6035497b015966fec1256cc200551f19/$FILE/G0215391.pdf)>.

¹³⁶ Peter Sutton, *The Politics of Suffering : Indigenous Australia and the End of Liberal Consensus* (Melbourne University Publishing, 2^e ed, 2011) ; Larissa Behrendt, Chris Cunneen et Terri Libesman, *Indigenous Legal Relations in Australia* (Oxford University Press, 2009); Damien Short, *Reconciliation and Colonial Power: Indigenous Rights in Australia* (Ashgate Publishing, 2008); Garth Nettheim, 'Indigenous Rights, Human Rights and Australia' (1987) 61(6) *Australian Law Journal* 291; Loff, Bebe et Anderson, Ian, 'Voices lost: Indigenous health and human rights in Australia' (2004) 364(9441) *Lancet* 1281; Darren Dick, 'Second to none? Australia and indigenous human rights' (2001) 26(1) *Alternative Law Journal* 22;

¹³⁷ George Syrota, 'Australia's Counter-Terrorism Offences: A Critical Study' (2008) 34(1) *University of Western Australia Law Review* 103; Australian Human Rights Commission, 'A Human Rights Guide to Australia's Counter-Terrorism Laws' (Report, 2008) <http://www.hreoc.gov.au/legal/publications/counter_terrorism_laws.html>;

¹³⁸ Ian Munro et Penny Debelle, 'Bring Hicks home', *The Age* (online), 2 Décembre 2006; Angus Martin, 'Progress of the United States Military Commission Trial of David Hicks' (Research Note n° 33 2004-05, Parliamentary Library, Parliament of Australia, 20025) <<http://www.aph.gov.au/library/pubs/rn/2004-05/05rn33.htm>>; Devika Hovell, 'Justice at Guantanamo? The Paradox of David Hicks' (11 Novembre 2005) *Jurist* <<http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2005/11/justice-at-guantanamo-paradox-of-david.php>>; Ben Wizner, 'Tribunals of the Absurd' (5 Avril 2007) *Los Angeles Times* <<http://articles.latimes.com/2007/apr/05/opinion/oe-wizner5>>

¹³⁹ *Dangerous Prisoners (Sexual Offenders) Act 2003* (Qld); à ce sujet, voy. notamment Patrick Keyzer et Suzanne O'Toole, 'Time, delay and nonfeasance: the Dangerous Prisoners (Sexual Offenders) Act 2003 (Queensland)' (2006) 31(4) *Alternative Law Journal* 19; Stephen Southwoode, Patrick Keyzer et Cathy Pereira, '

importantes sur les droits de l'homme. En ce qui concerne les délinquants sexuels, plusieurs États ont adopté des lois autorisant le maintien de la détention de personnes dont la peine est expirée. Sinon ils peuvent être relâchés sous condition. La Cour Suprême a jugé que la législation du Queensland était constitutionnelle. Quant aux gangs de motards, la Cour Suprême a récemment rejeté la législation de l'Australie du Sud relative à l'association avec des membres de gangs de motards déclarés comme tel.

Une question qui attire beaucoup l'attention en Australie mais pas uniquement, est celle de la protection de la vie privée. Il n'y a pas de protection constitutionnelle de ce droit ; la violation de la vie privée n'est même pas érigée en délit – tant les cours que les législateurs ont renoncé à en faire un délit. Une approche de régulation prescriptive pour les sociétés commerciales est préférée. Quoiqu'il en soit, les menaces sur la vie privée évoluent très rapidement, particulièrement dans le monde de l'informatique, rendant l'urgence de la question de plus en plus flagrante. Au vu de telles évolutions, l'approche du problème par la régulation apparaît souvent comme inadéquate lorsqu'envisagée comme solution unique¹⁴¹.

Il y a deux problèmes particulièrement urgents au niveau des litiges, à savoir l'introduction d'une législation nationale pour la profession juridique et la réforme de la procédure civile. Comme indiqué précédemment, dans le premier cas, le processus s'avère bien plus long et laborieux que prévu ; quant au deuxième cas, le coût des procès et dès lors l'accès à la justice sont tellement onéreux que bien souvent, la seule solution pour les personnes aux revenus moyens est de passer par les modes de résolutions alternatifs de conflits. Devant cette situation malsaine, des appels à réforme furent soulevés et défendus, ces appels ayant principalement trait à la 'discovery', l'expertise, la gestion du litige et la supervision judiciaire ; le droit de la preuve ; la gestion des litiges et la limitation des frais.

[Imprisonment for Dangerousness in Queensland under the Dangerous Prisoners \(Sexual Offenders\) Act 2003: The Constitutional Issues](#) (2004) 11(2) *Psychiatry, Psychology and Law* 244.

¹⁴⁰ Citons par exemple le *Serious and Organised Crime (Control) Act 2008 (SA)*.

¹⁴¹ Voy. notamment Moira Paterson, 'Privacy Protection in Australia: the Need of an Effective Private Sector Regime' (1998) 26(2) *Federal Law Review* 371.