

Rétablir l'intégrité du processus électoral : le droit à la participation politique utile et les transfuges

Karen Eltis

Volume 36, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027163ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027163ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Eltis, K. (2006). Rétablir l'intégrité du processus électoral : le droit à la participation politique utile et les transfuges. *Revue générale de droit*, 36(4), 629–651. <https://doi.org/10.7202/1027163ar>

Résumé de l'article

L'intervention de plus en plus active des tribunaux dans des questions réputées « politiques » et dans l'élaboration des politiques publiques reflète un phénomène que Michael Mandel baptise la « judiciarisation du politique ». Il est proposé que cette réalité croissante découle non dudit « activisme judiciaire » mais d'une perte de confiance préoccupante du public dans les institutions politiques représentatives de l'État, qui semblent déléguer les questions les plus épineuses aux tribunaux. Pis encore, ce phénomène semble être alimenté par une perception publique de la construction élitiste et inaccessible des voies traditionnelles d'influence politique.

Ceci est d'autant plus vrai à la lumière du phénomène grandissant des « transfuges politiques » sur la scène fédérale canadienne — fait qui risque tant de mettre en doute les postulats épistémologiques de l'expression politique utile que la perception de l'intégrité du processus démocratique. Il est fort possible que les députés transfuges vont à l'encontre de la volonté des électeurs en changeant de parti subitement — souvent par opportunisme — et sans ratification. Par ce fait, ils risquent vraisemblablement de ternir la perception de l'intégrité du processus électoral et peut-être même de léser le droit à la participation politique *utile* enchâssée à l'article 3 de la Charte. Est-il donc surprenant que le système de justice — souvent malgré lui — semble devenir la tribune où se discutent les questions d'ordre politique, alors que l'intérêt pour la vie publique régresse ?

Il semblerait que ceux qui craignent la désuétude du processus politique traditionnel et une montée du soi-disant « activisme judiciaire » devraient s'attaquer de toute urgence à la réglementation des transfuges — comme moyen de contrecarrer l'érosion de la crédibilité des partis politiques et la sensation de futilité qui accompagne la participation au processus. Ainsi, la réglementation de la question des transfuges politiques devraient reposer avant tout sur le devoir de l'État d'adopter des mesures positives pour promouvoir la liberté d'expression au sein du processus politique, afin de freiner cette désaffectation problématique.

En l'absence d'intervention politique au sujet des transfuges, il deviendra peut-être nécessaire de mettre à l'épreuve constitutionnelle le changement de parti à mi-chemin (surtout les cas les plus suspects sur le plan des motivations de gain personnel) sans la ratification des électeurs. Et ce, pour déterminer si les droits démocratiques garantis par la Charte ont ou devraient avoir l'effet de contraindre les transfuges (à l'instar des indépendants) de démissionner pour pouvoir ainsi mettre à l'épreuve leur nouvelle allégeance à l'occasion d'une élection partielle.

Dans cette veine, le droit comparé revêt un intérêt particulier et fera donc l'objet d'un bref survol.

Rétablir l'intégrité du processus électoral : Le droit à la participation politique utile et les transfuges

KAREN ELTIS

Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa*

RÉSUMÉ

L'intervention de plus en plus active des tribunaux dans des questions réputées « politiques » et dans l'élaboration des politiques publiques reflète un phénomène que Michael Mandel baptise la « judiciarisation du politique ». Il est proposé que cette réalité croissante découle non dudit « activisme judiciaire » mais d'une perte de confiance préoccupante du public dans les institutions politiques représentatives de l'État, qui semblent déléguer les questions les plus épineuses aux tribunaux. Pis encore, ce phénomène semble être alimenté par une perception publique de la construction élitiste et

ABSTRACT

Of late, serious concerns have been raised regarding judicial review, the power of an unelected judiciary to preside over and to resolve those issues of public controversy most integral to the State's basic values. The following submits that this impugned "judiciarization of politics" (to cite Michael Mandel) derives not from the judiciary's purported activism but is often the inadvertent consequence of the public's decreasing trust in the State's traditional representative institutions, which seem to delegate the most difficult of political questions to the courts. Indeed, rather than jealously guarding their power, as one

* L'auteure tient à remercier chaleureusement Rony Greemberg pour la très précieuse aide apportée à la réalisation de cet article.

inaccessible des voies traditionnelles d'influence politique. Ceci est d'autant plus vrai à la lumière du phénomène grandissant des « transfuges politiques » sur la scène fédérale canadienne — fait qui risque tant de mettre en doute les postulats épistémologiques de l'expression politique utile que la perception de l'intégrité du processus démocratique. Il est fort possible que les députés transfuges vont à l'encontre de la volonté des électeurs en changeant de parti subitement — souvent par opportunisme — et sans ratification. Par ce fait, ils risquent vraisemblablement de ternir la perception de l'intégrité du processus électoral et peut-être même de léser le droit à la participation politique utile enchâssée à l'article 3 de la Charte. Est-il donc surprenant que le système de justice — souvent malgré lui — semble devenir la tribune où se discutent les questions d'ordre politique, alors que l'intérêt pour la vie publique régresse? Il semblerait que ceux qui craignent la désuétude du processus politique traditionnel et une montée du soi-disant « activisme

would naturally expect in the face of a so-called judicial onslaught or usurpation, today's politicians are instead quite content to relegate difficult policy choices to their counterparts in robes. The resulting disenchantment with representative politics is exacerbated by increased “party hopping” in Canadian Federal politics — an issue forming the subject of this present inquiry. The latter phenomenon elicits particular unease as it threatens the perception of meaningful political participation, thus further damaging the public's affinity for the State's representative institutions. As the following argues, it stands to reason that crossing the floor in the absence of electoral ratification serves to frustrate the constitutionally guaranteed right to meaningful political participation, enshrined in section 3 of the Charter. Accordingly, floor-crossing begs immediate political attention, in the absence of which the sentiment of futility haunting traditional political avenues will only fester. What is more, failing to address this legal lacuna in an era of

judiciaire » devraient s'attaquer de toute urgence à la réglementation des transfuges — comme moyen de contrecarrer l'érosion de la crédibilité des partis politiques et la sensation de futilité qui accompagne la participation au processus. Ainsi, la réglementation de la question des transfuges politiques devraient reposer avant tout sur le devoir de l'État d'adopter des mesures positives pour promouvoir la liberté d'expression au sein du processus politique, afin de freiner cette désaffectation problématique.

En l'absence d'intervention politique au sujet des transfuges, il deviendra peut-être nécessaire de mettre à l'épreuve constitutionnelle le changement de parti à mi-chemin (surtout les cas les plus suspects sur le plan des motivations de gain personnel) sans la ratification des électeurs. Et ce, pour déterminer si les droits démocratiques garantis par la Charte ont ou devraient avoir l'effet de contraindre les transfuges (à l'instar des indépendants) de démissionner pour pouvoir ainsi mettre à l'épreuve leur nouvelle allégeance à l'occasion d'une élection partielle.

political disenchantment will further exacerbate the declining public's perception of representative institutions and perhaps even eventually force the courts to determine whether floor-crossing passes Charter muster.

In this vein, comparative inquiry is of particular interest. The approach of various similarly situated jurisdictions to party-hopping will therefore be briefly examined.

*Dans cette veine, le droit
comparé revêt un intérêt
particulier et fera donc l'objet
d'un bref survol.*

SOMMAIRE

I.	Introduction	633
A.	La « judiciarisation politique » et ses causes	633
B.	La problématique du phénomène grandissant des « transfuges politiques »	634
II.	Participation démocratique faussée	636
A.	Le cas de David Emerson et des électeurs de Vancouver- Kingsway	637
B.	« <i>Crossing the floor</i> » : l'émergence d'une nouvelle pratique politique?	638
C.	Justifications traditionnelles de la pratique	639
D.	La distinction à faire entre les indépendants et les transfuges	640
E.	Une pratique vraisemblablement à l'encontre du processus démocratique	641
III.	Une réglementation possible?	642
A.	Modèle constitutionnel allemand, sa rationalité sous-jacente et sa pertinence au Canada	643
B.	Principe constitutionnel de la <i>participation utile</i> au Canada	644
C.	Le fragile équilibre entre la liberté d'expression du député et celle de ses électeurs	645
D.	Les préoccupations reliées à une résolution juridique de la question des transfuges politiques	647
IV.	Le droit comparé	648
A.	La Nouvelle-Zélande	648
B.	La Belgique	649
C.	L'Inde	649
D.	L'Afrique du Sud	649
V.	Conclusion	650

INTRODUCTION

A. LA « JUDICIARISATION POLITIQUE » ET SES CAUSES

L'intervention de plus en plus active des tribunaux dans les questions réputées « politiques » et dans l'élaboration des politiques publiques reflète un phénomène que Michael Mandel baptise la « judiciarisation du politique »¹. De plus en plus, on a tendance à critiquer — voire délégitimer les tribunaux, et la Cour suprême en particulier, pour avoir « pris trop de place » dans la conception des politiques publiques².

À quoi doit-on ce phénomène? Le fait que les tribunaux jouent un rôle *réactif* plutôt qu'*initiateur*³ dans le discours public⁴ laisse à croire que ce sont nous, les citoyens qui élimons de plus en plus la voie juridique au détriment des recours politiques traditionnels⁵.

Il semblerait que cette réalité croissante découle non dudit « activisme judiciaire »⁶ mais qu'elle soit directement

1. M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Éditions Boréal, 1996, 383 p.

2. Parmi les questions les plus controversées abordées par la Cour suprême récemment, voir l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, concernant la constitutionnalité des lois interdisant de prendre une assurance médicale privée, et le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698. Pour une discussion plus poussée sur l'activisme judiciaire, voir : P. HOGG, A. BUSHNELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; C.P. MANFREDI, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2^e éd., Don Mills, Oxford University Press, 2001, 276 p.; G.A. BEAU-DOIN, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003) 48 *R.D. McGill* 325; A. MOREL, « La Clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 *R. du B. can.* 81; L. WEINRIB, « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights Under Canada's Constitution », (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 699; J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, 268 p.

3. I. BUSHNELL, *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1992, 604 p.

4. Ce que Hogg nomme le « dialogue ». Voir P. HOGG, A. BUSHNELL, *loc. cit.*, note 2.

5. N. REDLICH, « Judges as Instruments of Democracy », dans S. SHETREET (ed.), *The Role of Courts in Society*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, 491 p.; P. MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism, and the Supreme Court of Canada*, Agincourt, Carswell, 1987, 260 p.

6. À ce sujet, voir aussi l'important ouvrage de : K. ROACH, *The Supreme Court on Trial*, Toronto, Irwin Law, 2001, 352 p.

issue du *désenchantement préoccupant* du public face aux institutions politiques représentatives de l'État⁷ (qui semblent d'ailleurs elles aussi déléguer les questions les plus épineuses aux tribunaux)⁸.

Pis encore, cette « judiciarisation du politique »⁹ semble être alimentée par une perception publique de la nature tant inaccessible que corrompue des voies classiques d'influence politique¹⁰.

L'habileté de participer utilement au processus démocratique est de ce fait remise en question¹¹.

B. LA PROBLÉMATIQUE DU PHÉNOMÈNE GRANDISSANT DES « TRANSFUGES POLITIQUES »

Ceci est d'autant plus vrai à la lumière du phénomène grandissant des « transfuges politiques »¹² sur la scène fédérale

7. M.A. GLENDON, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991, 218 p.

8. Notamment : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, note 2. Voir aussi : N. STEPHENS, « The Changing Role of the Courts in Society », dans S. SHETREET (ed.), *Judging in Society*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 467-485; A. HUTCHINSON, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, 269 p.; D. GAMBRILL, « Politicians Leaving Complex Issues to the Courts », *Law Times*, 28 October 2002. Selon ce dernier : « We can often take notice of the lack of political power to tackle certain issues that are raised. The effect of this reticence is often to push towards the courts certain fundamental questions that members of Parliament would have better resolved through a large debate [...] the result definitely is to avoid this often necessary public debate and provoke accusations of judicial activism on behalf of the media and the public ».

9. M. MANDEL, *supra*, note 1, p. 1.

10. F.L. MORTON, R. KNOPFF, *The Charter Revolution & the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000, 227 p.

11. Par exemple, la couverture médiatique du scandale Emerson : « Elected as Liberal, Emerson joins Conservative cabinet », [En ligne]. http://www.cbc.ca/news/viewpoint/yourspace/emerson_switch.html; H. BUZZETTI, « Libéraux et conservateurs s'en prennent à David Emerson », *Le Devoir*, 10 février 2006; « Un transfuge dans le cabinet Harper », LCN Québec, [En ligne]. <http://lcn.canoe.com/lcn/infos/national/archives/2006/02/20060206-134524.html> (page consultée le 14 avril 2006).

12. Pour une description du phénomène à l'échelle mondiale, voir : W.B. HELLER, C. MERSHON, « Theoretical and Empirical Models of Party Switching », présentée à la conférence intitulée : *Workshop of the Research Work Group*, Dublin, 2004, [En ligne]. <http://faculty.virginia.edu/partyswitching/papers.html> (page consultée le 17 avril 2006).

canadienne¹³ — fait qui risque tant de mettre en doute les postulats épistémologiques de l'expression politique utile que la perception de l'intégrité du processus politique¹⁴.

Pour citer le Sénat de Belgique dans la même veine¹⁵ :

Les gens n'ont guère confiance dans la démocratie parlementaire. L'image qu'ils ont des partis politiques est loin d'être reluisante. Elle est encore détériorée par les désertions et ralliements de transfuges parlementaires.... Ces changements d'appartenance politique portent atteinte au sens même de la démocratie parlementaire. En effet, dans notre système parlementaire, les partis politiques jouent un rôle important. Ils se présentent aux élections munis d'un programme déterminé et proposent des candidats qui s'engagent à réaliser celui-ci au mieux de leurs possibilités. Les électeurs votent pour ces partis et pour le programme que ceux-ci défendent. Sans doute la popularité des candidats joue-t-elle aussi un rôle, mais il faut savoir que, si elle a pu se développer, c'est uniquement grâce au soutien logistique et matériel de leur parti.

C'est à une réflexion sur ce type de questions que la présente est consacrée. Comme il n'apparaissait pas possible de s'attarder sur l'ensemble du phénomène juridique de l'intégrité du processus démocratique moderne en ce qui a trait à l'égalité des chances, cet article propose de discuter d'une illustration particulière d'une atteinte à ces valeurs, à savoir, la question préoccupante des transfuges politiques.

13. Tel que reflété par des statistiques recueillies par l'ancien ministre fédéral de la Santé, Ujal Dossanjh : [En ligne]. http://www.parl.gc.ca/oc/en/media/inquiry_reports/reports/Grewal_Dossanjh/annexe4.asp. À titre d'exemple de la couverture médiatique de la question, voir C. HÉBERT, « L'année de tous les transfuges », *Le Devoir*, 5 avril 2004. D'autre part, l'Assemblée nationale du Québec a en sa possession une série de documents qui traite de ce sujet. Il s'agit de la bibliographie n° 107, intitulée « Transfuges au sein des députés politiques », juillet 2005, [En ligne]. <http://www.assnat.qc.ca/fra/Bibliotheque/publications/thematiques/index.html>.

14. À titre d'exemple, voir la réaction des électeurs de Vancouver-Kingsway, le comté du transfuge David Emerson : « Un résidant du sud-ouest de l'Ontario a lancé une pétition pour que les députés fédéraux ne puissent changer d'allégeance politique sans obtenir l'assentiment de leurs électeurs », et « Un Ontarien lance une pétition réclamant des élections pour les transfuges », 6 février 2006, [En ligne]. <http://www.tqsc.ca/infos/2006/02/N020855AU.html> (page consultée le 7 février 2006).

15. Dans un rapport intitulé « Sur la légitimité du changement de parti ». Voir aussi Sénat et Chambre des Représentants de Belgique, SESSION DE 1999-2000, 6 juillet 2000.

Bien que « l'étude des partis politiques est un champ majeur de la science politique [...] au contraire l'analyse juridique s'attarde nettement moins à développer ce thème »¹⁶.

L'objectif modeste de cette étude préliminaire est de souligner l'aspect problématique de ce phénomène — tant sur le plan politique que constitutionnel, et ce, à la lumière du processus de judiciarisation de la vie politique, pour ensuite s'interroger sur les différentes formes que pourrait prendre sa réglementation éventuelle, dans l'optique du droit comparé.

L'intérêt de cette démarche, dans un premier temps, est de souligner l'atteinte à l'intégrité du système politique et du droit à l'expression utile enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés* que représentent vraisemblablement les changements d'appartenance politique sans ratification. Dans un deuxième temps, il s'agit de faire valoir l'importance d'un dénouement *politique* à la question, avant que celle-ci ne fasse l'objet d'une résolution judiciaire¹⁷.

II. PARTICIPATION DÉMOCRATIQUE FAUSSÉE

Si l'on convient en effet que, pour citer le professeur Garant ; « [l]a participation démocratique serait faussée si chaque vote n'avait pas le même poids dans la balance »¹⁸, qu'advient-il du vote des électeurs d'une circonscription dont le député change abruptement, et sans ratification, d'allégeance politique après avoir été élu sous une autre bannière? Qu'en est-il de l'utilité de l'expression des électeurs de Vancouver-Kingsway par exemple? Notre droit demeure silencieux à leur

16. J. LERON, *Pluralisme et partis politiques en droit public français*, Paris, Septentrion, 2000, p. 14-15.

17. Compte tenu de la critique de Mandel quant à la judiciarisation des débats politiques ou le « gouvernement par les juges », et au « glissement de l'exercice effectif du pouvoir politique des assemblées électives vers des juges non élus ». Voir : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Revue : F.L. MORTON, R. KNOPFF : The Charter Revolution and the Court Party », (2000) *Issuma Vol. 2*, [En ligne]. http://www.isuma.net/v01n02/gaudreault/gaudreault_f.shtml.

18. P. GARANT, « La Charte constitutionnelle de 1982 et la démocratie électorale canadienne », (1991) *21 R.D.U.S.* 429.

égard car la question des transfuges — autrefois rare¹⁹ — échappe à la réglementation²⁰.

A. LE CAS DE DAVID EMERSON ET DES ÉLECTEURS DE VANCOUVER-KINGSWAY

Pour illustrer la problématique, évoquons la controverse suscitée par le député David Emerson, passé des libéraux aux conservateurs à peine deux ou trois semaines après les élections, pour ensuite être nommé ministre²¹.

Il était sans doute naturel que plusieurs électeurs de cette circonscription disent se sentir trahis, ayant voté stratégiquement pour un parti — autant que pour son candidat — pour ensuite se voir offrir un député appartenant à une faction politique tout autre²².

Par ailleurs, il est loin d'être déraisonnable de présumer que ces derniers ont élu le candidat libéral Emerson principalement comme moyen indirect d'élire le premier ministre²³. Vu de cet angle, le vote pour le candidat libéral était une forme *d'expression politique* en faveur de ce parti et de son chef. Cependant, en raison du changement de parti d'Emerson,

19. *Ibid.*

20. Ce qui explique le manque de sources précises de droit au sujet des transfuges que l'auteur puisse citer. Jeffrey Simpson déplore cette carence, *infra*, note 26.

21. Pour un résumé des événements, voir notamment : CBC News Viewpoint. « Elected as Liberal, Emerson joins Conservative cabinet », 6 février 2006, [En ligne]. http://www.cbc.ca/news/viewpoint/yourspace/emerson_switch.html; H. BUZZETTI, « Libéraux et conservateurs s'en prennent à David Emerson », *Le Devoir*, 10 février 2006; « Un transfuge dans le cabinet Harper », *loc. cit.*, note 11.

22. Ce ministre fut appelé à démissionner à plusieurs reprises par les électeurs de sa circonscription. Voir notamment : « La pression s'accroît sur David Emerson », *Radio-Canada*, 11 février 2006, [En ligne]. <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2006/02/11/003-emerson-samedi.shtml>; N. MORISSETTE, « Un groupe exige la démission du commissaire à l'éthique », *La Presse*, 15 mars 2006; « L'influent groupe Democracy Watch exige la démission du commissaire à l'éthique pour son cafoillage, notamment dans le dossier des transfuges », [En ligne]. <http://www.cyberpresse.ca/article/20060315/CPACTUALITES/603150880/1025>; « Harper reconnaît avoir pris une décision controversée en accueillant Emerson », *Presse Canadienne*, 20 mars 2006; « Vancouver Liberals want Emerson to repay \$97,000 », *CTV News*, 8 février 2006, [En ligne]. http://www.ctv.ca/servlet/ArticleNews/story/CTVNews/20060207/emerson_riding_060207/20060208.

23. Compte tenu du fait que notre système électoral ne leur permet autrement pas de l'élire directement. Pour une introduction concise sur le fonctionnement du système canadien, voir [En ligne]. http://www.parl.gc.ca/information/library/ldb/forsey/PDFs/Les_Canadiens_et_leur_systeme-6ed.pdf.

une circonscription où les conservateurs avaient terminé *troisièmes* et où ils n'ont pas fait élire de député depuis 1958²⁴, a maintenant un député conservateur.

B. « *CROSSING THE FLOOR* » : L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE PRATIQUE POLITIQUE ?

Autrefois phénomène largement isolé²⁵, c'est surtout la fréquence accrue du changement d'allégeance politique sur la scène fédérale canadienne qui amplifie les problèmes de principe qui s'y rattachent, interpellant ainsi une réglementation efficace des transfuges²⁶.

On peut donc facilement penser à l'exemple de la défection de Belinda Stronach, qui a quitté les conservateurs l'année dernière pour se joindre au gouvernement libéral, sauvant ainsi ce dernier d'un vote de non-confiance²⁷. Ainsi, l'impact des transfuges va clairement au-delà des préoccupations des circonscriptions individuelles.

Est-ce qu'un tel résultat saura s'accorder avec nos valeurs démocratiques les plus fondamentales? Est-ce une entorse à la démocratie qui oblige éventuellement les citoyens de se replier sur le forum judiciaire? Dans un système électoral majoritaire²⁸, cela peut-il aussi constituer une violation du droit à l'expression politique le fait qu'on élise un député en fonction de son appartenance à un parti politique et que ce dernier change d'allégeance avec impunité une fois élu?

24. A. CASTONGUAY, « Le ministre libéral devenu conservateur Emerson écarte l'idée d'affronter l'électorat », *Le Devoir*, 14 février 2006.

25. M. ROSSIGNOL, « Les transfuges à la Chambre et le système de parti », *Bibliothèque de la Chambre des communes*, 1987, p. 15 : « Cela ne se fait tout simplement pas! », et à la p. 19 : « La tradition, la loyauté envers le parti, la menace de sanctions et les pressions exercées par leur parti suffisent habituellement à persuader les plus farouches dissidents de demeurer dans leur parti ».

26. Voir notamment la critique de J. SIMPSON, « Party Hopping is Dangerous to our Political Health », *Globe and Mail*, 8 février 2006, p. A-19.

27. « Belinda Stronach passe au Parti Libéral », *Radio-Canada*, 17 mai 2005, [En ligne]. <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/nouvelles/200505/17/002-stronach-liberaux-rb.shtml>.

28. Système électoral qui déclare élu le candidat ayant obtenu le plus de votes dans chaque circonscription. Voir aussi V. BOGDANOR, D. BUTLER, *Democracy & Elections: Electoral Systems and Their Political Consequences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 267 p.

Si le droit de vote est interprété de manière substantive²⁹, il se peut fort bien.

Dès alors, il convient de savoir si — et surtout comment — cela se traduit dans la réglementation politique ou juridique.

C. JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES DE LA PRATIQUE

Regardons la question de plus près, à la lumière de la *Charte canadienne de droits et libertés*.

Mais avant de ce faire, en guise de préliminaire, examinons d'abord sommairement les **justifications** traditionnellement offertes en faveur de l'habileté de changer de parti « à mi-chemin », sans la ratification des électeurs :

1. Dans un premier temps, on invoque la volonté de mieux servir ses électeurs (on a plus d'influence en tant que ministre)³⁰. Cette rationalité semble peu convaincante et même paternaliste — nous rappelant le « philosophe-roi » de Platon³¹. Ainsi, elle se prête mieux à un monde utopique qu'au nôtre. D'autre part, ceci est d'autant plus douteux compte tenu de l'importance incontestée des partis politiques comme « élément de démocratisation » et véhicule fondamental d'expression politique³².

2. Dans un deuxième temps, on invoque les *coûts* élevés d'une élection partielle. Si nous estimons que les transfuges vont à l'encontre des principes démocratiques³³, les critères

29. Pour une discussion au sujet des droits substantifs, voir notamment : *Andrews c. Law society of B.C.*, [1989] 1 R.C.S. 143.

30. Ainsi, dans un rapport qui a fait l'objet de nombreuses critiques, le commissaire à l'éthique Bernard Shapiro juge que : « Il se dit convaincu que M. Harper n'a pas offert d'incitatif à M. Emerson pour le convaincre de joindre son cabinet et son parti. Il croit M. Emerson lorsqu'il affirme que l'offre du premier ministre lui semblait une façon de mieux servir sa circonscription, sa province et son pays », « Shapiro about Emerson et Harper », *Radio-Canada*, 21 mars 2006, [En ligne]. <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2006/03/20/003-Shapiro-Emerson.shtml> (date d'accès 12 février 2006).

31. PLATON, *La République*, traduction de R. BACCOU, Éd. GF, 1966. Selon Platon, la vérité est une et elle est connue du seul philosophe. Pour une discussion récente plus détaillée du concept, voir : E. MICHEL-PIERRE, *Le philosophe-roi. Platon et la politique*, Paris, Éditions Payot, 2006, 206 p.

32. Pour une discussion détaillée du rôle central des parties, voir : J. LERON, *op. cit.*, note 16, p. 65-71.

33. Voir discussion *infra*, à la partie e. du présent texte, intitulée, « Une pratique vraisemblablement à l'encontre du processus démocratique ».

de proportionnalité développés par la jurisprudence ayant trait à la Charte³⁴ voudraient qu'on absorbe les coûts nécessaires.

3. Finalement, certains justifient l'absence de réglementation de ce phénomène en le caractérisant de « conséquence inévitable du système parlementaire canadien, d'inspiration britannique reliée à la liberté des députés de travailler selon leurs convictions »³⁵. Cela est vrai tant et en autant que ce type de changements demeurent exceptionnels et sont surtout *perçus par le public* comme étant motivés par des considérations *idéologiques*, ce qui n'est pas forcément le cas des récents changements de parti au Canada, tel que souligné *infra*.

D. LA DISTINCTION À FAIRE ENTRE LES INDÉPENDANTS ET LES TRANSFUGES

Les rationalités soulignées ci-haut sont parfaitement acceptables lorsqu'il s'agit d'un député qui est perçu quitter son parti pour siéger comme *indépendant* (comme par le passé) motivé par des considérations idéologiques; à titre d'exemple, un désaccord de principe avec le parti et non par opportunisme (tels le salaire et le statut d'un ministre)³⁶. On ne saurait empêcher un député de démissionner et de siéger comme indépendant, compte tenu de l'importance de la dissidence politique comme pierre angulaire de la liberté d'expression.

34. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 : « Même si le coût qu'entraîne l'observation de la justice fondamentale est un facteur auquel les tribunaux attachent une grande importance, le Ministre ne m'a pas convaincue que ce coût serait prohibitif au point de constituer une justification au sens de l'art. 1 ».

35. Pour citer la position du Bloc québécois, par exemple. À cet effet, voir les propos du chef de ce parti, M. Gilles Duceppe lors du deuxième débat des chefs, [En ligne]. www.radio-canada.ca/nouvelles/electionsFed2006/2005/12/16/017-debat-anglais.shtml (date d'accès le 15 mars 2006). M. Martin et M. Harper ont plaidé en faveur de la liberté des députés de travailler selon leurs convictions. Voir aussi : M. ROSSIGNOL, *supra*, note 25.

36. Selon M. ROSSIGNOL, *id.* : « Parfois un député est en désaccord avec son parti au sujet d'une décision particulière ou de l'orientation générale de sa politique. Par exemple en 1978, James Richardson a quitté les libéraux et est devenu indépendant pour protester contre la position du cabinet au sujet de la question constitutionnelle. Quant à Roch Lasalle, il a quitté le parti progressiste conservateur en 1971 et a siégé comme indépendant pendant trois ans parce qu'il n'était pas en accord avec son parti sur sa politique à l'égard du Québec ».

Nous ne saurons donc trop insister sur cette distinction entre *indépendants* et *transfuges*; entre ceux qui quittent leur parti pour siéger comme indépendants suite à un différend idéologique³⁷ et d'autres qui acceptent un poste de ministre au sein d'un autre parti. Bien qu'il soit impossible de scruter leurs véritables motifs, ces derniers risquent d'être *perçus* comme ayant quitté leur propre groupe par opportunisme³⁸. Ce dernier scénario — contrairement au premier tel que souligné ci-haut — interpelle une réponse politique, sinon juridique, en raison de sa capacité de nuire à la perception du fonctionnement équitable du système démocratique³⁹.

Perçu sous cet angle, bien que les députés doivent demeurer libres de quitter leur parti pour siéger comme indépendants — situation peu problématique sur le plan constitutionnel, cet auteur est d'avis qu'ils ne devraient pas pouvoir se joindre au parti rival pour accepter un poste plus prestigieux, sans la ratification de leurs électeurs.

E. UNE PRATIQUE VRAISEMBLABLEMENT À L'ENCONTRE DU PROCESSUS DÉMOCRATIQUE

Un bref survol des valeurs enchâssées dans notre cadre normatif constitutionnel laisse à croire que les députés transfuges vont à l'encontre de la volonté des électeurs en changeant de parti subitement et sans ratification et par ce fait risquent de ternir l'intégrité du processus électoral en remettant en question le caractère non fongible des voix. Il s'ensuit que les citoyens déjà désillusionnés s'identifieront encore moins au processus démocratique traditionnel⁴⁰. Est-il donc

37. *Id.* Pour des exemples, voir : M. ROSSIGNOL, *supra*, note 25.

38. Voir la critique soulevée contre M. Emerson, par exemple.

39. Pour l'importance de la *perception* du public du fonctionnement équitable et intègre, voir par analogie, les commentaires faits par la Cour suprême dans le contexte du système judiciaire : « Situations where the decision-makers have or are perceived to have a pecuniary interest in the outcome of the hearing before them could place their impartiality in question » : *Pearlman c. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 R.C.S. 869.

40. F.L. MORTON, R. KNOPFF, *The Charter Revolution & the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000, 227 p.; A. HUTCHINSON, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, 269 p.; D. GAMBRILL, *loc. cit.*, note 8.

surprenant que le système de justice — souvent malgré lui — semble devenir la tribune où se discutent les questions d'ordre politique, alors que l'intérêt pour la participation politique régresse⁴¹?

Malgré l'état actuel des choses — bien que le bon déroulement du système politique soit au carrefour de la science politique et du droit dans une époque marquée par une prise de distance importante avec les électeurs⁴² — le droit canadien demeure silencieux au sujet des transfuges.

III. UNE RÉGLEMENTATION POSSIBLE?

Une halte s'impose.

Comme nous le confirme Yigal Mersel : [Traduction] « Dans le cadre d'un gouvernement démocratique moderne, certaines questions relatives aux activités des partis politiques doivent faire l'objet d'une réglementation efficace. Précisons que la nécessité de soumettre les partis politiques à la réglementation découle des déficiences et des divers échecs dont font preuve ces entités dans leur mission représentative. Bien que la réglementation de certaines de ces activités puisse se faire à travers un régime statutaire, ou même s'autogérer [par exemple : codes déontologiques], dans d'autres cas, il peut s'avérer nécessaire d'adopter des principes qui guideront la réglementation par le biais de l'interprétation des droits démocratiques, de l'égalité, et de la liberté d'expression, enchâssées respectivement dans le cadre d'une constitution formelle »⁴³.

41. C.P. MANFREDI, *op. cit.*, note 2; F.L. MORTON, R. KNOPFF, *op. cit.*, note 10; M. JACKMAN, « Separate but not Apart : The Role of the Courts in Canada's Post Charter Democracy », dans D. MAGNUSSON, D.A. SOBERMAN, W.R. LEDERMAN, *Canadian Constitutional Dilemmas Revisited*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queens University, 1997, 182 p.; R. DEVLIN, W. MACKAYS, N. KIM, « Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary or Towards a 'Triple P' Judiciary », (2000) 38 *Alta. L. Rev.* 734; M. SANDEL, *Democracy's Discontent*, Cambridge, Belknap Press, 1996, 417 p.

42. *Id.* Voir aussi : J. LERON, *op. cit.*, note 16.

43. Y. MERSEL, *The Constitutional Status of Political Parties*, thèse doctorale publiée en hébreu, Université Hébraïque de Jérusalem, 2002.

A. MODÈLE CONSTITUTIONNEL ALLEMAND, SA RATIONALITÉ SOUS-JACENTE ET SA PERTINENCE AU CANADA

En Allemagne, par exemple, où les droits constitutionnels tels la liberté d'expression se prêtent à une interprétation « positive »⁴⁴ (pour emprunter la terminologie du regretté Isaiah Berlin, qui nous propose une dichotomie entre les « droits négatifs » et les « droits positifs »)⁴⁵, la valeur de la démocratie interne du parti est considérée comme allant de soi⁴⁶.

Ainsi, la *Loi fondamentale de 1949 (Grundgesetz)* prévoit au sujet des partis politiques que « leur organisation interne devra se conformer aux principes démocratiques » (article 21, para. 1)⁴⁷.

Bien que ça dépasse le cadre de la présente étude d'analyser le modèle allemand, notons que cet article enchâsse la

44. Arrêt de la Cour constitutionnelle d'Allemagne traitant du devoir de l'État de prendre des mesures actives pour protéger le droit à la vie dans le contexte d'une décision controversée portant sur l'avortement : (1995) BVerfGE 39, p. 1.

45. Sir I. BERLIN, « Deux conceptions de la liberté », *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1994; Sir I. BERLIN, « Two Conceptions of Liberty », in his *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, 213 p.

46. Pour une discussion générale de la « démocratie militante » allemande, voir l'arrêt du 17 août 1956, de la Cour constitutionnelle allemande : 5 BVerfGE 85, p. 141-42. Voir aussi : M. ROSENFELD, « Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts », (2004) 2 *Int'l J. Const. L.* 633. Selon lui, la différence entre la conception libertaire de droits privilégiée aux États-Unis et la notion de « droits positifs » en Allemagne se résume de la manière suivante : « This difference — one with significant repercussions on the conception and justification of constitutional adjudication — is that between the American conception of fundamental rights as essentially “negative rights” of the citizens against the state and the Continental conception of fundamental rights as essentially “positive rights” creating citizen entitlements that require affirmative state intervention for their realization ».

47. D.P. CURRIE, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994; D. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2^e éd., Durham, Duke University Press, 1997, p. 363. Voir aussi T. POGUNTKE, « Parties in a Legalistic Culture: The Case of Germany », in R. KATZ, P. MAIR (eds), *How Parties Organise: Change and Adaptation in Party Organisations in Western Democracies*, London, Sage, 1994, 375 p.; M. RUSSEL, C. O'CONNOR, « Positive Action to Promote Women in Politics: Some European Comparisons », (2003) 52 *I.C.L.Q.* 587 : « The main law building upon Article 21 of the Basic Law is the Federal Party Law (Parteiengesetz) of 1967. Section 1(2) of the Party Law includes the presentation of candidates for elections among the basic functions of a political party : The parties contribute to the political motivation of the people at all levels of public life. They achieve this in particular by influencing public opinion, stimulating and enhancing political education, fostering active public participation in political life, educating competent citizens to take on public responsibilities, by selecting candidates to stand in federal, Länder and communal elections, by influencing political development in parliament and in

notion de « démocratie militante », à savoir, un état dont la constitution lui permet de se défendre contre des forces internes qui risquent de la miner en fixant des limites à certains droits, tels la liberté d'expression, reconnaissant qu'une démocratie doit respecter les conditions substantives d'une telle forme de gouvernement (non seulement procédurales)⁴⁸.

Suivant cette tradition, et en l'absence d'intervention politique au sujet des transfuges sur la scène fédérale canadienne, il deviendra peut-être nécessaire de mettre le changement de parti à mi-chemin (surtout les plus suspects sur le plan des motivations de gain personnel pour ce qui a trait à la perception publique) à l'épreuve constitutionnelle.

En d'autres termes, il faudrait déterminer si les droits démocratiques garantis par la Charte — particulièrement les droits démocratiques — ont ou devraient avoir l'effet de contraindre les transfuges (contrairement aux indépendants) de démissionner pour pouvoir mettre à l'épreuve leur nouvelle allégeance à l'occasion d'une élection partielle. Élaborons.

B. PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA PARTICIPATION UTILE AU CANADA

Il convient de préciser ici que la *Charte canadienne des droits et libertés* enchâsse le droit de vote et le droit à l'expression politique utile.

Spécifiquement pour nos fins, l'article 3 garantit le droit de participer *utilement* au processus électoral. Ici, le cadre de référence est la jurisprudence qui s'y rattache. En effet,

government, by feeding their political goals into the general political process, and by providing for a lively connection between the people and the organs of the state. Section 17 regulates selection of candidates, and again requires a minimum level of internal party democracy. However, the detail is left to party statutes and election law ».

48. À titre d'exemple : « Unlike the United States, where almost all political speech receives strong constitutional protection, the German Basic Law allows the banning of political parties that advocate totalitarianism or racial hatred. Following the logic of "militant democracy" ». Voir D.P. CURRIE, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, p. 8-24 ; D.P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2^e éd., Durham, Duke University Press, 1997, p. 7-10, 30-49 ; D.P. KOMMERS, « Comparative Constitutionalism German Constitutionalism: A Prolegomenon », (1991) 40 *Emory L.J.* 837. Voir aussi A. BARAK, « The Role of a Supreme Court in a Democracy: The Fight Against Terrorism », (2003) 58 *U. Miami L. Rev.* 125 et A. BARAK, Foreword: « A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy », (2002) 116 36 *Harv. L. Rev.* 16.

depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, la jurisprudence a eu l'occasion de définir les composantes de ce principe.

Dans l'arrêt *Figueroa*⁴⁹ par exemple, la Cour suprême estime que : « [l']objet de l'art. 3 est la représentation effective. Cet article doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral »⁵⁰. Comme l'indique cet extrait, « notre Cour a déjà jugé que l'article 3 a pour objet de conférer à tout citoyen non seulement le droit d'être représenté par un député fédéral ou provincial et d'élire ce député, mais aussi celui de jouer un rôle significatif dans le processus électoral »⁵¹.

Ainsi, la construction de toute norme régissant les transfuges devra s'appuyer d'abord sur cette théorie, car le concept de participation utile au processus électoral est devenu un critère d'une véritable démocratie⁵².

Cette exigence doit ensuite se traduire concrètement dans l'ordre juridique.

C. LE FRAGILE ÉQUILIBRE ENTRE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DU DÉPUTÉ ET CELLE DE SES ÉLECTEURS

Par ailleurs, comme nous l'explique la Cour suprême : « [l]a liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique [...] en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans

49. *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912.

50. Comme l'a écrit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 : « [...] l'interprétation [d'une disposition de la *Charte*] doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ».

51. Pour une discussion plus poussée des droits démocratiques et de l'expression politique, voir : C. FEASBY, « Freedom of Expression and the Law of Democratic Process », (2005) 29 *Sup. Ct. L. Rev.* 237.

52. Ce qui distingue celle-ci de la forme de gouvernement appelée « démocratie » formellement. J. LERON, *Pluralisme et partis politiques en droit public français*, Paris, Septentrion, 2000, 583 p.

nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous »⁵³.

Compte tenu de l'observation de la Cour suprême dans ce contexte, voulant que « les tribunaux ne doivent pas se limiter au texte de l'article 3. Ils doivent en faire une interprétation libre et théléologique [...] cette disposition doit être interprétée en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral »⁵⁴, il est soumis que la réglementation du processus politique devraient reposer avant tout sur *le devoir de l'État* d'adopter des mesures *positives* pour promouvoir la liberté d'expression au sein du processus politique, afin de freiner cette désaffectation problématique.

En d'autres termes, fidèle à la tradition rawlsienne⁵⁵, l'équilibre doit se faire entre la liberté d'expression des députés et leur devoir envers les électeurs — ou en d'autres termes, le droit des électeurs à une participation authentique et la perception d'une telle participation de l'autre. *A fortiori* devant le désenchantement croissant de ces derniers menant à la judiciarisation du politique.

Il ne s'agit donc pas d'actions dont l'État doit s'abstenir à l'égard de ses citoyens (libertés négatives) mais de droits positifs qu'il est tenu de leur garantir⁵⁶. Plus précisément, le droit de s'exprimer utilement, selon une construction égalitaire de la Charte⁵⁷.

53. Dans l'arrêt *Libman c. Québec*, [1997] 3 R.C.S. 569 : « Le principe d'équité en matière électorale découle directement d'un principe consacré par la Constitution, soit le principe d'égalité politique des citoyens et citoyennes [...] ».

54. *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912.

55. J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 360. À ce sujet, voir : C. FEASBY, « *Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model* », (1999) 44 *McGill L.J.* 5.

56. Une façon allemande de voir les choses d'orientation, décrite ci-haut.

57. Prôner un modèle égalitaire à l'instar du modèle libertain selon Jamie Cameron : « Le modèle égalitaire est inspiré de la tradition canadienne d'impartialité et d'équité (fairness) dans la réglementation électorale mais aussi de la philosophie libérale de John Rawls. Comme nous l'explique Cass Sunstein (*Democracy and the Problem of Free Speech*) le refus de réglementer l'expression électorale afin de protéger les plus faibles équivaut à une décision consciente de favoriser les intérêts puissants et privilégiés aux dépens des moins aisés ».

Par conséquent, il semblerait qu'une des entraves principales à la prévention du désintérêt des citoyens à l'égard du processus politique est le rejet de la théorie des droits positifs dans la protection de la liberté d'expression politique⁵⁸, exacerbé par la réticence des élus à réglementer le cas des transfuges⁵⁹.

Face à l'échec du système politique dans cette veine, une résolution judiciaire risque de s'imposer, tandis qu'un dénouement politique de ce phénomène est clairement souhaitable.

D. LES PRÉOCCUPATIONS RELIÉES À UNE RÉOLUTION JURIDIQUE DE LA QUESTION DES TRANSFUGES POLITIQUES

Contrairement aux décisions *politiques*, dites représenter la volonté de la majorité actuelle — par leur nature temporaire et susceptible de changer lors des prochaines élections — le droit, et plus particulièrement le droit constitutionnel, évoque la permanence. En effet, la fonction même du droit est de régir les relations humaines et régler les différends en adoptant des règles stables. Des règles qui sont sensées refléter le consensus et qui ne devraient donc pas être facilement remplacées. Des règles *über* légitimes⁶⁰ qui vont au-delà des querelles politiques et qui recherchent le bien social. Voici le danger que peut représenter une résolution juridique de la question des transfuges en l'absence d'une solution au niveau politique⁶¹. Selon Russel :

[...] excessive reliance on litigation and the judicial process for settling contentious policy issues can weaken the sinews of our

58. C. FEASBY, *loc. cit.*, note 51.

59. Tel qu'illustré par le rejet de plusieurs projets de loi successifs. Par exemple, le projet de loi C-251 obligerait les élus à siéger comme indépendants en attendant une élection partielle ou la prochaine élection générale, où ils pourraient alors se présenter sous leurs nouvelles couleurs. Cette législation avait été rejetée par 191 voix contre 60 en mai 2005.

60. M. MANDEL, *op. cit.*, note 1.

61. Voir le site Web du NPD, en ligne : <http://www.npd.ca/page/3547> (date d'accès le 17 avril 2006) : « En réponse à la demande du député néo-démocrate Peter Julian (Burnaby-New Westminster) d'enquêter sur la décision du premier ministre Harper de nommer un ancien libéral, le député David Emerson à son cabinet, le commissaire à l'éthique, Bernard Shapiro a reconnu que bien que cette démarche ne soit pas en conflit direct avec le code des membres, il faudrait aborder la question de changement d'allégeance politique : "Je crois que la recherche de solution en vue d'aborder l'existence de cette différence [entre l'application des règles et l'application

democracy. The danger here is not so much that non-elected judges will impose their will on a democratic majority, but that questions of social and political justice will be transformed into technical legal questions and the great bulk of the citizenry who are not judges and lawyers will abdicate their responsibility for working out reasonable and mutually acceptable resolution of the issues that divide them.⁶²

Comment donc favoriser le retour du débat public au forum politique et le renouveau politique?

IV. LE DROIT COMPARÉ

En ce qui concerne les transfuges particulièrement, le droit comparé revêt un intérêt particulier et devrait être soigneusement étudié avant de procéder à une réglementation quelconque des transfuges. Ceci dit, soulignons dès le départ qu'une analyse plus approfondie du droit comparé en l'espèce dépasse le cadre du présent texte. Toutefois, quelques exemples saillants méritent considération quoique, pour leur rendre justice, une étude plus approfondie serait indispensable.

A. LA NOUVELLE-ZÉLANDE

Un survol — même succinct — de la manière dont d'autres démocraties ont abordé la question épineuse des transfuges est édifiant. Prenons l'exemple de la Nouvelle-Zélande qui, pour sa part, a adopté une loi (*Electoral Integrity Act*, 2001) — récemment renouvelée — ayant pour but d'interdire les changements de parti sans ratification et « de rehausser l'intégrité du système électoral »⁶³. La loi en question

des principes éthiques mêmes] et trouver une façon de régler ce genre de question à l'avenir requiert la tenue d'un débat ouvert, rigoureux et politique, afin qu'une politique publique convenable soit développée par l'entremise du processus politique...". Tel que le révèle l'enquête Harper-Emerson : « le cas qui nous occupe semble avoir suscité chez bon nombre de citoyens le "sentiment" que leur vote — pierre angulaire de notre régime démocratique — avait en quelque sorte perdu de sa valeur, voire été trahi », Bureau du Commissaire à l'éthique, *Enquête Harper-Emerson*, p. 14.

62. P.H. RUSSEL, « The Political Purposes of the Charter of Rights and Freedoms », (1983) 61 *Canadian Bar Review* 30.

63. Notons cependant que leur système électoral diffère du nôtre. En 1993, la Nouvelle-Zélande a adopté un système électoral par représentation proportionnelle mixte.

oblige les députés qui changent de parti à mi-chemin soit de démissionner soit de siéger en tant qu'indépendants.

B. LA BELGIQUE

Il en va de même pour la Belgique qui, pour ce qui a trait aux élections communales, a institué une mesure anti-transfuge le 2 juin 1987, reprise dans la *Nouvelle loi communale* sous l'article 15 (1988). Cette mesure, dont les particularités sont propres au système belge, a d'ailleurs survécu à une attaque constitutionnelle en cour d'arbitrage⁶⁴.

C. L'INDE

De manière similaire, pour contrecarrer les transfuges politiques, devenus de plus en plus fréquents et problématiques⁶⁵, en ce pays de tradition britannique, le Parlement indien a légiféré en 1985 pour interdire la « défection politique » (loi amendée par l'*Acte constitutionnel* en 2003). Les juristes indiens soulignent l'importance particulière d'interdire les transfuges dans les systèmes électoraux majoritaires, tels le nôtre :

[...] any change in the party affiliation of some members belonging to the ruling party or coalition may reduce its majority and lead to the fall of the government [...] the objective of the anti-defection laws is to regulate the shifting of party allegiance by legislators⁶⁶.

D. L'AFRIQUE DU SUD

Finalement, le cas de l'Afrique du Sud est particulièrement intéressant. Bien que la Constitution fut amendée pour

64. Dispositions anti-transfuges, arrêt n° 5/2003 et n° 135/2003, [En ligne]. <http://www.grondwettelijkhof.be/public/f/Rapports/rapport-2003-f.pdf>. *Nouvelle loi communale*, articles 1 et 15, 24 juin 1988 et l'ordonnance du 18 juillet 2002. Pour une description détaillée, [En ligne]. <http://www.arbitrage.be/public/f/Rapports/rapport-2003-f.pdf>.

65. Voir le rapport MALHORTA, [En ligne]. http://www.asgp.info/documents/plenary_minutes_mexico_2004.pdf.

66. *Ibid.*

permettre la défection politique (« crossing the floor provision ») en mars 2003⁶⁷, les transfuges sont toujours réglementés de manière significative. En d'autres termes, il est seulement permis de changer d'appartenance politique durant certaines périodes très précises et très bien définies dans l'annexe 6(b) de l'amendement en question⁶⁸ (dont les détails dépassent le cadre de la présente discussion). Bien qu'il est généralement accepté que les transfuges sont moins problématiques dans un pays tel l'Afrique du Sud ayant un système de représentation proportionnelle, cet amendement — perçu comme étant pro-transfuge — continue à faire l'objet d'une critique intense⁶⁹.

CONCLUSION

Si le droit à l'expression politique *utile*⁷⁰ est véritablement lésé, l'absence de réglementation de cette question est

67. Le cadre normatif se trouve au site suivant : http://www.doj.gov.za/2004dojsite/legislation/notices/n2002/2002_notice_constitution.htm.

68. « Amendment of section 47 of Act 108 of 1996

2. Section 47 of the Constitution is hereby amended by the substitution for subsection (3) of the following subsection:

“(3) A person loses membership of the National Assembly if that person—(...)

(c) other than in accordance with Schedule 6B, ceases to be a member of the party that nominated that person as a member of the Assembly.”

Schedule 6B

Retention of membership of National Assembly or provincial legislature, after a change of party membership, mergers between parties, subdivision of parties and subdivision and merger of parties, and filling of vacancies

(a) for a period of 15 days from the first to the fifteenth day of September in the second year following the date of an election of the legislature; and

(b) for a period of 15 days from the first to the fifteenth day of September in the fourth year following the date of an election of the legislature. »

69. Dans une récente entrevue, le président du parti politique SAPA, Inkatha Freedom Party, Mangosuthu Buthelezi note : « Floor-crossing is like the HI-virus because it robs the political system of all honor, holding political parties hostage by rendering them unable to discipline their own members. It allows the emergence of careerists, self-serving politicians, which are a very strange breed because they do not honor the sanctity of the vote cast in the ballot box », [En ligne]. http://www.mg.co.za/articlepage.aspx?area/breaking_news/breaking_news_national&articleid'261355; Après avoir survécu à une attaque constitutionnelle : *United Democratic Movement v. The President of the Republic of South Africa et al*, CCT 23/2002, [En ligne]. <http://concourt.law.wits.ac.za/files/udm/courtrecords/udm36.pdf?PHPSESSID'1f03f0d8a7c871e25cc20e2fecc26e40>.

70. Voir la jurisprudence de la Cour suprême du Canada à cet effet, citée dans la partie b. du présent texte, intitulée « Principe constitutionnel de la *participation utile* au Canada ».

effarante. Il semblerait que ceux qui craignent la désuétude du processus politique traditionnel et une montée du soi-disant « activisme judiciaire »⁷¹ devraient vraisemblablement s'attaquer de toute urgence à la réglementation des transfuges comme moyen de contrecarrer l'érosion de la crédibilité des partis politiques et la sensation de futilité qui l'accompagne⁷². En l'absence de réglementation, le principe reste sans concrétisation.

Karen Eltis
Faculté de droit
Section de droit civil
Université d'Ottawa
57 Louis-Pasteur, bureau 325
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800 poste 3253
Télé. : (613) 562-5121
karen.eltis@uottawa.ca

71. Situation décriée par F.L. MORTON et R. KNOPFF, *supra*, note 10, p. 2.

72. Généralement, à ce sujet voir : J.H. ELY, *op. cit.*, note 2; F.L. MORTON, R. KNOPFF, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992, 494 p.; E. BENVENISTI, « Exit and Voice in the Age of Globalization », (1999) 98 *Michigan L. Rev.* 167; F.L. MORTON, R. KNOPFF, « The Charter Revolution & The Court Party », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 531. Selon C.P. MANFREDI, *op. cit.*, note 2, p. 213 : « What has occurred during the Charter era [...] [is] the legal seduction of politics. The willingness of interest groups to pursue their political agendas through Charter litigation and the general acquiescence of both the public and government to Supreme Court Charter decisions reflect the relatively new assumption that almost every issue, and certainly the most divisive moral issues, is better resolved through the judicial process than through the conventional political process. »