



HAL
open science

La justice constitutionnelle au Royaume-Uni : contribution à une théorie générale de la justice constitutionnelle

Quentin Butavand

► **To cite this version:**

Quentin Butavand. La justice constitutionnelle au Royaume-Uni : contribution à une théorie générale de la justice constitutionnelle. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2021. Français. NNT : 2021PA100078 . tel-03607004

HAL Id: tel-03607004

<https://theses.hal.science/tel-03607004v1>

Submitted on 12 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Membre de l'université Paris Lumières

Quentin BUTAVAND

La justice constitutionnelle au Royaume-Uni

*Contribution à une théorie générale de la justice
constitutionnelle*

Thèse présentée et soutenue publiquement le **vendredi 3 septembre 2021**
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public** de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Madame Charlotte GIRARD (Université Paris Nanterre)

Jury* :

Rapporteur-e :	Mr Denis BARANGER	Professeur, Université Paris 2 Panthéon-Assas
Rapporteur-e :	Mme Vanessa BARBÉ	Professeure, Université Polytechnique Hauts-de-France
Membre du jury :	Mme Céline ROYNIER	Professeure, CY Cergy Paris Université
Membre du jury :	Mr Aurélien ANTOINE	Professeur, Université Jean Monnet Saint-Etienne
Membre du jury :	Mme Charlotte GIRARD	Maîtresse de conférences HDR, Université Paris Nanterre

* Vous pouvez rajouter ou enlever des lignes au tableau, ou modifier les fonctions (remplacer Membre du jury par Rapporteur-e par exemple).
N'oubliez pas de supprimer ces deux lignes de texte à la fin de votre rédaction.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma gratitude à la maîtresse de conférences, Madame Charlotte Girard, qui a dirigé ce travail et qui m'a apporté, tout au long de ce long parcours doctoral, les conseils, le soutien et l'écoute nécessaires pour me permettre de mener à bien ce projet.

Mes remerciements vont également à mes parents, qui ont toujours cru en la beauté de cette aventure, et sans qui l'inscription en doctorat n'aurait pas été envisageable.

Enfin, j'adresse de chaleureuses pensées à tous et toutes mes ami(e)s et aux membres de ma famille, pour le soutien vif qu'ils m'ont apporté tout au long de la thèse..

« L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : L'EMPRISE DU JUGE SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE56
Titre I : L'emprise du juge et le <i>common law</i>	60
Chapitre I : Le <i>common law</i> et l'ordre constitutionnel	62
Chapitre II : Le juge et les forces du <i>common law</i>	122
Titre II : L'emprise du juge et l'action du législateur	180
Chapitre I : Le juge et les « <i>intégrations européennes</i> ».....	184
Chapitre II : Le juge et l'organisation territoriale britannique	289

**SECONDE PARTIE : LA FAIBLESSE DES CITOYENS ET LA
PUISSANCE DES REPRÉSENTANTS DANS LA JUSTICE
CONSTITUTIONNELLE 351**

Titre I : La faiblesse du peuple dans la justice constitutionnelle ---- 356

Chapitre I : Les faiblesses du « *peuple électorat* » dans la justice
constitutionnelle ----- 358

Chapitre II : Les faiblesses du « *peuple composite* » dans la justice
constitutionnelle ----- 425

**Titre II : La puissance inégale des représentants dans la justice
constitutionnelle----- 527**

Chapitre I : La puissance des représentants dans la justice
constitutionnelle par le débat parlementaire ----- 530

Chapitre II : L'influence incertaine des commissions et organismes
spécifiques de protection des règles constitutionnelles ----- 593

Chapitre III : L'implication des représentants dans la justice
constitutionnelle par le *soft law* ----- 671

CONCLUSION GÉNÉRALE..... 717

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>AC</i>	<i>Law Reports, Appeal Cases</i>
<i>All ER</i>	<i>All England Law Reports</i>
<i>AM</i>	<i>Assembly member</i>
<i>BAME</i>	<i>Black, Asian & other Minority Ethnic</i>
<i>CA</i>	<i>Court of Appeal</i>
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice de la Communauté européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CRA 2005	<i>Constitutional Reform Act 2005</i>
<i>CSA</i>	<i>Campaign for a Scottish Assembly</i>
<i>ECA 1972</i>	<i>European Community Act 1972</i>
<i>EUWA 2018</i>	<i>European Union (Withdrawal) Act 2018</i>
<i>EWCA</i>	<i>England and Wales Court of Appeal</i>
<i>EWCA Civ.</i>	<i>England and Wales Court of Appeal (Civil Division)</i>
<i>EWHC</i>	<i>England and Wales High Court</i>
<i>EWHC (Admin)</i>	<i>England and Wales High Court (Administrative Court)</i>

<i>EWHC Ch</i>	<i>England and Wales High Court (Chancery Division)</i>
<i>FOIA 2000</i>	<i>Freedom of Information Act 2000</i>
<i>FTPA 2011</i>	<i>Fixed-Term Parliament Act 2011</i>
<i>GANHRI</i>	<i>The Global Alliance of National Human Rights Institutions</i>
<i>HRA 1998</i>	<i>Human Rights Act 1998</i>
<i>ICTA</i>	<i>Income and Corporation Taxes Act</i>
<i>IHRAR</i>	<i>Independent Human Rights Act Review</i>
<i>IMA</i>	<i>Independent Monitoring Authority</i>
<i>JAC</i>	<i>Judicial Appointments Commission</i>
<i>JCHR</i>	<i>Joint Committee on Human Rights</i>
<i>JPP</i>	<i>Judicial Power Project</i>
<i>KB</i>	<i>King's Bench</i>
<i>MP</i>	<i>Member of Parliament</i>
<i>MSP</i>	<i>Member of Scottish Parliament</i>
<i>NDPB</i>	<i>Non-Departmental Public Body</i>
<i>ONG</i>	<i>Organisation non gouvernementale</i>
<i>PGD</i>	<i>Principes généraux du droit</i>
<i>PIDCP</i>	<i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>
<i>PIDESC</i>	<i>Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels</i>
<i>PMQT</i>	<i>Prime Minister Question Time</i>
<i>QB</i>	<i>Queen's Bench</i>
<i>SC</i>	<i>Court of Session</i>
<i>SCR</i>	<i>Supreme Court Reports</i>
<i>SNHRI</i>	<i>Sub-National Human Rights Institution</i>

<i>SNP</i>	<i>Scottish National Party</i>
<i>UCL</i>	<i>University College of London</i>
UE	Union européenne
<i>UKHL</i>	<i>United Kingdom House of Lords</i>
<i>UKIP</i>	<i>United Kingdom Independence Party</i>
<i>UKPC</i>	<i>United Kingdom Privy Council</i>
<i>UKSC</i>	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
<i>WLR</i>	<i>Weekly Law Reports</i>

INTRODUCTION

1. La justice constitutionnelle est « *parfaitement concevable dans les États qui ne connaissent qu'une seule légalité* »¹. Ces mots de Charles Eisenmann intriguent et peuvent paraître, au premier regard, contre-intuitifs en raison de certains réflexes acquis en matière de justice constitutionnelle. Figure parmi eux, celui de concevoir avec difficulté l'existence d'une telle justice dans le cadre d'une constitution souple, c'est-à-dire d'une constitution qui peut être modifiée par la loi ordinaire et partant qui, contrairement à une constitution rigide, ne peut bénéficier de la protection d'une procédure spécifique de révision.

2. La Constitution britannique est classiquement présentée comme une constitution souple -elle peut être révisée par la procédure législative ordinaire- selon la terminologie proposée par James Bryce en 1884². Dans ce cadre, comment comprendre la justice constitutionnelle quand on considère que le législateur peut à sa guise modifier les règles constitutionnelles ? Comment concevoir la justice constitutionnelle quand le juge ne peut s'appuyer sur un texte nommé Constitution, protégé des actions des politiques gouvernementales ordinaires ? Charles Eisenmann complétait ses propos et mettait l'accent sur le peu d'intérêt de la justice constitutionnelle dans les pays à constitution souple, cette justice se bornant alors à une simple vérification des procédures³.

¹ EISENMANN Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Editions Economica, 1986, 383 p., pp. 20-21.

² BRYCE James. *Constitutions*, New York and London, Oxford University Press American Branch, 1905, 341 p.; BRYCE James. « Constitutions flexibles et Constitutions rigides (1884) », *Jus Politicum – n°11 Les mutations du droit public*, 2013, [en ligne], [consultée le 30 janvier 2014], <http://www.juspoliticum.com/Constitutions-flexibles-et.html>.

³ EISENMANN Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit.

3. Les propos de Charles Eisenmann n'intriguent pas seulement, ils invitent, selon nous à un voyage, à une exploration, à un questionnement sur ce qu'est la justice constitutionnelle dans un pays qui ne connaît qu'une seule légalité comme le Royaume-Uni.

4. Un tel périple suppose certaines vérifications préalables. Parmi elles, se trouve celle de la connaissance de ce qu'est la Constitution britannique. En effet, la justice constitutionnelle est, avant toute chose, une justice qui porte sur la constitution. Il semble qu'on ne peut rendre compte des règles constitutionnelles du Royaume-Uni qu'en adoptant une acception large de la notion de constitution, dans laquelle cette dernière est conçue comme un ordre constitutionnel. L'exploration de cet ordre nous permet de conclure que ses éléments fondamentaux sont l'expression d'une même idée, que nous proposons d'appeler « responsabilité constitutionnelle ». Cette dernière est au fondement de la justice constitutionnelle et exprime l'idée que les gouvernants sont soumis au droit. Cette responsabilité est ce qui explique et justifie cette même justice (la justice constitutionnelle donne corps au principe selon lequel les gouvernants sont tenus d'agir dans le sens de la préservation de la Constitution et de rendre des comptes de leurs agissements), elle est également celle qui permet d'en décrire les modalités (la manière dont la justice constitutionnelle s'exerce découle des différents mécanismes de responsabilité constitutionnelle) (I).

5. Définir ainsi la Constitution britannique nous permet de dégager la signification de la justice constitutionnelle: exercer la justice constitutionnelle, ne se limite pas à interpréter, appliquer et protéger juridictionnellement un texte écrit à valeur supra-législative. La justice constitutionnelle est, au contraire, une activité mettant en lien plusieurs acteurs et une grande diversité de mécanismes, tous fondés d'une manière ou une autre sur la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. En proposant une telle acception de la justice constitutionnelle, l'étude menée vise à participer au débat portant sur la notion de justice constitutionnelle qui secoue la doctrine française. Ce faisant, cette étude prône une acception particulièrement large de la justice constitutionnelle, justifiée par son objectif ultime : permettre le constitutionnalisme (II).

6. Au regard de ces éléments, rendre compte de la justice constitutionnelle au Royaume-Uni suppose une méthode spécifique, fondée sur l'étude des différents acteurs et outils qui participent à la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Cette méthodologie met en lumière les interventions inégales des différents acteurs de la justice constitutionnelle, inégalité révélatrice de l'emprise des représentants (ou gouvernants) et des juges sur la prise de

décision constitutionnelle et des limites encore très importantes à l'intervention des citoyens dans cette prise de décision (III).

I) L'ORDRE CONSTITUTIONNEL BRITANNIQUE

7. La question de l'existence d'une Constitution au Royaume-Uni fait depuis longtemps débat et déchaîne les passions, comme en témoigne l'opposition de Paine à Burke⁴. En effet, il n'existe pas au Royaume-Uni de document écrit, daté et unique que l'on appelle constitution, la tâche de reconnaissance d'un objet appelé « Constitution » au Royaume-Uni ne peut donc être satisfaite par la recherche d'un texte unique qui en porterait le nom.

A) *La corrélation entre constitution et ordre constitutionnel*

8. Cette étude, en refusant de réduire le concept de constitution à la présence d'un texte unique à caractère rigide et protégé par un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, retient une définition large de la constitution, et considère ainsi comme étant synonymes, « *constitution* » et « *ordre constitutionnel* ».

9. « *L'ordre constitutionnel* » renvoie à l'ensemble des éléments écrits et non écrits qui participent à la définition et à l'organisation du pouvoir politique des représentants et des juges -c'est-à-dire du pouvoir relatif à la prise de décision- et qui permettent la protection des droits et libertés -c'est-à-dire l'effectivité des permissions reconnues aux citoyens-. Dans le contexte britannique, ces droits et libertés renvoient principalement au concept de *civil liberties*, protégées par le juge et le législateur et qui « *caractérisent les relations entre l'individu et*

⁴ BURKE Edmund. *Reflections on the Revolution of France*, Oxford, Oxford University Press 2009, 352 p.; PAINE Thomas; PHILIP Mark (dir.). *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 544 p., p. 244: "In England, it is not difficult to perceive that everything has a constitution, except the nation. (...) From the want of understanding the difference between a constitution and a government, Dr Johnson, and all writers of his description, have always bewildered themselves. (...) When it is in a constitution, it has the nation for its support, and the natural and the political controuling powers are together. (...) The final controuling power, therefore, and the original constituent power, are one and the same power. Dr Johnson could not have advanced such a position in any country where there was a constitution; and he is himself an evidence, that no such thing as a constitution exists in England". À l'époque contemporaine, les doutes relatifs à l'existence d'une Constitution britannique subsistent chez certains auteurs et/ou juges. En témoignent les propos de Lord Neuberger en 2014. Lord NEUBERGER, President of the Supreme Court. « The rôle of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and the UK experience », *Conference at the Supreme Court of Victoria-Australia*, 2014, [en ligne], [consultée le 10/05/2021], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140808.pdf>: "In a country which has no constitution and does have parliamentary sovereignty, the Judges traditionally enjoy a relatively limited function as against the legislature. They cannot quash any statutes enacted by the legislature. Judges also know that any decision they take which a majority of the legislature does not like can be overturned by a simple majority in Parliament. Indeed, while the judiciary are an independent arm of government, in a parliamentary democracy without a constitution, I think that it is fair to say that there is a pecking order."

l'État »⁵ et sont « *celles dont bénéficient les individus en vertu de leur qualité de citoyens de l'État* »⁶. Ainsi, le terme « droits de l'Homme » ou encore « droits fondamentaux » employé par les différentes législations ou jurisprudences britanniques et relayé par cette étude, est à comprendre au sens de *civil liberties*.

10. L'ordre constitutionnel renvoie ainsi à la notion matérielle de constitution en ce qu'il rattache ce qui est constitutionnel non pas à une forme spécifique mais à un contenu : la limitation des pouvoirs et la protection des droits. En découle une difficulté, celle de donner à cette Constitution britannique un contenu précis et arrêté⁷.

11. Il est néanmoins possible d'en livrer quelques grandes caractéristiques :

12. Les éléments écrits de l'ordre constitutionnel du Royaume-Uni comprennent les textes de droit dur (droit assorti d'une sanction juridictionnelle ou plus généralement d'une contrainte exercée par l'État) et de droit souple (droit dépourvu de sanction et de contrainte étatique et juridictionnelle- *soft law*- dont font partie les codes de conduite et autres guides officiels établis ces dernières années afin d'orienter le comportement des représentants). Les éléments non écrits, quant à eux, comprennent également du *soft law* -avec les fameuses conventions de la Constitution qui sont des règles relatives au fonctionnement des institutions considérées par l'ensemble des acteurs comme étant obligatoires, mais qui ne peuvent être appliquées et protégées par un juge-, mais aussi du droit dur dont font partie la jurisprudence et le *statute law* (droit législatif). Relèvent de cette dernière catégorie, toute une série de textes, adoptés au cours de l'histoire, qui ont été déterminants pour façonner l'ordre constitutionnel, parmi lesquels figurent la *Magna Carta* 1215, la *Petition of Rights* 1628, l'*Habeas Corpus* 1649, le *Bill of Rights* 1689, l'*Act of Settlement* 1701. Le recours à l'écrit n'était néanmoins pas reconnu comme le plus important pour la protection des règles constitutionnelles : le *common law* et les conventions de la Constitution étaient considérés comme des sources plus adaptées

⁵ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, LGDJ, 2009, 527 p., p. 10.

⁶ *Ibid.*

⁷ NGUYÊN-DUY Iris. "La Constitution britannique: continuité et changement- Quelques réflexions sur la Constitution britannique et son évolution à l'occasion de la publication des mélanges en l'honneur de Vernon Bogdanor", *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, vol 3, n°99, pp. 581-606. Voir également sur la question SCHMID Sebastian. "The constitution of the United Kingdom. A positivist perspective", *Ius publicum network review*, Novembre 2012, [en ligne], [consultée le 29 avril 2014], http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_12_2012_15_53-Schmid_Constitution-of-UK.pdf: "A problem of substance-related definitions of constitutional law is uncertainty of what the legal constitution is. Which contents characterise constitutional law?".

de règles constitutionnelles. Cette conception traditionnelle va néanmoins être remise en cause pendant le XX^{ème} siècle.

13. Depuis les années 1990, l'écrit a ainsi tendance à occuper de plus en plus d'importance dans l'ordre constitutionnel⁸. C'est ce qu'affirme Dawn Oliver, qui constate « *une évolution importante qui s'est produite au Royaume-Uni, depuis trois décennies environ, et qui a vu la Constitution, qui était originairement une constitution simplement politique, se transformer en une constitution essentiellement normative* »⁹. Cet accroissement de l'écrit s'explique tant par l'adoption massive, ces dernières années, de textes de droit dur régissant des matières constitutionnelles que par celle de droit souple. En témoigne, l'adoption notamment du *Human Rights Act* en 1998, du *Scotland Act* en 1998, du *Government of Wales Act* en 1998, du *Northern Ireland Act* en 1998, du *House of Lords Act* en 1999, du *Freedom of Information Act* en 2000, du *Constitutional Reform Act* en 2005, etc... En témoigne également, l'élaboration dans les années 2000-2010, d'une multitude de *codes*, de *guides*, de *manuals* dont l'objectif était de rappeler par écrit les conventions de la Constitution et autres règles qui sont censées régir la vie politique et le comportement des représentants sans y faire correspondre une sanction juridictionnelle. C'est dans cette perspective qu'ont, par exemple, été adopté par le *Cabinet Office*, le *Cabinet manual* en 2011 et le *Guide to Making Legislation* en 2017. Si le premier consacre par écrit des règles constitutionnelles générales relatives aux principales institutions du régime politique (le monarque, le Parlement, le Cabinet) et à leur fonctionnement, le second énumère les règles relatives à la procédure législative.

14. Cette thèse s'inspire directement de la notion d' « *ordre constitutionnel* » décrite par Armel Le Divellec. Pour cet auteur, l'ordre constitutionnel comprend le « *système de gouvernement* », « *un système de garantie des droits* » et « *d'autres éléments structurants – par exemple, en matière économique et sociale* »¹⁰. La notion de « *système de gouvernement* » « *désigne la manière relativement cohérente et stable dont doit être exercé, (...), le pouvoir de direction d'un corps politique* »¹¹. Le « *système de gouvernement* » est ainsi synonyme du régime politique, terme qui sera employé tout au long de cette étude. L'auteur précisait le champ

⁸ Voir sur cette question ZOLLER Elisabeth. « La mutation des sources du droit constitutionnel », *Articles by Maurer Faculty*, Paper 835, 2012, [en ligne], [consultée le 03/06/2020], <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1835&context=facpub>.

⁹ OLIVER Dawn. «Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs», *Revue internationale de droit comparé*, 2008, vol. 60, n° 4, 2008, pp. 807-818, p. 807.

¹⁰ LE DIVELLEC Armel. «Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif », ». In *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, sous la dir. de Stéphane MOUTON, Paris, LGDJ, 2016, pp.151-186.

¹¹ *Ibid.*, p. 161.

d'application de cette notion en indiquant qu'elle « *ne dérive pas automatiquement ou mécaniquement de la collection des normes ponctuelles du droit de la Constitution* »¹². « *Celles-ci ne fournissent que les rudiments de ce qui doit constituer un cadre structurel (relativement incomplet) qui permettra d'articuler les relations entre les différentes institutions (ou organes) de gouvernement.* »¹³. Le « *système de gouvernement* » réunit ainsi les normes écrites de la Constitution mais aussi la combinaison de ces dernières avec « *d'autres facteurs extérieurs aux normes, à savoir, notamment, des représentations mentales, éventuellement des idéologies et théories littéraires, des faits et certains comportements des acteurs.* »¹⁴.

15. C'est bien à l'aune de la notion de « *système de gouvernement* » que, par exemple, Grégoire Webber analyse la Constitution britannique quand il affirme que la meilleure manière de rendre compte de cette Constitution est d'examiner « *les relations qui constituent la constitution et l'activité politique* »¹⁵. Selon l'auteur, « *les pratiques de la constitution de Westminster sont façonnées par et articulées dans les relations entre ses différents acteurs : de la Chambre des Communes à la Chambre des Lords, du Cabinet au premier ministre, de la Reine au Cabinet et son président, du gouvernement à l'opposition, du chef de l'opposition à l'opposition parlementaire, de simples députés (backbenchers) aux membres séniors du gouvernement et de l'opposition (frontbenchers), des comités de la chambre à la chambre, des ministres à la chambre, qui sont tous, parmi beaucoup d'autres encore.* »¹⁶.

16. L'ordre constitutionnel britannique ne comprend pas uniquement les éléments écrits et non écrits régissant le système de gouvernement établi à Londres, autour de Westminster et du 10 Downing Street. Il inclut également l'ensemble des éléments écrits et non écrits relatifs à la matière constitutionnelle sur le territoire anglais, gallois, écossais et nord-irlandais. En effet, la Constitution britannique actuelle est le fruit de multiples annexions et réunions de pays autrefois indépendants. Le Royaume-Uni est ainsi composé de l'Angleterre,

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 162.

¹⁵ WEBBER Grégoire. « L'activité politique et la Constitution de Westminster », *Jus Politicum* - n°8, *théorie de l'État entre passé et avenir*, 2012, [en ligne], [consulté le 30/12/2020], <http://juspoliticum.com/article/L-activite-politique-et-la-constitution-de-Westminster-560.html>. L'auteur poursuivait et indiquait : « *Il ne faut cependant pas croire que l'activité politique que représente la constitution britannique est confinée à ce palais et ainsi négliger la relation entre Westminster et l'administration de Whitehall et entre le comité judiciaire de la Chambre des Lords (maintenant la Cour suprême du Royaume-Uni) et tous ces autres acteurs engagés dans l'accompagnement des arrangements de la constitution.* ». L'objectif de démonstration poursuivi par Grégoire Webber apparaissait particulièrement intéressant pour cette thèse. En effet, « *l'auteur n'aspire qu'à une compréhension conditionnelle de la constitution, toujours ouverte à une réorientation au fur et à mesure que les pratiques changent.* ».

¹⁶ *Ibid.*

du Pays de Galles annexé en 1536, de l'Écosse depuis les lois d'Union de 1706 (*Union with Scotland Act*) et de 1707 (*Union with England Act*) et enfin de l'Irlande du Nord depuis 1921¹⁷. Aujourd'hui, le Royaume-Uni peut être qualifié d'État régional, c'est-à-dire un État « *dans lequel les régions (...) peuvent adopter non seulement des actes administratifs* » mais aussi de « *véritables lois régionales* »¹⁸. Le Pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande du Nord disposent, par le processus de la dévolution et depuis l'adoption du *Scotland Act* 1998, du *Northern Ireland Act* 1998 et du *Government of Wales Act* 1998, d'une autonomie administrative et législative mais pas d'une autonomie constitutionnelle. Tous ces territoires sont régis dans leur fonctionnement par des lois votées par le Parlement de Westminster : autrement dit, ce dernier conserve le maître mot dans la détermination de l'organisation des pouvoirs sur ces territoires. Westminster conserve ainsi théoriquement la liberté de remettre en cause la dévolution même si politiquement cela semble difficilement envisageable.

17. Par ailleurs, l'ordre constitutionnel britannique semble se prêter à la distinction entre règles et principes proposée par Ronald Dworkin mais aussi par certains publicistes français. Cette étude propose néanmoins une adaptation de la pensée dworkinienne, dans la mesure où elle considère que les catégories de règles et de principes ne servent pas uniquement à décrire le comportement du juge. En effet, tant l'étude de la jurisprudence que celle des autres outils de justice constitutionnelle (la liberté de manifestation, le droit de pétition, les conventions de la Constitution), nous font penser que les principes sont mobilisables par tous les acteurs de la justice constitutionnelle, et que ce qui fait une constitution ce n'est pas uniquement des règles écrites et codifiées, mais aussi les grandes conceptions du droit, de la politique, de l'exercice du pouvoir politique des juges, des représentants et des citoyens qui sont à son fondement et qui l'inspirent. Ces grandes conceptions correspondent en fait à la manière dont les acteurs (juges, représentants, citoyens) de l'ordre constitutionnel se le représentent. Ce sont ces mêmes conceptions qui sont à tout moment mobilisables par les acteurs de la justice constitutionnelle pour agir en protection de l'ordre constitutionnel.

18. Cette distinction entre règles et principes s'observe directement dans la jurisprudence qui, depuis les années 1990, consacre l'existence et l'importance dans le droit britannique de « droits constitutionnels ». En effet, une telle consécration découle de l'utilisation par les juridictions de principes, tels que celui de la nature libérale et démocratique

¹⁷ LAUVAUX Philippe, LEPETIT Jean-Paul. *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, Presses universitaires de France, 1ère édition, 2004, 1060 p.

¹⁸ COHENDET Marie-Anne. *Droit constitutionnel*, LGDJ, édition 2015, 849 p., p. 231.

du régime politique britannique, afin d'interpréter des règles posées par le législateur. C'était le cas dans la décision *Pierson* rendue par la Chambre des Lords en 1997, dans laquelle le juge interprétait une loi sur la justice criminelle tout en rappelant que, « *le Parlement ne légifère pas dans un vide. Il légifère pour une démocratie libérale et européenne fondée sur les principes et les traditions du common law* »¹⁹.

19. Affirmer une telle répartition de l'ordre constitutionnel entre règles et principes semble également pertinent au regard de la présentation doctrinale de l'objectif poursuivi par les conventions de la Constitution. Que ce soit pour Dicey ou pour Geoffrey Marshall, les règles conventionnelles servent à interpréter les circonstances de la vie politique de manière conforme à certains principes relatifs à l'exercice du pouvoir politique : le principe de responsabilité politique²⁰ ou encore le principe de primauté de l'électorat²¹, qui tous deux expriment la nature libérale et démocratique du régime politique britannique.

20. Enfin, le citoyen aussi peut faire usage des principes, des valeurs qui sont au fondement de l'ordre constitutionnel. C'était le cas par exemple quand des pétitionnaires contestaient par le biais d'une pétition numérique fermée à la signature le 5 août 2019, la prorogation du Parlement de Westminster sans accord préalable de ce dernier²². Le principal argument avancé par l'auteur de l'acte pétitionnaire et ses signataires était qu'une telle prorogation portait atteinte à la démocratie britannique, à l'idée fondatrice que c'est le Parlement qui est le principal centre d'impulsion de la politique. Les pétitionnaires faisaient ainsi appel, en empruntant les mots de Julie Allard²³, à une valeur politique et morale qui soutient le système juridique britannique. En témoigne également la pétition créée par Samantha Hurst, ouverte à la signature jusqu'au 16 septembre 2021, visant à dénoncer clairement l'atteinte que le projet de loi *-Police, Crime, Sentencing and Courts Bill-* portait aux

¹⁹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* [1998] AC 539: "Parliament does not legislate in a vacuum. Parliament legislates for a European liberal democracy founded on the principles and traditions of the common law. And the courts may approach legislation on this initial assumption."

²⁰ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, United States, Oxford University Press, 1984, 261 p., p. 18: "(...), the major purpose of the domestic conventions is to give effect to the principles of governmental accountability that constitute the structure of government."

²¹ DICEY Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Liberty Fund, 1915, 435 p., p. 285: "Their end is to secure that Parliament, or the Cabinet which is indirectly appointed by Parliament, shall in the long run give effect to the will of that power which in modern England is the true political sovereign of the State – the majority of the electors (...) or the nation."

²² Petition 238085, « Require Parliament's agreement to prorogation », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/238085>.

²³ ALLARD Julie. Ronald Dworkin ou le roman du droit, *La vie des idées*, 2014, [en ligne], [consultée le 03/06/2021], <https://laviedesidees.fr/Ronald-Dworkin-ou-le-roman-du-droit.html>: « Ces principes, au sujet desquels Dworkin, malgré ses efforts de clarification, reste relativement flou, désignent de façon indistincte les valeurs politiques et morales qui soutiennent les systèmes juridiques. ».

droits de réunion pacifique et de manifestation qui sont des « *principes fondamentaux de toute démocratie* »²⁴. L'auteur et les signataires mobilisaient, en outre, une valeur qui est au fondement d'une société libérale et démocratique : celle du droit reconnu aux individus d'exprimer et de communiquer librement leurs opinions au gouvernement²⁵.

21. Les règles et les principes diffèrent à plus d'un titre. En premier lieu, contrairement aux règles, les principes ne viennent pas établir une conséquence juridique bien précise à une circonstance déterminée²⁶. Ce qui est établi par le principe n'appelle pas de sanction déterminée. Par ailleurs, un principe oriente une décision dans un sens mais qui ne s'impose pas²⁷. Ensuite, alors qu'il sera possible de déterminer à l'avance si une règle s'applique ou non à un cas, il en sera différemment pour un principe, qui demeure soumis à des exceptions qui ne pourront pas être connues à l'avance. En troisième lieu, selon Dworkin, les principes ont une « *dimension de poids ou d'importance* »²⁸ que les règles n'ont pas. Ainsi, quand plusieurs principes s'appliquent à un cas d'espèce et se contredisent, le conflit devra être résolu en fonction du poids, de l'importance de chacun. Dworkin définit également les principes en les opposant aux « *directives politiques* » (*policies*). Un principe est « *une norme qui doit être observée, non pas parce qu'elle fera progresser ou garantira une situation économique, politique ou jugée souhaitable, mais parce qu'il s'agit d'une exigence de justice ou d'équité ou d'une autre dimension de la moralité.* »²⁹. Selon Riccardo Guastini, ces principes sont « *des principes implicites, qui donnent expression à des exigences de justice partagées par la communauté politique dont il s'agit et, en même temps, constituent le fondement moral, la justification éthico-politique, du droit positif.* »³⁰. Ainsi, les règles sont directement l'expression

²⁴ Petition 579012, « Do not restrict our rights to peaceful protest. », [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://petition.parliament.uk/petitions/579012>.

²⁵ *Ibid.* : « If people feel the need to protest then the government should listen and not be shutting down this legitimate way of people voicing their concerns and opinions. ».

²⁶ DWORKIN Ronald. *Taking Rights Seriously*, London and New York, Bloomsbury, 1977, 444 p., p. 41: « But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met. ».

²⁷ *Ibid.*, p. 53: « Only rules dictate results, come what may. (...) Principles do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail. ».

²⁸ *Ibid.*, p. 43: « The first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (...), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. ».

²⁹ *Ibid.*, p. 39: « I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. ».

³⁰ GUASTINI Riccardo. « Dworkin Donald (né en 1931) *Taking Rights Seriously* ». In *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. d'Olivier Cayla et Jean-Louis Halpérin, Paris, Dalloz, 2008. pp. 153-158, p. 155.

de principes qui expriment la « morale 'positive', (...) tacitement incorporée au droit positif en vigueur. »³¹.

22. La doctrine française connaît également cette notion de principes comme l'illustre la pensée de Maurice Hauriou : pour lui, le droit « se réduit, en dernière analyse, à des principes. »³². Ces derniers « sont les grands principes d'ordre social et de justice qui ont fait la civilisation sédentaire, et qui se trouvent ainsi placés au-dessus des constitutions elles-mêmes »³³. Pour l'auteur, les principes juridiques supérieurs utilisés par les juges de *common law* pour interpréter les lois sont les mêmes que ceux utilisés par les juges français : ce sont « les principes individualistes tirés des grandes idées civilisatrices qui ont fait la civilisation sédentaire. »³⁴.

23. Si cette thèse souscrit à la distinction entre règles et principes et à l'importance de ces derniers, elle ne saurait néanmoins amoindrir la place juge quand il énonce et met en application des principes. En effet, cette étude préfère supposer que, même dans une opération qui peut sembler « de découverte », une part de volonté s'exprime³⁵. Autrement dit, quand le juge met en œuvre un principe dans une jurisprudence, il ne fait pas que constater l'état du droit ou du régime politique et ainsi découvrir ; il détermine également les conséquences juridiques qui en découleront. C'est ici que s'exprime sa liberté. Cela s'observe par exemple quand le juge élabore de nouvelles catégories juridiques comme les « droits constitutionnels » ou les « lois constitutionnelles ». Dans les deux cas, si le juge peut légitimer cette élaboration en la faisant découler de l'observation de certaines caractéristiques du régime politique britannique (sa nature libérale et démocratique), c'est lui qui détermine le régime juridique applicable : dans le

³¹ *Ibid.*

³² HAURIOU Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2015, 759 p.

³³ *Ibid.*, pp. 238-239.

³⁴ *Ibid.*, p. 237.

³⁵ Sur la question générale de la part de découverte et de création dans l'œuvre du juge constitutionnel voir. PINI Joseph. "(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2008, n°24, [en ligne], [consultée le 10/04/2020], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/-simples-reflexions-sur-le-statut-normatif-de-la-jurisprudence-constitutionnelle.51741.html>. Voir également RAYNAUD Philippe. « La justice constitutionnelle : une approche philosophique », In *La notion de 'justice constitutionnelle*, sous la dir. de Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Eric Maulin et Patrick Wachsmann, Dalloz, 2005, pp. 3-11, p. 11. Pour l'auteur, il n'est pas indispensable de souscrire à une vision plus qu'à une autre, tant l'aspect découverte que l'aspect création ont ainsi été utilisés pour réfléchir sur le rôle du juge : « Il n'est du reste pas certain que l'on doive nécessairement choisir entre deux philosophies, qui expriment deux points de vue dont on voit mal comment ils pourraient être l'un ou l'autre complètement éliminés de la réflexion sur le droit. ». Voir sur cette question de manière plus générale DE BECHILLON Denys. "Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel?", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2008, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/comment-encadrer-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel.51740.html>.

cas de ces droits et lois l'impossibilité d'être abrogés implicitement. Il y a ainsi découverte et création de la part des juridictions.

24. Cette manière large de concevoir la Constitution ancre cette thèse dans le courant doctrinal du droit politique. Ce courant, opposé au normativisme juridique, présente selon Manon Altwegg-Boussac deux grandes caractéristiques : 1) il refuse « *toute distinction étanche et indépassable entre l'être et le devoir-être. (...) Ce qui apparaît comme juridique ne se réduit donc pas aux énoncés juridiques, mais inclut d'autres formes de régularités -des comportements, des actes, des interprétations, des raisonnements, des discours, des principes, ou des idées* »³⁶. Par conséquent peuvent faire partie du droit constitutionnel, l'ensemble des éléments précités : énoncés juridiques, comportements, actes, interprétations, raisonnements, discours, principes ou idées. Plutôt que d'opposer le droit et la politique, la doctrine du droit politique considère que les deux sont liés et interconnectés³⁷. Le droit ne se résume pas à l'énoncé d'une norme mais englobe aussi les « *autres formes de régularités* » (interprétations, comportements, raisonnements, etc...) qui font la vie politique, « *parce qu'elles sont vécues comme telles par les acteurs juridiques ou parce qu'elles s'imposent comme telles, et qu'il serait absurde de les exclure de l'objet constitutionnel.* »³⁸.

25. 2) En outre, le courant du droit politique milite pour le maintien de « *l'étude des grands principes et concepts à l'origine du droit constitutionnel et au cœur de la pensée du pouvoir.* »³⁹. Ainsi, dans le cadre offert par le droit politique apparaît centrale l'étude des thèmes suivants : la souveraineté du peuple, la responsabilité politique ou encore la limitation du pouvoir. Comme le rappelle Eleonora Bottini, l'adjectif « politique », dans le cadre de ce courant, renvoie à un ensemble d'éléments traditionnellement exclus dans une approche normativiste, à savoir tout élément « *réel et concret dans l'application du droit*

³⁶ ALTWEGG-BOUSSAC Manon. « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum* - n°24, *Le droit politique face à la Cinquième République*, 2020, [en ligne], [consulté le 30/12/2020], <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-politique-des-concepts-et-des-formes-1326.html>.

³⁷ Voir sur cette opposition droit/politique. DENQUIN Jean-Marie. « Situation présente du constitutionnalisme. Quelles réflexions sur l'idée de démocratie par le droit ? » *Jus Politicum* – n°1, *le droit politique*, 2008, [en ligne], [consultée le 03 février 2014], <http://www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>.; SCOTT Paul. “(Political) Constitutions and (Political) Constitutionalism”, *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 12, pp. 2157-2183, p. 2182: “*The legal and political in any given constitution are therefore not merely compatible and certainly not mutually exclusive, but in fact frame and depend upon each other; institutionalized politics is given its specific form by law, while that law itself is the contingent outcome of political processes*”.

³⁸ ALTWEGG-BOUSSAC Manon. « Le droit politique, des concepts et des formes », *op. cit.*

³⁹ *Ibid.*

constitutionnel »⁴⁰. Figurent parmi ces éléments réels et concrets le contexte historique⁴¹ ou encore le régime politique auquel la norme constitutionnelle s'applique. La prise en compte de ces éléments répond à la nécessité, rappelée par Denis Baranger, de ne pas focaliser le droit constitutionnel sur l'étude des normes mais d'y inclure de manière indispensable l'étude du pouvoir. L'auteur rappelait alors la prise en compte indispensable de l'histoire constitutionnelle pour retrouver la dimension « historique » du droit constitutionnel⁴². L'importation dans l'étude du droit constitutionnel français de la notion de convention de la Constitution constitue également « un élément réel et concret dans l'application du droit constitutionnel » pris en compte par le courant du droit politique⁴³.

26. Parmi les éléments qui constituent l'ordre constitutionnel britannique, certains sont fondamentaux en ce qu'ils vont déterminer la compréhension de l'ensemble de ses autres éléments constitutifs. Cet ordre constitutionnel présente ainsi des traits fondamentaux.

B) Les traits fondamentaux de l'ordre constitutionnel britannique

27. L'ordre constitutionnel britannique est de nature libérale et démocratique. La souveraineté parlementaire (1) et le constitutionnalisme⁴⁴ (2) en constituent les traits fondamentaux.

⁴⁰ BOTTINI Eleonora. « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum* - n°24, *Le droit politique face à la Cinquième République*, 2020, [en ligne], [consulté le 30/12/2020], <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-politique-et-le-dépassement-de-la-sanction-en-droit-constitutionnel-1327.html>.

⁴¹ Sur les liens entre histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle voir TROPER Michel. « Histoire Constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2010, n°28, [en ligne], [consultée le 25 novembre 2013], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-28/histoire-constitutionnelle-et-theorie-constitutionnelle.52714.html>.

⁴² BARANGER Denis. « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum* – n°3 *Autour de la notion de Constitution*, 2009, [en ligne], [consultée le 03 février 2014], <http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html> : « Plus encore, le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir, et non pas tel ou tel autre concept de l'agir politique. En renonçant à se donner le pouvoir comme objet, au profit des seules normes, le droit constitutionnel renonce à lui-même. Il se renferme dans le juridisme, c'est-à-dire dans l'étude-et-fabrication du droit pour le droit. Il devient donc inefficace historiquement. ». Sur la question du lien entre constitution et histoire voir THEIL Stephan. "Stephan Theil: Constitutions as Culture: Two Insights from Peter Haberle's "The rationale of constitutions from a cultural science viewpoint", *UK Constitutional Law Association*, 07th April 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/04/07/stefan-theil-constitutions-as-culture-two-insights-from-peter-haberles-the-rationale-of-constitutions-from-a-cultural-science-viewpoint/>.

⁴³ MENY Yves. "Les conventions de la Constitution", *Pouvoirs, 1789-1989 Histoire constitutionnelle*, 1989, n° 50, pp.53-68 ; AVRIL Pierre. *Les conventions de la constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 202 p. ; sur l'ouvrage de Pierre Avril voir BEAUD Olivier. "Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 1999, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a-propos-d-un-ouvrage-recent.52814.html>.

⁴⁴ Lord STEYN. "The Constitutionalisation of Public Law", *University College of London*, 1999, [en ligne], [consultée le 10/04/2021], https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution-unit/files/38_0.pdf : "For my part, the architecture of public law rests mainly on four constitutional foundations, namely the

1) La souveraineté du Parlement de Westminster

28. Les interprétations fournies de la souveraineté du Parlement par d'influents auteurs comme Blackstone et Dicey, sont devenues les voies classiques de sa définition. Blackstone, en se fondant sur la pensée d'Edward Coke, rappelait dans ses *Commentaries on the Laws of England* publiés en 1765, que le Parlement dispose « d'une autorité souveraine et incontrôlable »⁴⁵ dans la détermination des lois relatives aux affaires ecclésiastiques, civiles, militaires, maritimes ou encore criminelles. Cette tradition de penser le pouvoir parlementaire en terme d'absolu remonterait à la philosophie de Hobbes, pour lequel le contrat social signe l'abandon par les contractants de leur liberté afin d'établir un gouvernant disposant de tous pouvoirs pour garantir la sécurité de tous.⁴⁶

29. L'époque contemporaine semble, elle, marquée au fer rouge par la pensée d'Albert Dicey⁴⁷ exposée dans son *Introduction of the Study of the Constitution*. Cet auteur présente la souveraineté du Parlement comme un pilier de la Constitution britannique et en fait découler deux conséquences majeures : 1) la possibilité pour le Parlement d'adopter les lois sans limitation, 2) l'impossibilité pour une juridiction de remettre en cause la validité d'une loi. La pensée diceyenne affirme également l'impossibilité pour un Parlement de lier son successeur, en conditionnant l'adoption de certaines lois à l'emploi de procédures plus complexes que la procédure législative ordinaire⁴⁸.

30. Néanmoins, l'idée de concevoir le Parlement souverain comme libre de toute entrave, même extra-juridique, n'a jamais fait l'objet de consensus dans la pensée constitutionnelle britannique. Ainsi, les acteurs de l'ordre constitutionnel admettaient dès le XVIIème siècle que l'autorité du Parlement était soumise au droit naturel et à des principes

separation of powers, the rule of law, the principle of constitutionality or legality as an aid to the interpretation of statutes, and the ultra vires rule as the justification for the major and statute based part of judicial review.”.

⁴⁵ BLACKSTONE William. *Commentaries on the Laws of England*, United States, Lushena Books, 2014, 443 p., pp. 148-149: “The power and jurisdiction of parliament, says sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. (...) It hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal (...).”.

⁴⁶ HOBBS Thomas. *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un état ecclésiastique et civil*, Paris, Marcel Giard and Cie, 1921, 286 p., p. 218 : « Finalement, [le motif et] le But de celui qui renonce à son Droit ou le transfère n'est que la sécurité de sa propre personne dans sa vie et dans les moyens de la préserver de façon à ne pas l'avoir à charge. » ; voir aussi BELL John. « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 107-116.

⁴⁷ DICEY Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Liberty Fund, 1915, 435 p.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 3-4: « The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever, and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation at Parliament. ”.

constitutionnels⁴⁹. En France également, il est possible de trouver chez d'éminents juristes l'idée d'un Parlement de Westminster contraint et limité constitutionnellement. Comme l'affirmait justement Léon Duguit, «*la limitation du pouvoir législatif n'a pas pour fondement vrai l'existence d'une loi constitutionnelle rigide. Le législateur est partout, même dans les pays qui ne pratiquent pas le système des constitutions rigides, limité par un droit supérieur à lui. Même en Angleterre, où l'omnipotence du parlement est considérée comme un principe essentiel, il y a certaines règles supérieures dont la conscience même du peuple anglais ne saurait accepter la violation par le Parlement.*»⁵⁰. Maurice Hauriou décelait également l'existence d'une Constitution britannique qui, bien que non formalisée par un document à valeur supra-législative, se manifeste à travers des principes constitutionnels qui imprègnent l'État de droit⁵¹.

31. Dans cette thèse, la notion de souveraineté du Parlement renvoie à un grand pouvoir d'édiction des normes législatives et constitutionnelles par le Parlement, pouvoir néanmoins limité par une multitude de facteurs. Partant du constat dressé par Peter Oliver que les notions de souveraineté et de suprématie sont souvent employées de manière interchangeable⁵², souveraineté parlementaire et suprématie parlementaire seront, dans cette étude, employées indifféremment pour désigner la même réalité : celle d'un pouvoir considérable, bien qu'encadré, d'édiction des normes. Ce pouvoir est considérable en ce qu'il permet théoriquement de réformer tous les pans du droit. Ce pouvoir est néanmoins limité en ce que le Parlement se doit, en effet, de respecter certaines règles de procédure et d'édiction des normes législatives ou encore d'œuvrer dans le respect du *rule of law* sous peines de représailles juridiques de la part des juges et particulièrement de la Cour suprême ou encore de sanctions électorales des membres de la société civile (citoyens, associations, médias).

⁴⁹ GOLDSWORTHY Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 330 p., p. 189: "Everyone, including those who most enthusiastically proclaimed the doctrine of parliamentary sovereignty, agreed that Parliament's authority was subject both to natural law and to 'constitutional principles'".

⁵⁰ DUGUIT Léon. *Traité de droit constitutionnel – Tome 3 : La théorie générale de l'État*, Ancienne librairie Fontemoing and cie, 2^{ème} édition, 1923, 800 p., p. 664.

⁵¹ HAURIOU Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 228: "Par cette histoire, d'ailleurs, nous voyons que l'état de droit anglais contient de véritables principes constitutionnels et qu'il réalise une constitution basée, non sur la forme spéciale d'une loi supérieure, mais sur le fond d'un état de droit garanti par un juge jouissant d'une autorité supérieure. ».

⁵² OLIVER Peter C. "Sovereignty in the Twenty-First Century", *King's College Law Journal*, 2003, vol. 14, issue 2, pp.137-178, p. 139: "The latter version of 'sovereignty', where the 'sovereign' has the last word possible within a specified sphere, but not on a full and absolute range of options, is sometimes referred to as 'supremacy', leaving 'sovereignty' to describe only the absolutist version. Despite the importance of the distinction just identified, 'sovereignty' and 'supremacy' are often used interchangeably."

32. Aujourd'hui, la souveraineté parlementaire compose l'ordre constitutionnel britannique : fidèlement appliquée par les juges, elle l'est aussi par les représentants et les citoyens qui, ne la remettent pas ouvertement en cause dans le but d'en proposer une alternative. Dans cette perspective, la notion de règle de reconnaissance proposée par Hebert Hart nous semble intéressante et pertinente pour étudier et désigner le principe de la souveraineté parlementaire⁵³. La règle de reconnaissance désigne la règle qui est au sommet de la hiérarchie des normes en ce qu'elle pose les critères de validités de la loi. « Elle fournit les critères d'identification des règles primaires appartenant au système juridique »⁵⁴, les règles primaires étant celles qui fixent et déterminent les droits, obligations et comportements des individus. Au Royaume-Uni, elle serait selon Hart, la suivante : « tout ce que la Reine en Parlement promulgue est une loi »⁵⁵. La règle de reconnaissance repose, selon Hart, sur un fait social, c'est-à-dire sur la manière dont les acteurs (juges, représentants) de l'ordre constitutionnel dans l'exercice de leurs missions, identifient des règles juridiquement valides⁵⁶. En effet, il semble pertinent de penser que la souveraineté du Parlement repose avant tout sur son acceptation de la part des juges, représentants et citoyens et ainsi sur une pratique concomitante et conforme.

33. Réduire la souveraineté parlementaire au concept de règle de reconnaissance semble néanmoins insuffisant. Il convient, en effet, pour comprendre cette souveraineté et la raison d'être de son succès, de s'intéresser aux principes qui l'ont incarnée à travers l'histoire britannique. Rendre compte de la souveraineté parlementaire c'est ainsi rendre compte de ses origines et de sa signification historique. Bien plus qu'un phénomène juridique et jurisprudentiel (en ce qu'elle est énoncée et protégée par la jurisprudence), elle est aussi et avant tout, un phénomène historique (elle a été forgée par l'évolution des institutions à travers les siècles). En ancrant la souveraineté du Parlement dans l'histoire, cette thèse rejoint la pensée de John W. Salmond qui considérait que chaque ordre juridique était composé de « principes

⁵³ HART L. A. Herbert. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 3^e édition, 2012, 333 p.; HALPERIN Jean-Louis. « Hart Hebert Lionel Adolphus », In *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. de O. Cayla et J.L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, 620 p., pp. 240-246.

⁵⁴ GERARD Philippe. « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, vol. 65, n°2, pp. 65-83.

⁵⁵ HART L.A. Hebert. *The Concept of Law*, op. cit.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 101: "In the day-to-day life of a legal system its rule of recognition is very seldom expressly formulated as a rule (...). For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers." Voir également sur la notion de règle de reconnaissance BECKMAN Ludwig. "Popular Sovereignty facing the deep state. The rule of recognition and the power of the people", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, [en ligne], [consultée le 01/06/2020], <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13698230.2019.1644583>: "What Hart termed the 'rules of recognition' represent the benchmark for determining valid legal norms and is constituted by practices that define behaviour, perceptions and methods employed by legal officials."

fondamentaux »⁵⁷ desquels toutes les autres règles sont issues mais qui, eux, ne proviennent d'aucune règle juridique. Ces « *principes fondamentaux* » proviennent ainsi de l'histoire et non du droit selon l'auteur. La règle selon laquelle les actes adoptés par le Parlement ont force de loi provient, selon Salmond, de l'histoire⁵⁸. Jeffrey Goldsworthy se rapproche de cette vision quand il affirme que la souveraineté parlementaire est le résultat d'une évolution progressive historique, et d'une acceptation continue de cette règle par les trois branches du gouvernement. Ce faisant, la remise en cause de cette règle ne peut, selon l'auteur, s'opérer que par la voie d'un consensus des différents acteurs : l'action des seuls juges et du *common law* est pour lui insuffisante⁵⁹.

34. L'histoire nous permet de comprendre en quoi la souveraineté parlementaire est aujourd'hui une incarnation du libéralisme politique et de la démocratie. À travers les siècles, le Parlement a agi pour empêcher l'arbitraire royal en se reconnaissant le droit d'encadrer l'exercice du pouvoir monarchique et de protéger les droits des anglais. Le Parlement, dans sa forme ancienne ou moderne, est ainsi l'auteur d'une « *longue chaîne de réclamations de libertés formulées, indistinctement, dans une infinie variété de documents, les uns officiels, les autres non* »⁶⁰. Dans cet ensemble l'adoption de la *Magna Carta* en 1215, celle de la *Petition of Rights* de 1628, de l'*Habeas Corpus* en 1679 ou encore du *Bill of Rights* en 1689 sont les plus marquantes, et interviennent toutes en réaction à des agissements abusifs des gouvernants et ainsi, en vue de réaffirmer l'importance de droits et libertés qui ont été violés⁶¹. À travers ces différentes lois, les droits et libertés des sujets anglais recouvrent plus ou moins la fameuse

⁵⁷ SALMOND W. John. *Jurisprudence or the Theory of the Law*, Stevens and Haynes, 1902, 673 p., p. 110: "In other words there must be found in every legal system certain ultimate principles, from which all others are derived, but which are themselves self-existent."

⁵⁸ *Ibid.*: "But whence comes the rule that acts of parliament have the force of law? This is legally ultimate; its source is historical only, not legal. The historians of the constitution know its origin, but lawyers must accept it as self-existent. It is the law because it is the law, and for no other reason that it is possible for the law itself to take notice of. No statute can confer this power upon."

⁵⁹ GOLDSWORTHY Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty - Contemporary Debates*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 326 p., p. 7: « I attempt to show that Parliament has been for centuries, and still is, sovereign in a legal sense; that this is not incompatible with the rule of law; and that its sovereignty is not a gift of the common law understood in the modern sense of judge-made law. It is a product of long-standing consensual practices that emerged from centuries-old political struggles, and it can only be modified if the consensus among senior legal officials changes. »; GOLDSWORTHY Jeffrey. « Jeffrey Goldsworthy: Parliamentary Sovereignty's Premature Obituary », *UK Constitutional Law Group*, 09th Marcg 2012, [en ligne], [consultée le 06 avril 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/03/09/jeffrey-goldsworthy-parliamentary-sovereignitys-premature-obituary/> : "But I maintain that Parliament cannot lawfully limit its own substantive powers, because there is currently a fundamental legal rule (a rule of recognition) to that effect, whose existence is constituted by its being generally accepted by legal officialdom. That rule can be changed, but only by a change in official consensus, and not by Parliament acting unilaterally (116, 137-8). That is what I mean by "cannot"."

⁶⁰ BARANGER Denis. « Libertés et Déclarations Anglaises du Moyen-Âge au XVIIIème siècle », *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Maguénaud, Paris, Presses universitaires de France, 2008, pp. 650-653, p. 650.

⁶¹ *Ibid.*

notion de « *property* » mise en avant par John Locke et renvoyait à la triade : « *vie, liberté, possessions* »⁶². Par ailleurs, les droits énoncés dans ces textes sont considérés par les énonciateurs comme « *préexistants* »⁶³ au texte qui les déclare, même si cette préexistence n'a ici aucun lien avec la théorie du droit naturel. Dès 1215 avec l'adoption de la *Magna Carta*, les barons imposèrent au roi d'Angleterre Jean sans Terre, un ensemble de dispositions dont certaines sont l'expression même de la nécessité de garantir la liberté politique et ainsi de la triade proposée par John Locke : la clause 39 de la Charte dispose ainsi qu'aucun « *homme libre ne sera arrêté ni emprisonné, ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou exécuté de quelque manière que ce soit, et nous n'agirons pas contre lui et nous n'enverrons personne contre lui, sans un jugement légal de ses pairs et conformément à la loi du pays* »⁶⁴.

35. L'importance de lutter contre l'arbitraire des arrestations sera confirmée par d'autres textes adoptés après, dont la fameuse *Petition of Rights* de 1628. L'adoption de cette dernière était jugée nécessaire par le Parlement de l'époque qui constatait notamment que « *nonobstant ces statuts et autres règles et bonnes lois (...), plusieurs (...) sujets ont été récemment emprisonnés sans que la cause en ait été indiquée ;* »⁶⁵. C'est ce constat et d'autres, qui amenèrent le Parlement à requérir dans la clause 10 de la Pétition le respect d'un ensemble de principes propres au libéralisme politique : celui de la détermination de l'impôt et des taxes par la loi, celui de l'interdiction d'emprisonnement sans motifs ou encore celui de la légalité des peines⁶⁶.

⁶² LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, Les classiques des sciences sociales, [en ligne],[consultée le 21/05/2021],http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traité_du_gouvernement/traité_du_gouv_civil.pdf, pp. 76-77 : « *C'est pourquoi, la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés, pour la conservation desquelles bien des choses manquent dans l'état de nature. (...) Cependant, quoique ceux qui entrent dans une société, remettent l'égalité, la liberté, et le pouvoir qu'ils avaient dans l'état de nature, entre les mains de la société, afin que l'autorité législative en dispose de la manière qu'elle trouvera bon, et que le bien de la société requerra; ces gens-là, néanmoins, en remettant ainsi leurs privilèges naturels, n'ayant d'autre intention que de pouvoir mieux conserver leurs personnes, leurs libertés, leurs propriétés (car, enfin, on ne saurait supposer que des créatures raisonnables changent leur condition, dans l'intention d'en avoir une plus mauvaise), le pouvoir de la société ou de l'autorité législative établie par eux, ne peut jamais être supposé devoir s'étendre plus loin que le bien public ne le demande* ».

⁶³ BARANGER Denis. « Libertés et Déclarations Anglaises du Moyen-Âge au XVIIIème siècle », *op. cit.*, p. 651 : « *Les droits et libertés (...) sont 'anciens', c'est-à-dire tenus pour préexistants au texte qui les déclare. Cette préexistence n'est pas celle d'un droit naturel, mais bien d'un droit créé par l'homme, en vigueur dans l'État.* ».

⁶⁴ « Angleterre – La Grande Charte des Libertés, *Magna Carta* 1215 », *Digithèque MJP*, [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1215.htm>, clause 39.

⁶⁵ « Royaume-Uni – Pétition des droits, *Petitions of Rights*, 7 juin 1628 », *Digithèque MJP*, [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1628.htm>.

⁶⁶ *Ibid.* : « *A ces causes, ils supplient humblement Votre très excellente Majesté que nul, à l'avenir, ne soit contraint de faire aucun don gratuit, prêt d'argent ni présent volontaire, ni de payer aucune taxe ou impôt quelconque, hors le consentement commun donné par loi du Parlement, que nul ne soit appelé en justice ni obligé de prêter serment, ni contraint à un service, ni arrêté, inquiété ou molesté à l'occasion de ces taxes ou du refus de*

36. Le Parlement continuera d'endosser ce rôle de gardien du libéralisme politique avec l'adoption en 1679 du fameux *Habeas Corpus Act*. Ce texte est adopté pendant le règne de Charles II, monarque dénoncé par les *whigs* pour son absolutisme et pour sa répression des opposants politiques. La loi de 1679 va mettre en place une procédure destinée à éviter l'arbitraire des détentions et à empêcher certaines pratiques qui conduisaient à maintenir en détention une personne sans qu'elle ne soit présentée à un juge. La section 2 de la loi laissait aux officiers de police un délai de 3 jours pour communiquer aux juges les motifs de l'arrestation⁶⁷. La section 3 pose la règle de la liberté sous caution du détenu dans l'attente de son jugement, sauf pour les crimes les plus graves⁶⁸. Jean-Marie Carbasse rappelle l'importance

les acquitter ; qu'aucun homme libre ne soit arrêté ou détenu de la manière indiquée plus haut ; qu'il plaise à V. M. faire retirer les soldats et matelots dont il est ci-dessus parlé, et empêcher qu'à l'avenir le peuple soit opprimé de la sorte ; que les commissions chargées d'appliquer la loi martiale soient révoquées et annulées, et qu'il n'en soit plus délivré de semblables à quiconque, de peur que, sous ce prétexte, quelques-uns de vos sujets ne soient molestés ou mis à mort contrairement aux lois et franchises du pays. ».

⁶⁷ « Angleterre – Loi d'Habeas Corpus », Digithèque MJP, [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1679.htm>, section 2 : « Pour prévenir de tels faits, et porter rapidement secours à toutes les personnes emprisonnées pour une affaire criminelle ou supposée criminelle ;

(2) qu'il soit édicté par sa très excellente Majesté le roi, sur l'avis et avec le consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes, réunis dans le présent Parlement, et par l'autorité de ce dernier, que lorsqu'une personne présente ou que des personnes présentent une ordonnance d'habeas corpus adressée à un shérif, à un geôlier, à un lieutenant de justice ou à un autre personne, en faveur d'une personne confiée à leur garde, et que cette ordonnance est remise audit fonctionnaire, ou déposée à la geôle ou à la prison entre les mains de subordonnés de ces fonctionnaires ou gardiens, ou d'un représentant de ces fonctionnaires ou gardiens, ledit fonctionnaire, subordonné ou représentant, dans les trois jours qui suivent la présentation de ladite ordonnance (à moins que l'emprisonnement ait eu lieu pour cause de trahison ou de crime grave, clairement et spécialement désignée dans le mandat de dépôt), sous réserve de paiement des frais nécessaires pour emmener le prisonnier, fixés par le juge ou par le tribunal qui a pris la décision et mentionnés sur l'ordonnance, frais qui ne pourront excéder douze deniers par mille, et après sûreté donnée par écrit de payer également les frais nécessaires pour ramener le prisonnier, si le juge ou le tribunal le demande, conformément au véritable esprit de la présente loi, et après garantie que le prisonnier ne s'évadera pas en route, doit renvoyer ladite ordonnance ;

(3) et conduire ou faire conduire le détenu ou le prisonnier en personne devant le lord chancelier ou le lord gardien du Grand Sceau d'Angleterre, alors en fonction, ou devant les juges ou barons du tribunal ayant délivré l'ordonnance, ou devant telles autres personnes qui doivent connaître l'affaire, selon ce que celle-ci indique ;

(4) et ils devront alors énoncer les raisons sincères de la détention ou de l'emprisonnement ; ce délai de trois jours est applicable à moins que le lieu de la prison soit éloigné de plus de vingt miles du lieu où réside le tribunal ou la personne ; si la distance est supérieure à vingt miles et inférieure à cent, le délai sera de dix jours, et si la distance est supérieure à cent miles le délai ne sera pas supérieur à vingt jours. ».

⁶⁸ *Ibid.*, section 3 : « après quoi, dans l'espace de deux jours après que le prisonnier leur ait été présenté, le lord chancelier, le lord gardien du Grand Sceau ou tel autre juge ou baron devant qui le prisonnier a été présenté comme indiqué ci-dessus, libéreront ledit prisonnier de son emprisonnement en recevant son engagement, avec une ou plusieurs cautions, d'une somme telle qu'ils la jugeront à propos, eu égard à la qualité du prisonnier ou à la nature de l'infraction, pour s'assurer qu'il comparaitra à la session prochaine devant la Cour du Banc du Roi, ou aux plus proches assises, ou tournées de la Cour d'élargissement général (gaol delivery) dans le comté, la cité ou le lieu où il a été emprisonné, ou celui où l'infraction a été commise, ou devant telle autre Cour qui doit en connaître, ladite ordonnance et la réponse, ainsi que l'engagement, seront présentés à la Cour où doit avoir lieu la comparution ».

fondamentale de l'Habeas Corpus qui, « à l'époque moderne, (...) est considérée comme la pierre de touche des libertés publiques »⁶⁹.

37. La déclaration de 1689 et la Glorieuse Révolution est également fondamentale. C'est cette révolution qui apporta une caractéristique majeure de la suprématie du Parlement, c'est-à-dire la supériorité du *statute law* sur la prérogative royale (c'est-à-dire sur l'ensemble des pouvoirs, droits et obligations du monarque exercés personnellement ou par le Cabinet en vertu de conventions), et ainsi l'encadrement et la limitation des pouvoirs du monarque par le Parlement. C'est ce qui résulta des travaux de la Convention, réunie à partir du 22 janvier 1689, après le départ de Jacques II pour la France, pour réfléchir aux conditions de persistance de la monarchie. Cette Convention réunissait la Chambre des Communes et la Chambre des Lords (même si chaque Chambre continuait de siéger et de délibérer séparément) et s'était donnée pour mission de déterminer les règles de succession royale. C'est au sein de la Chambre des Communes qu'une résolution a été adoptée à l'encontre de Jacques II, lui reprochant d'avoir violé la Constitution en rompant le contrat originel entre le roi et le peuple et d'avoir violé les lois fondamentales. C'est elle qui allait conférer la Couronne à Guillaume d'Orange et Marie, son épouse.

38. Les deux Chambres établirent des commissions dont la mission était l'élaboration d'une déclaration de droits, le fameux *Bill of Rights* de 1689 adopté le 13 février 1689 et proclamé à Guillaume d'Orange et Marie lors de la cérémonie de couronnement. Cette déclaration exprime très nettement la raison d'être de l'intervention du Parlement, qui est la préservation des droits et libertés des anglais : « *lesdits Lords spirituels et temporels et les Communes, (...) assemblés en vertu de leurs lettres et élections, constituant ensemble la représentation pleine et libre de la Nation et considérant gravement les meilleurs moyens d'atteindre le but susdit, déclarent d'abord (comme leurs ancêtres ont toujours fait en pareil cas), pour assurer leurs anciens droits et libertés* »⁷⁰. Cette déclaration pose treize principes et droits qui sont, encore aujourd'hui, au cœur du libéralisme politique. Parmi eux figurent l'impossibilité pour le monarque de suspendre l'application des lois⁷¹, l'impossibilité de lever

⁶⁹ CARBASSE Jean-Marie. *Les 100 dates du droit*, Que sais-je ?, Presses universitaires de France, 2011, 128 p.

⁷⁰ « Royaume-Uni - Déclaration des droits, *English Bill of Rights* 1689 », *Digithèque MJP*, [en ligne], [consultée le 15/03/2021], <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1689.htm>.

⁷¹ *Ibid.* : « Dans ces circonstances, lesdits Lords spirituels et temporels et les Communes, aujourd'hui assemblés en vertu de leurs lettres et élections, constituant ensemble la représentation pleine et libre de la Nation et considérant gravement les meilleurs moyens d'atteindre le but susdit, déclarent d'abord (comme leurs ancêtres ont toujours fait en pareil cas), pour assurer leurs anciens droits et libertés : 1° Que le prétendu pouvoir de l'autorité royale de suspendre les lois ou l'exécution des lois sans le consentement du Parlement est illégal ; 2°

l'impôt sans le consentement du Parlement⁷², le droit de pétition⁷³, le principe des élections libres⁷⁴ ou encore la liberté de parole et de débats au sein du Parlement⁷⁵.

39. Présenter la règle de la souveraineté parlementaire comme une expression du principe du libéralisme politique est compatible avec la pensée de Trevor Allan. Pour cet auteur, si la souveraineté parlementaire est bien la règle de reconnaissance, son existence ne saurait s'expliquer sur le seul fondement d'une pratique sociale. L'auteur, appliquant la pensée dworkinienne, affirme que si la souveraineté du Parlement constitue la règle de reconnaissance, c'est parce que les acteurs de l'ordre constitutionnel (juges, représentants, etc...) considèrent que l'application de cette règle est justifiée au regard du principe relatif à l'exercice du pouvoir politique qu'elle traduit. Allan affirme ainsi que « *la règle fondamentale qui accorde une validité juridique aux actes du Parlement n'est pas elle-même le fondement de l'ordre juridique, au-delà duquel il est interdit au juriste de regarder. Cette règle fondamentale tire sa validité juridique de la théorie morale ou politique sous-jacente à laquelle elle appartient.* »⁷⁶. Stuart Lakin fait également usage des principes pour affirmer que la Constitution britannique (et ainsi la souveraineté parlementaire) repose sur le principe de gouvernement du droit et non des Hommes (le *principle of legality*)⁷⁷. Geoffrey Marshall semble, quant à lui, estimer que souveraineté parlementaire et libéralisme politique sont inséparables quand il présente comme une « *règle conventionnelle clairement acceptée* »⁷⁸, celle selon laquelle le Parlement ne peut

Que le prétendu pouvoir de l'autorité royale de dispenser des lois ou de l'exécution des lois, comme il a été usurpé et exercé par le passé, est illégal ; ».

⁷² *Ibid.*: « 4° *Qu'une levée d'impôt pour la Couronne ou à son usage, sous prétexte de prérogative, sans le consentement du Parlement, pour un temps plus long et d'une manière autre qu'il n'est ou ne sera consenti par le Parlement est illégale ; ».*

⁷³ *Ibid.*: « 5° *Que c'est un droit des sujets de présenter des pétitions au Roi et que tous emprisonnements et poursuites à raison de ces pétitions sont illégaux ; ».*

⁷⁴ *Ibid.*: « 8° *Que les élections des membres du Parlement doivent être libres ; ».*

⁷⁵ *Ibid.*: « 9° *Que la liberté de parole, des débats et des procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même ; ».*

⁷⁶ ALLAN T.R.S. *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Clarendon Press, 1995, 316 p., pp. 255-256 : « *the fundamental rule that accords legal validity to Acts of Parliament is not itself the foundation of the legal order, beyond which the lawyer is forbidden to look. That fundamental rule derives its legal validity from the underlying moral or political theory to which it belongs.* ». Sur la question des principes voir aussi ALLAN T.R.S. « *In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law* », *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2009, n°5, pp. 1-18.

⁷⁷ LAKIN Stuart. « *Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution* », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, vol. 28, n°4, pp. 709-734, p. 710: « *In his claim that there must be some normative basis for the powers of Parliament and courts, it will be argued that Hart lays the foundations for a theory of the British constitution based on the ideal of government under law or the principle of legality. In this way, traditional debates in British constitutional theory (ostensibly) about the meaning and possible limits on Parliamentary sovereignty are best understood as disagreements about the legal principles that condition the exercise of political power.* ».

⁷⁸ MARSHALL Geoffrey, *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, *op. cit.*, p. 9: « *Though it is rarely formulated as a conventional rule the most obvious and undisputed convention of the British constitutional system is that Parliament does not use its unlimited sovereign power of legislation in*

user de son pouvoir de manière oppressive ou tyrannique. Si l'enracinement de Westminster dans le libéralisme politique est ancien, son rôle démocratique l'est beaucoup moins.

40. Ce n'est qu'au XX^{ème} siècle, que le Parlement est devenu un moyen pour les électeurs -à l'aide du suffrage universel- d'exercer indirectement le pouvoir de décision⁷⁹ (b). La souveraineté parlementaire n'est ainsi devenue que tardivement⁸⁰ l'expression du principe de démocratie. Allan, en appliquant la pensée de Dworkin au concept de règle de reconnaissance dégagé par Hart, le reconnaît volontiers. Dans cette perspective, l'auteur affirme qu'un juge ou fonctionnaire britannique « *qui invoque la suprématie législative pour justifier l'obéissance à un acte du Parlement fait plus que signaler une doctrine que d'autres acceptent (...): il suppose que la doctrine juridique est elle-même défendable pour des raisons morales. Il sert la démocratie en garantissant que tout le monde obéit aux lois adoptées par une assemblée représentative; les questions litigieuses de justice et de politique publique sont mieux résolues, dans la plupart des cas, par des fonctionnaires qui sont élus et qui, en ce sens, sont directement responsables devant le peuple.* »⁸¹. C'est ce qu'exprime Vanessa Barbé en précisant que la conception de la souveraineté du Parlement est intimement liée à l'idée que « *Westminster est le forum des élus du peuple, et doit, à ce titre, jouer un rôle central dans le système juridique et politique.* »⁸².

41. En 1918, l'adoption du *Representation of the People Act* et en 1928 l'adoption du *Representation of the People (Equal Franchise) Act* ont en effet permis d'étendre le droit de suffrage aux femmes. À partir du début du XX^{ème} siècle, va s'installer au Royaume-Uni la

an oppressive or tyrannical way. That is a vague but clearly accepted conventional rule resting on the principle of constitutionalism and the rule of law.”.

⁷⁹ SAUNDERS Cheryl, DZIEDZIC Anna. “Parliamentary Sovereignty and Written Constitutions in a Comparative Perspective”, *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, 2013, n° 651, pp. 1-25, p. 4 : “*Over the course of its history, the Parliament had become associated with the defeat of absolutism, limited government and ‘virtual’ representation that progressively became more real.*”.

⁸⁰ Comme l'affirme Dawn Oliver, lorsque la souveraineté du monarque en son Parlement s'est imposée à partir de la Glorieuse Révolution, l'idée n'était pas de faire triompher la démocratie mais plutôt d'assurer le contrôle de l'exécutif pour éviter l'arbitraire. Ce n'est qu'à partir du début du XX^{ème} siècle que le Parlement et la souveraineté parlementaire vont devenir directement liés au concept de démocratie représentative (ou démocratie indirecte), voir. OLIVER Dawn. *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 424 p., p. 32.

⁸¹ ALLAN T.R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 384 p., p. 140 : “*A British judge or official who invokes legislative supremacy, to justify obedience (...) to an Act of Parliament, is doing more than pointing to a doctrine that others accept (...): he is supposing that the legal doctrine is itself defensible on moral grounds. It serves democracy by ensuring that everyone obeys the laws enacted by a representative assembly; contentious matters of justice and public policy are better resolved, in most cases, by officials who are elected and are in that sense directly accountable to the people.*”.

⁸² BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 85.

démocratie représentative (ou indirecte). Contrairement à la démocratie directe -qui implique qu'outre d'être titulaire de la puissance souveraine (celle de prendre les décisions) le peuple l'exerce de manière quotidienne- et à la démocratie semi-directe -dans laquelle cet exercice est réparti entre des représentants élus et les citoyens- ; dans la démocratie représentative, le peuple est titulaire de la puissance suprême mais ne l'exerce que par le biais de représentants élus au suffrage universel. C'est ainsi qu'à partir du début du XX^{ème} siècle, la Chambre des Communes est devenue un réel représentant du peuple.

42. Le suffrage universel a donc fait du Parlement –à travers l'action de la Chambre des Communes- le représentant du peuple. C'est d'ailleurs parce qu'il est l'expression de la volonté du peuple, que le gouvernement et la Chambre des Communes contribuent eux-mêmes à métamorphoser le visage de la démocratie britannique, qui n'est plus strictement représentative. En témoignent les nombreux référendums organisés depuis les années 1970, par lesquels les citoyens interviennent plus directement dans la confection du droit (et cela même si les référendums sont théoriquement consultatifs). En témoigne également le développement des mécanismes de démocratie participative et délibérative sur le sol britannique parmi lesquels figure par exemple la pétition numérique. La démocratie participative a pour principe central celui de l'insuffisance de la représentation et partant, de la nécessité d'aménager des fenêtres de participation des citoyens à la prise de décision politique et constitutionnelle⁸³. La démocratie délibérative, dont la conceptualisation devrait beaucoup à John Rawls⁸⁴ et à Jürgen Habermas⁸⁵, « *est une association dont les membres s'accordent, malgré leurs différences d'opinion, pour faire de la délibération publique et libre entre citoyens égaux le mode de résolution légitime des problèmes de choix collectifs, du moins pour les questions politiques les plus importantes* »⁸⁶. La démocratie délibérative va ainsi plus loin que la participative, en ce que la participation des citoyens en soi est insuffisante ; elle se concrétise via la délibération, caractérisée par l'écoute, l'échange d'arguments et une décision qui se forge au rythme de cet échange.

43. Ce sont ces deux éléments (le libéralisme politique/la démocratie) qui expliquent la confiance dont le Parlement bénéficie dans l'ordre constitutionnel britannique, et ainsi le

⁸³ MICHELS Ank. « Les innovations dans la gouvernance démocratique – en quoi la participation citoyenne contribue-t-elle à l'amélioration de la démocratie ? », *Revue Internationale de Sciences Administratives*, 2011, vol. 77, n°2, pp. 275-296.

⁸⁴ RAWLS John. *Justice et démocratie*, Paris, Editions du Seuil, 1993, 386 p.

⁸⁵ HABERMAS Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 557 p.

⁸⁶ GIRARD Charles. « La démocratie doit-elle être délibérative ? », *Archives de Philosophie*, 2011, n°74, pp. 223-240, p. 79.

principe de souveraineté parlementaire. Comme le libéralisme et la démocratie sont les raisons d'être de cette confiance, ils en constituent également les limites: en effet, le grand pouvoir du Parlement n'est justifié que s'il s'exerce dans le cadre qui l'explique : celui de la protection des droits et de la démocratie. Si le principe de souveraineté du Parlement est, depuis des siècles, accepté par les « *trois branches du gouvernement* » c'est ainsi parce que Westminster était considéré comme un reflet de la « *sagesse collective de la communauté toute entière* »⁸⁷. De ce fait, la souveraineté parlementaire pourrait, selon nous, être abandonnée si le Parlement commettait un outrage perçu comme extrêmement grave. Cette manière de concevoir la souveraineté parlementaire n'est pas sans rappeler le concept de *trust* qui liait la Couronne au peuple et qui servait de « *garantie du peuple contre la déviation de la puissance souveraine* »⁸⁸. Ce *trust* emportait la conséquence que la responsabilité du monarque était conditionnée à une violation extrêmement grave, celle de la « *constitution toute entière* »⁸⁹.

44. La souveraineté parlementaire est une incarnation du libéralisme politique, mais il n'en est qu'un élément constitutif. Pour comprendre ce libéralisme, il faut ainsi s'intéresser au constitutionnalisme qui est l'autre trait fondamental de l'ordre constitutionnel britannique.

2) *Le constitutionnalisme*

45. Le constitutionnalisme met l'accent sur la nécessité d'assurer l'encadrement du pouvoir politique des représentants par le biais de l'affirmation et de la protection de règles constitutionnelles, parmi lesquelles les droits et libertés. Ce concept est mis en oeuvre dans l'ordre constitutionnel britannique à la fois par des principes (comme celui de la nécessaire limitation du pouvoir pour éviter l'arbitraire, celui de la séparation des pouvoirs ou encore du *rule of law*) mais aussi par des règles (comme des dispositions juridiques précises qui sont des applications concrètes de cette nécessaire lutte contre l'arbitraire).

⁸⁷ GOLDSWORTHY Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 330 p., p. 233-234: "The lawyers, statesmen, and political theorists, whose ideas, contributed to its evolution over many centuries, were not fools. They accepted the doctrine for many reasons, not all compatible with one another. These include the ideas that: (...) 7. Parliament's decisions reflected the collective wisdom of the entire community, which, if not infallible, was far superior to that of any other agency in the state;".

⁸⁸ BARANGER Denis. *Parlementarisme des origines – Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 1^{ère} édition, 408 p. p. 44, p. 57 : « *Le trust est, par essence, une forme institutionnelle visant à rendre le pouvoir responsable dans le sens primitif où il est défini comme essentiellement conditionné et révocable.* ».

⁸⁹ *Ibid.* : « *Comment cette structure fixe garantit-elle la responsabilité ? En établissant que le titre royal lui-même est constitutif de légalité, et qu'il n'est détenu que sous condition de son respect. Mais cette responsabilité fondamentale n'est engagée qu'en cas de subversion de la constitution toute entière.* ».

46. Pour Hilaire Barnett, cette notion suppose au moins l'existence de 4 éléments : 1) le fait que le pouvoir soit exercé de manière conforme aux limites établies par le Parlement et que ceux qui exercent le pouvoir soient responsables devant la justice ; 2) le fait que l'exercice du pouvoir soit conforme à l'exigence de respect de l'individu et de ses droits ; 3) la nécessité que les grandes fonctions étatiques (fonction législative : fonction de faire la loi, exécutive : fonction de mettre en application la loi, judiciaire : fonction de trancher les litiges) soient suffisamment réparties entre différentes institutions afin d'éviter l'exercice d'un pouvoir arbitraire ; 4) l'idée phare que le gouvernement, dans la détermination de la politique, et le Parlement, dans la légitimation de la politique, soient responsables devant l'électorat sur la foi duquel le pouvoir est détenu⁹⁰.

47. Ainsi, le constitutionnalisme implique pour Hilaire Barnett le *rule of law* (a) et la séparation des pouvoirs (b)⁹¹. Cette vision du constitutionnalisme correspond à celle défendue dans cette thèse et représente une part importante de l'ordre constitutionnel britannique tel qu'il existe aujourd'hui.

a) *Le rule of law*

48. Le constitutionnalisme est directement lié au concept clé de *rule of law*, qui peut revêtir deux acceptions : une acception formelle et une acception matérielle⁹². L'aspect formel implique que le pouvoir soit limité par un ensemble de règles procédurales. Les conceptions formelles du *rule of law* ne sont pas tant attachés au contenu du droit mais plutôt à ses conditions d'édiction, déterminantes pour empêcher l'arbitraire.

49. Ces versions formelles se focalisent alors sur « *la manière dont la loi est promulguée (l'a-t-elle été par une personne dûment autorisée, de manière dûment autorisée, etc.)* »⁹³, sur la « *clarté de la norme* » édictée « *(est-elle suffisamment claire pour guider la*

⁹⁰ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, London and New York, Routledge, 10th edition, 2013, 800 p., p. 6 : « *The doctrine of constitutionalism suggests, at least, the following : (a) that the exercise of power is kept within the legal limits conferred by Parliament – (...) – and that those who exercise power are accountable to law ; (b) that the exercise of power – (...) – must conform to the notion of respect for the individual and the individual's citizen's rights ; (c) that the powers conferred on institutions within a state – (...) – be sufficiently dispersed between the various institutions so as to avoid the abuse of power; and (d) that the government, in formulating policy, and the legislature, in legitimating that policy, are accountable to the electorate on whose trust power is held.* ».

⁹¹ *Ibid.* : « *In summary, constitutionalism suggests the limitation of power, the separation of powers, the doctrine of responsible accountable government and the protection of individual rights and freedoms.* ».

⁹² STREET Amy. *Judicial Review and the Rule of Law- Who is in Control?*, London, The Constitution Society, 2013, 58 p.

⁹³ CRAIG Paul. "Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework", *Public Law*, 1997, pp. 1-15, p. 1 : « *Formal conceptions of the rule of law address the manner in which the law was promulgated (was it by a properly authorised person, in a properly authorised manner, etc.); the clarity of the*

conduite d'un individu de manière à lui permettre de planifier sa vie, etc.) »⁹⁴ ou encore sur l'application dans le temps de ladite norme c'est-à-dire notamment sur la question de sa nature prospective ou rétroactive. Parmi les défenseurs de cet aspect se trouvent Joseph Raz⁹⁵ ou encore Albert Venn Dicey⁹⁶.

50. La présentation faite par Dicey du *rule of law* est célèbre. Pour le juriste, ce principe a trois implications majeures : la première est qu'aucun individu ne peut être condamné ou atteint dans son corps ou dans ses biens si ce n'est par les juridictions ordinaires en vertu du droit en vigueur. Pour Dicey, le *rule of law* implique, en second lieu, qu'aucune personne ne se situe au dessus du droit et que toute personne quelles que soient ses fonctions est soumise au droit et aux juridictions ordinaires. Enfin et en troisième lieu selon l'auteur, le *rule of law* implique que les principes généraux de la Constitution britannique sont à trouver dans la jurisprudence qui détermine, au fur et à mesure des décisions, les droits des personnes privées⁹⁷.

51. Au Royaume-Uni une des composantes majeures de cette conception formelle est le principe de *natural justice* étudié dans le premier titre de cette étude. Cette définition procédurale du *rule of law* emporte également le principe d'une égalité formelle de toutes et tous devant la loi. De ce point de vue, précise Trevor Allan, le rôle d'une juridiction est simplement de garantir l'application et le respect des règles dûment adoptées sans aucun esprit de favoritisme⁹⁸.

52. La conception matérielle du *rule of law*, quant à elle, exige que les gouvernants soient encadrés et liés non seulement par des règles de forme et de procédure mais aussi par des règles de fond visant à la protection de droits considérés comme fondamentaux à la société politique. Sont partisans de cette conception Ronald Dworkin⁹⁹, John Laws¹⁰⁰ ou encore Trevor Allan¹⁰¹. Pour ce dernier, il convient d'ajouter à l'acception formelle du *rule of law* une

ensuing norm (was it sufficiently clear to guide an individual's conduct so as to enable a person to plan his or her life, etc.); and the temporal dimension of the enacted norm. (was it prospective or retrospective, etc.).”.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ RAZ Joseph. “The Rule of law and Its Virtue”, *Law Quarterly Review*, 1977, vol. 93, issue 2, pp. 195-211.

⁹⁶ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, *op. cit.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ ALLAN T.R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, *op. cit.*, p. 2: “On that view, the judicial role is simply to enforce whatever rules have been duly enacted by the legislature, without fear or favour.”.

⁹⁹ DWORKIN Ronald. *Law's Empire*, United States, Harvard University Press, 1986, 470 p.

¹⁰⁰ LAWS John. “Law and Democracy”, *Public law*, 1995, pp. 72-93.

¹⁰¹ ALLAN T.R.S. *Constitutional Justice – A Liberal Theory of the Rule of law*, United States, Oxford University Press, 2001, 331 p.; voir également GOLDSWORTHY Jeffrey. “Homogenising Constitutions”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, vol. 3, n°23, pp. 483-505.

dimension matérielle constituée de droits et libertés destinés à garantir l'autonomie et l'indépendance de chaque personne¹⁰². Pour Allan, une définition procédurale du *rule of law* est insuffisante dans la mesure où elle ne permet pas l'accomplissement ultime de ce principe à savoir, modérer les impacts du principe de majorité dans une démocratie. Ce dernier principe est celui selon lequel « *la décision prise par une majorité dans un groupe est réputée être la décision du groupe tout entier* »¹⁰³.

53. Le *rule of law* semble, lui aussi, être le fruit d'une évolution au fil de l'histoire de l'exercice du pouvoir au Royaume-Uni. Les exigences actuelles tirées des visions formelles et matérielles du *rule of law* semblent issues de la tradition britannique, comme l'affirme Céline Roynier, à définir le pouvoir par la liberté politique, c'est-à-dire par l'absence d'arbitraires¹⁰⁴. Le *rule of law* est à la base un élément non écrit de l'ordre constitutionnel, même si postérieurement à son avènement il a été codifié dans le *Constitutional Reform Act* voté en 2005¹⁰⁵.

b) La séparation des pouvoirs

54. La séparation des pouvoirs telle qu'elle existe aujourd'hui est l'œuvre de plusieurs acteurs : les juges qui, dès les jurisprudences du XVII^e siècle, ont posé les règles relatives aux différences entre le statute law et le droit édicté par le roi, mais aussi le législateur qui à l'aide de certaines lois comme le *Bill of Rights* de 1689, l'*Act of Settlement* de 1701 ou le *Constitutional Reform Act* de 2005 est venu conforter ce principe.

55. D'un point de vue théorique, la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni revêt principalement deux formes.

56. La première est celle d'une non confusion et d'un équilibre des pouvoirs largement mis en avant dans la pensée de Montesquieu. La pensée de Montesquieu a été parfaitement expliquée par Michel Troper, affirmant que la séparation des pouvoirs implique

¹⁰² ALLAN T.R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 384 p., p. 2: "If the rule of law is a constitutional principle of real importance, capable of moderating the influence of majoritarian politics, especially in times of emergency or stress, it must be more than merely formal: it must embrace a range of familiar liberal rights and freedoms intended to guarantee each person's autonomy or independence."

¹⁰³ BARANGER Denis. « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus Politicum* - n°15, *Le droit public et la Première Guerre mondiale*, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <http://juspoliticum.com/article/Theorie-et-pratique-du-principe-de-majorite-dans-les-droits-constitutionnels-europeens-1054.html>.

¹⁰⁴ ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, thèse, droit public, Université Panthéon-Assas, soutenue le 1^{er} décembre 2011, 637 p.

¹⁰⁵ *Constitutional Reform Act* 2005, section 1: "This Act does not adversely affect— (a) the existing constitutional principle of the rule of law, (...).".

deux principes : un principe négatif et un principe d'équilibre (de balance) des pouvoirs¹⁰⁶. Montesquieu formule en premier lieu un « *principe négatif* »¹⁰⁷ de non confusion des pouvoirs et en second lieu, la nécessaire répartition des grandes fonctions¹⁰⁸ de l'État entre plusieurs institutions dont les intérêts divergent. Dans le cadre britannique, ce principe de non confusion trouve sa source première dans le *common law* -c'est-à-dire le droit élaboré par les juridictions que ce soit pour interpréter une loi primaire (une loi votée par le Parlement) ou secondaire (un acte voté par l'exécutif suite à une délégation de pouvoirs opérée dans une loi primaire) ou pour créer/découvrir ou appliquer des règles et principes constitutionnels non écrits- avec des jurisprudences remontant au début du XVIIème siècle¹⁰⁹, mettant notamment l'accent sur l'impossibilité pour le monarque de cumuler fonction exécutive, fonction législative et juridictionnelle.

57. Ce principe s'accompagne traditionnellement de celui d' « *équilibre des pouvoirs* », c'est-à-dire de répartition de la fonction législative entre plusieurs organes aux intérêts divergents que sont le monarque, la Chambre des Communes et la Chambre des Lords, censés se limiter respectivement¹¹⁰. Chacun de ces organes dispose ainsi d'un pouvoir législatif c'est-à-dire celui de participer à l'élaboration de la loi. L'agrégation de ces pouvoirs législatifs rend compte de la fonction législative¹¹¹. Cette « *balance des pouvoirs* » a été présentée par Montesquieu dans *l'Esprit des Lois* en 1748, reprise par William Blackstone¹¹² qui considérait que « *même s'il était indispensable que l'exécutif soit séparé de la législature pour empêcher*

¹⁰⁶ TROPER Michel. « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire Montesquieu*, 2013, [en ligne], [consultée le 05/06/2021], <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>: « *Cela dit, ce premier principe, purement négatif, qu'acceptent tous ceux qui ne sont pas de partisans de l'absolutisme, en appelle nécessairement un second, destiné à déterminer ce que doit être la répartition des compétences. (...) Montesquieu fait partie de ces adversaires et le système qu'il préconise est tout différent : c'est celui de la balance des pouvoirs. Celui-là, loin de se détruire lui-même, est conçu comme capable de se réguler et de se conserver automatiquement, en vertu de sa seule organisation interne.* ».

¹⁰⁷ TROPER Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1ère édition, 1994, 358 p., p. 223-236

¹⁰⁸ Ces grandes fonctions sont traditionnellement les fonctions législative, exécutive et judiciaire dont l'identification remonterait à Aristote dans *Politiques*.

¹⁰⁹ Voir *Prohibitions del Roy* [1607] 12 Co Rep 63; 77 ER 1342 ou encore, *Case of Proclamations* [1611] 12 Co Rep 74, 77 ER 1352.

¹¹⁰ TROPER Michel. « Séparation des pouvoirs », *op. cit.*: « *Du point de vue de la technique constitutionnelle, le résultat est obtenu non par la spécialisation et l'indépendance, mais au contraire par la collaboration de plusieurs organes à chacune des fonctions et par l'interdépendance des autorités.* ».

¹¹¹ LE DIVELLEC Armel. « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, vol 4, n°23, pp. 123-140, p. 127 : « *En premier lieu, la « séparation des pouvoirs » recouvre deux séparations, celle des organes et celles des fonctions. Le terme de « pouvoir(s) » engendre beaucoup d'ambiguïtés ; il me paraît préférable de distinguer rigoureusement entre organes (ou institutions) et fonctions (juridiques stricto sensu ou bien éventuellement plus larges). Ainsi, lorsque l'on parle de « pouvoir législatif », il importe de savoir si l'on pense à une fonction (juridique) – faire la loi –, ou bien à l'organe ou aux organes qui concourent à sa réalisation.* ».

¹¹² BLACKSTONE William. *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*

la tyrannie, leur totale séparation entrainerait un risque de domination de l'exécutif par la législature »¹¹³. C'est ainsi qu'il prônait « une séparation partielle des pouvoirs »¹¹⁴ afin de permettre la réalisation d'une « structure constitutionnelle mixte et équilibrée »¹¹⁵.

58. La seconde manière de penser la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni -qui est intrinsèquement liée à la première- est celle, héritée de Walter Bagehot, du constat d'une fusion des pouvoirs. « Fusion » ne signifie pas « confusion » mais plutôt le principe selon lequel le gouvernement est nécessairement issu de la Chambre basse¹¹⁶ cette dernière déterminant l'existence du premier par le lien de confiance¹¹⁷; ce principe est au fondement de la logique parlementaire de responsabilité du gouvernement devant la Chambre basse. La séparation des pouvoirs au Royaume-Uni prendrait alors la forme d'une fusion des pouvoirs caractéristique du régime parlementaire.

59. Enfin et en dehors de ces éléments théoriques, il est difficile de bien saisir les réalités de la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni sans prêter attention à ses tendances contemporaines et à la domination écrasante de l'exécutif sur les parlementaires d'une part, et sans admettre que la séparation des pouvoirs dans son aspect « équilibre des pouvoirs » peut être sans cesse reconfiguré d'autre part. Comme dans la plupart des démocraties parlementaires européennes, le Parlement de Westminster (la Chambre des Communes principalement) apparaît contrôlé par le Cabinet par le biais de la majorité parlementaire¹¹⁸. C'est cette prépondérance de l'exécutif que Lord Hailsham pointait du doigt, quand il qualifiait le régime britannique de « dictature électorale » dans un discours prononcé en 1976¹¹⁹. Ainsi, la fusion découlant du

¹¹³ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law, op. cit.*, p. 69: "While it was of central importance to Blackstone that, for example, the executive and legislature should be sufficiently separate to avoid 'tyranny', he nevertheless viewed their total separation as potentially leading to dominance of the executive by the legislature. Thus, partial separation of powers is required to achieve a mixed and balanced constitutional structure."

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 50: « The English system, therefore, is not an absorption of the executive power by the legislative power; it is a fusion of the two. Either the Cabinet legislates and acts, or else it can dissolve. It is a creature, but it has the power of destroying its creators. ».

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 48: "The efficient secret of the English Constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers. (...)The connecting link is the cabinet. By that new word we mean a committee of the legislative body selected to be the executive body. The legislature has many committees, but this is its greatest. It chooses for this, its main committee, the men in whom it has most confidence".

¹¹⁸ TROPER Michel. « Les nouvelles séparations des pouvoirs », In *Les usages de la séparation des pouvoirs*, sous la dir. de Sandrine Baume et Biancamarina Fontana, Michel Houdiard Editeur, 2008, pp. 17-37, p. 29 : « ...on se rend bien compte qu'il n'y a pas d'équilibre réel au sein du pouvoir législatif, à cause des facteurs déjà évoqués : absence d'un véritable bicamérisme en dehors des systèmes fédéraux, disparition du veto et système des partis, qui conduit le pouvoir exécutif à diriger la majorité parlementaire. ».

¹¹⁹ HAILSHAM Lord. « Elective Dictatorship », *The Richard Dimbleby Lecture*, 1976, British Broadcasting corporation.

régime parlementaire semble glisser dans les faits vers la confusion au profit de l'exécutif, remettant en cause l'idée défendue par Bagehot. La forte discipline de parti empêche le Parlement de remplir sa tâche de contrôle du gouvernement et neutralise le mécanisme de responsabilité politique¹²⁰.

60. Cette position avantageuse du Cabinet a néanmoins été contrebalancée par la montée en puissance des juges ces cinquante dernières années. Tant le *common law* que les lois (*HRA* 1998, *CRA* 2005) ont permis aux juges d'exercer une influence plus importante sur la l'exercice du pouvoir législatif et exécutif par les représentants quand il porte atteinte aux droits et libertés. Cette reconfiguration contemporaine de la séparation des pouvoirs passe ainsi par une augmentation de l'influence du juge sur la fonction législative en raison d'un pouvoir d'interprétation juridictionnel augmenté et de nouvelles prérogatives de contrôle de la législation (section 4 *HRA* 1998). Cette reconfiguration passe également par une transformation des modalités de contrôle des juges des actes de l'administration, modalités accrues quand les droits sont en jeu.

61. Tant la souveraineté parlementaire que le constitutionnalisme expriment finalement le même principe, celui de responsabilité constitutionnelle. En effet, ces deux traits fondamentaux de l'ordre constitutionnel semblent être l'incarnation d'une même idée : celle que « *le pouvoir politique a été compris comme une charge de confiance, visant à la réalisation du bien des gouvernés.* »¹²¹.

C) La responsabilité constitutionnelle

62. La notion de responsabilité constitutionnelle employée dans cette étude désigne l'obligation pour les gouvernants de rendre des comptes en raison de leur devoir d'agir dans le cadre et dans le sens de la préservation de la Constitution (de l'ordre constitutionnel). Ce devoir d'agir correspond à la nécessité pour des représentants (parlementaires, membres d'exécutifs) d'être au service de la société et de ses besoins¹²². Ce devoir d'agir implique nécessairement

¹²⁰ ALDONS Malcolm. « The 'Elective Dictatorship' – Fact or Fiction ? », *Australasian Political Review*, 2002, vol 17, n°2, pp. 69-78.

¹²¹ BARANGER Denis. *Le droit constitutionnel*, 1 vol. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 6ème édition, 2013, 128 p., p. 88.

¹²² COICAUD Jean-Marc. « Légitimité et responsabilité des gouvernants » In *La responsabilité des gouvernants*, sous la dir. de Olivier Beaud, Jean-Michel Blanquer, Paris, Descartes and cie, 1999, 323 p., pp. 95-117, p. 101 : « *Des fonctions de représentation et de service découle un autre aspect de la responsabilité du gouvernant : la limitation de son pouvoir dans l'exercice de ses fonctions. (...) Pour le gouvernant tout n'est pas possible. Ses décisions et actions ne sauraient être entièrement guidées par ses seuls intérêts. Il doit tenir compte des besoins de la communauté et démontrer sa capacité à obtenir des résultats effectifs. Dans ce contexte, celui qui accepte la contrainte de responsabilité voit l'exercice légitime de son pouvoir conditionné par l'accomplissement des devoirs qui incombent à sa tâche.* ».

des prérogatives, des pouvoirs reconnus aux gouvernants pour qu'ils puissent œuvrer à la préservation de l'ordre constitutionnel. Ainsi, être responsable constitutionnellement, c'est avant tout disposer (au nom de ce devoir d'agir) de compétences permettant de prendre des décisions politiques (afin de régir les comportements) et des décisions constitutionnelles (afin d'interpréter, appliquer, modifier les règles et principes constitutionnels).

63. C'est de l'exercice et de l'utilisation de ces compétences et prérogatives que le gouvernant devra rendre des comptes¹²³. Il devra expliquer, justifier les implications constitutionnelles de sa politique et subir éventuellement une sanction électorale, juridictionnelle ou extra-juridictionnelle (dont fait partie la responsabilité ministérielle dans le cadre du régime parlementaire). La notion de responsabilité constitutionnelle ici proposée, englobe donc celle décrite par Denis Baranger, selon laquelle, une autorité peut voir sa responsabilité constitutionnelle engagée « *à raison d'une remise en cause des principes fondamentaux de l'organisation institutionnelle du régime* »¹²⁴. En effet, dans cette étude l'obligation pour le représentant de rendre des comptes des implications constitutionnelles de sa politique ne comprend pas que les problématiques et équilibres constitutionnels fondamentaux du régime politique, mais aussi les droits et libertés.

64. Cette responsabilité constitutionnelle suppose, en outre, une transparence de l'exercice du pouvoir¹²⁵, c'est-à-dire une publicité des décisions qui sont prises et de leurs modalités d'élaboration (parmi lesquelles figurent les justifications à l'adoption d'une politique par exemple). Cette transparence est ce qui permet de donner réalité à l'exigence, pour les gouvernants, de rendre des comptes, dans la mesure où sans elle, il devient difficile pour les autres institutions et les gouvernés de connaître et d'évaluer la politique des représentants.

65. Cette notion de responsabilité constitutionnelle se fonde expressément sur le concept d'*accountability* (responsabilité) tel que développé par certains pans de la doctrine britannique. Selon Nicholas Bamforth et Peter Leyland, « *les idées de responsabilité jouent un*

¹²³ BARANGER Denis. *Parlementarisme des origines – Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 1ère édition, 408 p., p. 25: « Être responsable signifie devoir 'rendre des comptes' (...). Mais ce terme recouvre aussi la détention même du pouvoir dont il s'agit ensuite d'être le comptable. Être responsable de quelque chose signifie alors que l'on concentre le pouvoir de mener cette chose à bien ».

¹²⁴ BARANGER Denis. « Responsabilité politique », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 1356-1360, p. 1359.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 1357 : « L'idée de responsabilité politique recouvre en effet plusieurs degrés de relations entre d'une part ceux qui détiennent le pouvoir et d'autre part ceux qui en sont les sujets (les 'gouvernés') ou ceux qui les représentent. Elle peut renvoyer à l'idée d'une obligation de rendre des comptes du pouvoir exercé. Elle peut encore, et c'est la signification qu'elle a finie par prendre, indiquer que cette transparence de l'exercice du pouvoir est le moyen de le mettre en question, et le préalable à un retrait du titre pour l'exercer. ».

rôle important dans les discussions contemporaines sur le droit et la pratique constitutionnels. »¹²⁶. Ces auteurs affirment d'ailleurs que, « les hommes politiques, les juges et d'autres acteurs ont souvent tendance à affirmer, quel que soit le point de vue ou la proposition de fond qu'ils défendent, qu'une responsabilité accrue ou meilleure est leur objectif final. »¹²⁷.

66. La notion de responsabilité constitutionnelle proposée dans cette étude s'inspire intensément de l'étude de l'*accountability* dans le cadre de la Constitution britannique, proposée par Dawn Oliver. Pour elle, « la discussion sur la responsabilité tourne généralement autour de la manière dont les titulaires de fonctions publiques (y compris les membres des deux Chambres du Parlement et du gouvernement) sont responsables devant des organismes publics de différents types ou devant l'électorat »¹²⁸. Pour Dawn Oliver, l'idée de responsabilité implique, dans ce contexte constitutionnel, « un devoir juridique, politique, social ou moral de la part d'un comptable d'expliquer et de justifier son action ou son inaction à des organismes particuliers exigeant des explications »¹²⁹. Selon Dawn Oliver, la Constitution britannique est constituée d'un « réseau de mécanismes de responsabilité »¹³⁰. Il justifie l'existence d'un réseau et donc d'une diversité de mécanismes par l'insuffisance de l'élection des membres de la législature et du gouvernement d'une part, et de la saisine d'une juridiction d'autre part, pour garantir le principe de *rule of law*¹³¹. Ce constat d'un réseau de mécanismes de responsabilité

¹²⁶ BAMFORTH Nicholas, LEYLAND Peter. "Introduction : Accountability in the Contemporary Constitution", In *Accountability in the Contemporary Constitution* edited by Nicholas Bamforth and Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp.1-26, p. 1 : "Ideas of accountability play a prominent role in contemporary discussions of constitutional law and practice, (...).".

¹²⁷ *Ibid.* : « (...) and politicians, judges and other actors tend frequently to claim, whatever the substantive viewpoint or proposal which they advocate, that more or better accountability is their end-goal. ».

¹²⁸ OLIVER Dawn. "Accountability and the Foundations of British Democracy – the Public Interest and Public Service Principles", In *Accountability in the Contemporary Constitution* edited by Nicholas Bamforth and Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 289-308, p. 289: "Discussion of accountability commonly revolves around ways in which public office-holders (including Members of the two Houses of Parliament and of the government, and other elected people) are answerable to public bodies of various kinds or to the electorate".

¹²⁹ *Ibid.* : « I take accountability to entail, in this context, a legal, political, social or moral duty on the part of an accountant to explain and justify his or her action or inaction to particular bodies demanding explanations – accountees- according to standards set by or associated with the role of the accountee. ».

¹³⁰ *Ibid.*, p. 289 : "We do not often ask why a web of accountability mechanisms exists in a democracy such as the UK; (...).".

¹³¹ *Ibid.*, p. 290 : « Without appropriate (...) accountability mechanisms, election alone could produce imprudent, partisan, sectarian, discriminatory, illegitimate, corrupt government that would be inconsistent with the very concepts of democracy and the rule of law. And access to the courts alone cannot protect us from bad government. ».

se trouve également dans la doctrine française, même si elle ne se focalise pas forcément sur la dimension constitutionnelle¹³².

67. Dans le cadre de la Constitution britannique, l'auteur distingue quatre catégories de mécanismes de responsabilité qui renvoient aux trois acteurs de la justice constitutionnelle identifiés dans cette thèse (les représentants directement élus ou non, les citoyens, les juges).

68. La première catégorie renvoie à ce que l'auteur appelle la « *responsabilité politique* » qui englobe « *la responsabilité ministérielle devant le Parlement (...) ou la responsabilité des autorités locales devant le gouvernement central et le Parlement.* »¹³³. Dans le cadre de cette première catégorie, « *les acteurs et les organes responsables sont exposés à une éventuelle censure politique et à un risque électoral, les coûts politiques étant parfois exigés à un niveau personnel (par exemple, via la démission forcée d'un ministre) si les performances sont inférieures aux normes attendues.* »¹³⁴. Les règles et principes relatifs à la séparation des pouvoirs font ainsi partie de cette première catégorie et sont ceux qui permettent notamment la responsabilité politique du Cabinet devant les parlementaires.

69. La seconde catégorie correspond, selon Dawn Oliver, à ce qu'elle dénomme la « *responsabilité publique* » qui est « *due au grand public ou à des parties intéressées de celui-ci* »¹³⁵. Dans ce cadre, « *les élus nationaux et locaux sont localement obligés d'expliquer et de justifier leurs actions aux électeurs, avec des pénalités politiques à payer dans les urnes si un*

¹³² Voir par exemple. PUJAS Véronique. « Carences et nouvelles dimensions de la responsabilité politique : éléments de politiques comparées », *Pouvoirs*, 2000, n°62, pp. 165-180, p. 166 : « *Dans les systèmes démocratiques, le contrôle des titulaires de charges publiques est organisé à travers diverses procédures et institutions. Les « gouvernants » (au sens large, incluant toutes les catégories de personnel politique) doivent rendre compte de leurs actes devant l'assemblée élue (contrôle législatif), mais aussi devant la justice (contrôle de légalité), les citoyens (sanction électorale éventuellement) et l'opinion publique (contrôle démocratique dont les intermédiaires seraient les médias).* » ; voir aussi AVRIL Pierre. « Responsabilité et accountability », In *La responsabilité des gouvernants*, sous la dir. de Olivier Beaud, Jean-Michel Blanquer, Paris, Descartes and cie, 1999, 323 p., pp. 85-93, p. 86 : « *On voudrait montrer que la fonction constitutionnelle que remplit la responsabilité ne saurait s'identifier aux seules règles juridiques qui l'encadrent et qui la sanctionnent, mais qu'elle appelle des normes d'une autre nature que celle que le droit peut prescrire ; ces règles relèvent de la déontologie politique.* ».

¹³³ BAMFORTH Nicholas, LEYLAND Peter. "Introduction: Accountability in the Contemporary Constitution", In *Accountability in the Contemporary Constitution*, op. cit., p. 4: " (...) Oliver distinguishes between four types of mechanism in constitutional terms. First, political accountability is owed to politicians, encompassing ministerial accountability to Parliament (in the United Kingdom) or local authority accountability to central government and Parliament. ”.

¹³⁴ Ibid.: "Under this mechanism, accountable actors and bodies are exposed to possible political censure and electoral risk, with political cost sometimes being exacted at a personal level (for example, via the forced resignation of a minister) if performance falls below the expected standards. ”.

¹³⁵ Ibid.: "Secondly, public accountability is owed to the general public or interested sections of it. ”.

compte rendu adéquat n'est pas offert. »¹³⁶. La nécessité pour l'élu de rendre des comptes à ses électeurs est donc une des expressions du principe de souveraineté parlementaire, ce dernier, étant, nous l'avons vu, l'expression du principe de démocratie. En effet, la Chambre des Communes et le gouvernement en son sein proviennent de l'élection au suffrage universel.

70. L'auteur place dans la troisième catégorie « *la responsabilité juridique à l'égard des juridictions* ». Elle recouvre l'idée que « *les organismes publics sont juridiquement responsables devant les tribunaux, ce qui constitue un aspect de l'État de droit, puisqu'ils sont en mesure de démontrer la justification légale de leurs actions en cas de procès et de faire amende honorable s'il s'avère qu'ils ont agi illégalement.* »¹³⁷. Le *rule of law*, composante majeure de l'ordre constitutionnel correspond directement à la nécessité pour les gouvernants d'être soumis aux juridictions ordinaires, et ainsi au droit ordinaire. Bien plus, les réformes constitutionnelles contemporaines et l'adoption du *Human Rights Act* en 1998 ont offertes aux juges des outils supplémentaires pour contrôler la conformité de la politique gouvernementale aux droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'Homme transposés dans la loi de 1998. De ce fait, elles ont augmenté la possibilité pour les juridictions d'exiger que les représentants rendent des comptes des répercussions de leur action sur les droits et libertés.

71. Enfin, Dawn Oliver identifie la quatrième sorte de mécanismes de responsabilité, dans laquelle « *les organismes publics sont parfois responsables devant des organismes gouvernementaux apolitiques tels que les médiateurs et les auditeurs du secteur public.* »¹³⁸.

72. Le principe de responsabilité constitutionnelle est fondamental pour la réalisation du constitutionnalisme ; il est aussi le révélateur de sa double nature : le constitutionnalisme vise la protection des droits et libertés mais aussi, inévitablement, celle de la sécurité des personnes et des biens, notamment la protection de l'intégrité physique des personnes et de leur santé. En effet, l'idée de responsabilité constitutionnelle est, selon nous, une traduction de la philosophie du contrat social en ce qu'elle traduit l'idée que les gouvernants doivent exercer leur mandat dans le cadre des intérêts des gouvernés. Or cette philosophie du contrat social qui imprègne le constitutionnalisme n'est pas incompatible avec la présence de

¹³⁶ *Ibid.*: "Most obviously, elected national and local politicians are politically obliged to explain and justify their actions to electors, with political penalties to be paid at the ballot box if an adequate account is not offered."

¹³⁷ *Ibid.*: "Thirdly, public bodies are legally accountable to the courts as an aspect of the rule of law, being obliged to demonstrate a legal justification for their actions if sued and to make amends if they are found to have acted unlawfully."

¹³⁸ *Ibid.*: "Fourthly, public bodies are sometimes accountable to non-political governmental bodies such as ombudsmen and public sector auditors, to whom explanations must be provided for their conduct."

pouvoir d'exceptions, à certaines conditions. Ainsi John Locke admet l'existence de ces pouvoirs d'exception s'ils sont justifiés par la préservation de tous¹³⁹. Alors que les pouvoirs normaux sont ceux prévus par les *statute*, ceux relatifs à la gestion de crise sont du ressort de la prérogative, selon l'auteur¹⁴⁰. Alors que les premiers sont établis grâce aux procédures habituelles, les seconds sont fondés sur la « *liberté* » et la « *discrétion* »¹⁴¹ de l'exécutif et répondent à la nécessité d'agir vite.

73. Même si la distinction entre la loi et la prérogative établie par Locke ne semble pas particulièrement pertinente¹⁴² pour comprendre les situations de crises accompagnées de pouvoirs d'exception (en témoigne l'adoption de mesures d'exception par le législateur avec le *Coronavirus Act 2020*), le propos de Locke conserve, selon nous, toute sa pertinence. Il permet de conclure que la responsabilité constitutionnelle est l'expression d'un contrat social dans lequel les gouvernants sont tenus de protéger les droits des gouvernés mais aussi d'assurer leur sécurité contre des menaces internes ou externes. Cela semble logique dans la mesure où la raison d'être du contrat social est la disparition d'un état de nature, un état où chacun est une menace pour chacun¹⁴³. Ainsi, il n'y a pas selon nous d'un côté le domaine libéral qui serait celui de la Constitution et de l'autre le domaine sécuritaire et exceptionnel qui serait étranger aux règles constitutionnelles.

74. La sécurité fait partie du constitutionnalisme dans la mesure où l'on attend des gouvernants qu'ils défendent l'exercice de nos droits, ce qui se traduit par le fait de garantir le

¹³⁹ LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 97 : « *puisque (...) qu'il est impossible de prévoir tout, et de pourvoir, par les lois, à tous les accidents et à toutes les nécessités qui peuvent concerner le bien public, ou de faire des lois qui ne soient point capables de causer du préjudice dans certaines circonstances, quoiqu'on les exécute avec une rigueur inflexible dans toutes sortes d'occasions, et à l'égard de toutes sortes de personnes : c'est pour toutes ces raisons qu'on a donné une grande liberté au pouvoir exécutif, et qu'on a laissé à sa discrétion et à sa prudence bien des choses dont les lois ne disent rien* ».

¹⁴⁰ *Ibid.* : « *Le pouvoir d'agir avec discrétion pour le bien public, lorsque les lois n'ont rien prescrit sur de certains cas qui se présentent, ou quand même elles auraient prescrit ce qui doit se faire en ces sortes de cas, mais qu'on ne peut exécuter dans de certaines conjonctures sans nuire fort à l'État : ce pouvoir, dis-je, est ce qu'on appelle prérogative, et il est établi fort judicieusement* ».

¹⁴¹ *Ibid.* : « *Car, puisque dans quelques gouvernements le pouvoir législatif n'est pas toujours sur pied; que même l'assemblée de ce pouvoir est d'ordinaire trop nombreuse et trop lente à dépêcher les affaires qui demandent une prompte exécution; et qu'il est impossible de prévoir tout, et de pourvoir, par les lois, à tous les accidents et à toutes les nécessités qui peuvent concerner le bien public, ou de faire des lois qui ne soient point capables de causer du préjudice dans certaines circonstances, quoiqu'on les exécute avec une rigueur inflexible dans toutes sortes d'occasions, et à l'égard de toutes sortes de personnes : c'est pour toutes ces raisons qu'on a donné une grande liberté au pouvoir exécutif, et qu'on a laissé à sa discrétion et à sa prudence bien des choses dont les lois ne disent rien* ».

¹⁴² POOLE Thomas. « Constitutional Exceptionalism and the Common Law », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, issue 2, pp. 247-274.

¹⁴³ LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, op. cit. p. 77 : « *Ainsi, les hommes, nonobstant tous les privilèges de l'état de nature, ne laissant pas d'être dans une fort fâcheuse condition tandis qu'ils demeurent dans cet état-là, sont vivement poussés à vivre en société* ».

droit à la vie, une protection contre les atteintes physiques. En période exceptionnelle, la gestion de crise par les gouvernants peut être vue comme fondée sur la nécessité de garantir la sécurité de tous et par conséquent le fonctionnement de l'ordre constitutionnel. La gestion de crise et les pouvoirs d'exception entrent ainsi dans les desseins du constitutionnalisme quand ils servent la protection de l'intégrité physique des personnes, de certains de leurs droits fondamentaux comme : le droit à la vie, le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants et, logiquement, quand ils ne conduisent pas à discriminer ou à nier les droits fondamentaux d'une minorité. Les pouvoirs d'exception doivent répondre à un but légitime. En outre, ils ne sont compatibles avec l'idée de constitutionnalisme qu'autant qu'ils sont temporaires et sous contrôle du Parlement ou de la société civile (par le biais de la liberté médiatique notamment). C'est dans cette veine, par exemple, que Conor Gearty appelle à une réconciliation entre liberté et sécurité, en proposant « *un engagement renouvelé en faveur du droit pénal en tant que meilleur moyen disponible pour concilier la sécurité contre le danger et le respect sans équivoque de la personne, qui doit toujours être au cœur de tout cadre des droits de l'homme* »¹⁴⁴. En ce sens d'ailleurs, la manière de concevoir le Contrat social aujourd'hui ne peut se départir totalement des idées de Thomas Hobbes.

75. Sa double nature (liberté/sécurité) fragilise néanmoins le constitutionnalisme. Cette fragilité peut mener à terme à la disparition du constitutionnalisme : si le volet « sécurité » prend trop de place pendant un laps de temps trop important alors les droits et libertés peuvent être amenés à disparaître et la justice constitutionnelle bouleversée. Cette hypothèse de la disparition de la liberté du fait des pouvoirs d'exception a d'ailleurs été envisagée par John Locke pour qui les excès de la prérogative peuvent mener à terme à l'état de nature et ainsi à la renégociation du pacte social. Le problème réside donc dans l'exceptionnel qui deviendrait habituel, ce qui a d'ailleurs été dénoncé dans le cadre de la gestion du terrorisme.

76. La nécessité de réfléchir aux liens entre constitutionnalisme et sécurité a été dictée par les circonstances actuelles et la crise du Covid-19. La pandémie du coronavirus et l'adoption de la loi précitée de 2020 ont en effet, entraîné la mise en place d'un régime d'exception¹⁴⁵ sur le sol britannique, c'est-à-dire d'une « *situation dans laquelle, en invoquant l'existence de circonstances exceptionnelles particulièrement dramatiques et la nécessité d'y*

¹⁴⁴ GEARTY Conor. "Escaping Hobbes: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age", *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 3, 2010, 23 p. [en ligne], [consultée le 16/04/2021], http://eprints.lse.ac.uk/32906/1/WPS2010-03_Gearty.pdf.

¹⁴⁵ ANTOINE Aurélien. « La réponse législative du Royaume-Uni à la crise sanitaire », *JPBlog*, 9 mai 2020, [en ligne], [consultée le 20/04/2021], <https://blog.juspoliticum.com/2020/05/09/la-reponse-legislative-du-royaume-uni-a-la-crise-sanitaire-par-aurelien-antoine/>.

faire face – on songe par exemple à une catastrophe naturelle, une guerre, une insurrection, des actes terroristes ou une épidémie –, on suspend provisoirement l’application des règles qui régissent ordinairement l’organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics et l’on en applique d’autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux »¹⁴⁶. En effet, les restrictions entamées en mars 2020 au Royaume-Uni ont impacté de manière exceptionnelle un nombre important de droits et libertés tels que la liberté d’aller et venir, la liberté de manifestation ou encore le droit à l’éducation¹⁴⁷.

77. La double nature du constitutionnalisme présentée précédemment, permet de penser l’épidémie du coronavirus et les restrictions qui en ont découlé comme, *a priori*, compatibles avec le constitutionnalisme. Elles répondent bien à l’exigence de sécurité qui fait partie du contrat social. C’est ce que suggère la Commission mixte sur les droits de l’Homme dans son rapport évaluant l’impact des mesures gouvernementales de gestion sanitaire, en précisant que le gouvernement a agi afin de garantir le droit à la vie de l’article 2 de la Convention¹⁴⁸. En outre, les restrictions n’ont pas détruit le cadre parlementaire et démocratique, qui soumet le gouvernement aux exigences de justification.

78. Après avoir affirmé la présence d’une Constitution au Royaume-Uni et en avoir dressé les principales caractéristiques, les éléments nécessaires sont réunis pour envisager une justice constitutionnelle britannique et pour en donner une définition précise. En effet, le principe de responsabilité constitutionnelle qui est au cœur de la Constitution britannique fournit les fondations pour définir la justice constitutionnelle britannique et en étudier les modalités de fonctionnement. Ce principe permet en effet de connecter la justice constitutionnelle avec son ambition principale, sa « *dimension politique* »¹⁴⁹ selon Céline Roynier, à savoir la réalisation du constitutionnalisme et la protection des droits. La responsabilité constitutionnelle permet d’aborder la justice constitutionnelle dans son enjeu politique majeur. Une telle étude revient à examiner les différents mécanismes de responsabilité

¹⁴⁶ TROPER Michel. *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 296 p., p. 99.

¹⁴⁷ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The Government’s response to COVID-19: human rights implications*, session 2019-2021, 7th report, 92 p.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 1: “*The central aim of the Government’s response to the Covid-19 outbreak in the UK has been to protect lives. The right to life is protected in law in Article 2 of the European Convention on Human Rights. This requires the state to take appropriate steps to safeguard lives.*”.

¹⁴⁹ ROYNIER Céline. « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, 2014, n°26, pp. 155-171., p. 161 : « *Enfin -et c’est le plus grave- cet appauvrissement de la justice constitutionnelle (...) détache totalement la justice constitutionnelle de ce qui lui donne un sens c’est-à-dire le constitutionnalisme. La dimension politique de l’objet envisagé est alors totalement perdue. Or, il nous semble que tout l’enjeu, pour la justice constitutionnelle, est de préserver ce sens, d’autant plus en droit public* ».

constitutionnelle, c'est-à-dire les acteurs et outils qui vont participer de cette obligation pour les gouvernants de rendre des comptes et qui vont contribuer à dynamiser les possibilités de sanction électorale, juridictionnelle ou extra-juridictionnelle.

II) POUR UNE DÉFINITION LARGE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

79. Dans cette étude, la justice constitutionnelle est analysée comme une activité exercée par une pluralité d'acteurs. Trois acteurs principaux sont désignés et étudiés : les juges, les citoyens et les représentants. La justice constitutionnelle désigne ainsi l'ensemble des interventions qui permettent la responsabilité constitutionnelle des gouvernants et qui impliquent l'interprétation, l'application, la protection ou encore la modification des règles et principes constitutionnels.

80. Ces différentes interventions sont désignées comme étant des expressions constitutionnelles, c'est-à-dire des prises de position écrites ou orales relatives à l'interprétation de l'ordre constitutionnel, à son application, à des atteintes qui lui sont portées ou aux changements qui devraient y être apportés. Ce dernier point permet d'inclure dans la justice constitutionnelle les débats et réclamations relatives à la mise en œuvre d'un acte constituant pour réformer profondément l'ordre constitutionnel. Le pouvoir constituant, c'est-à-dire le pouvoir d'adopter une nouvelle constitution ou de réviser des règles constitutionnelles existantes, est conçu comme un outil d'exercice de la justice constitutionnelle, il représente même le jugement constitutionnel suprême en ce qu'il façonne une partie non négligeable de l'ordre constitutionnel.

81. Ces expressions constitutionnelles prennent des formes différentes selon leur auteur et le contexte de leur intervention : contrôle juridictionnel de constitutionnalité, débat parlementaire et adoption d'une loi venant concrétiser un droit –c'est-à-dire produire « *une norme déterminant des permissions impliquées par le cadre supralégislatif* »¹⁵⁰- ou réviser la Constitution, revendication (à la protection ou à la concrétisation d'un droit) portée dans une manifestation, dans une pétition, dans un recours en justice. Les expressions constitutionnelles peuvent également prendre la forme d'un vote à des élections législatives, à un référendum. Enfin, les expressions constitutionnelles se répartissent entre celles dont le résultat est une

¹⁵⁰ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 24.

décision constitutionnelle et les autres. Il y a prise de décision constitutionnelle quand il y a adoption d'une règle constitutionnelle écrite ou non écrite, que la règle ait une portée générale (*public bill*¹⁵¹) ou une portée restreinte (comme c'est le cas dans les décisions de justice).

82. La définition proposée de la justice constitutionnelle positionne cette thèse dans le débat qui entoure cette notion et qui anime encore aujourd'hui la doctrine française. En effet, la question de la définition de la justice constitutionnelle n'appelle pas de réponse claire et unique mais dépend intrinsèquement de la manière dont on conçoit l'objet de la justice constitutionnelle. C'est ce que constatait Luc Heuschling quand il admettait que la question de l'identification du juge constitutionnel en France ne faisait pas l'objet d'une réponse unique dans la doctrine¹⁵². Si, une grande partie de la doctrine française semble réduire la justice constitutionnelle à un objectif de limitation du pouvoir du législateur par le biais du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, la définition de la justice constitutionnelle proposée par cette étude s'oppose directement à cette tendance et prend sa place dans la doctrine qui considère cela comme étant réducteur. Concevoir la justice constitutionnelle en dehors du contrôle juridictionnel des lois apparaît alors essentiel, bien que là encore insuffisant (A).

83. Il faut, en effet, y ajouter la nécessité de concevoir la justice constitutionnelle en dehors des juridictions afin de lui donner sa juste place : celle d'une activité déterminante pour la protection des droits et libertés qui est, dans un régime libéral et démocratique, l'affaire de tous (B).

A) Penser la justice constitutionnelle en dehors des modèles et du contrôle de constitutionnalité de la loi

84. En définissant de cette manière la justice constitutionnelle, cette étude s'oppose à une certaine manière de concevoir la justice constitutionnelle, pourtant très répandue dans la doctrine. Une telle conception de la justice constitutionnelle conduit à exclure l'étude d'États qui, bien que dépourvus de constitution écrite et rigide et d'un pouvoir de sanction des lois, disposent de règles constitutionnelles et sont ainsi concernés par la problématique de leur effectivité.

¹⁵¹ LAUVAUX Philippe, LEPETIT Jean-Paul. *Les grandes démocraties contemporaines*, op. cit., p. 480 : alors que les *public bills* sont des « projets de loi ordinaire, de nature proprement législative, c'est-à-dire destinés à créer ou à modifier des règles de portée générale », les *private bills* « sont des projets de loi d'intérêt particulier permettant à des institutions privées ou à des collectivités locales de saisir directement le Parlement (...) en vue d'obtenir la réalisation de certaines opérations qui ne pourraient être entreprises dans le cadre de la législation existante. ».

¹⁵² HEUSCHLING Luc. « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », In *La notion de « justice constitutionnelle »*, sous la dir. de Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Eric Maulin, Patrick Wachsmann, Dalloz, 2005, pp. 85-112.

85. Tout d'abord, la définition retenue ici indique le refus de penser la justice constitutionnelle dans le cadre de la fameuse théorie des modèles, opposant le modèle américain au modèle européen. Cette modélisation, très appréciée par la doctrine française, repose sur deux affirmations, rappelle Guillaume Tusseau. La première est que « *l'un et l'autre modèle constituent la réunion d'un certain nombre de caractéristiques, qui établissent entre eux une opposition trait pour trait* »¹⁵³. Le modèle américain, incarné par la figure du juge John Marshall, appellerait un contrôle de constitutionnalité diffus (qui, dans le cadre américain, peut être exercé par toute juridiction fédérale ou étatique), concret et par voie d'exception (qui se déroule à l'occasion d'un litige), *a posteriori* (qui est déclenché après l'entrée en vigueur de l'acte législatif contesté) et aux effets *inter partes* (qui ne s'imposent qu'aux parties au litige). Le modèle européen, hérité de la pensée de Hans Kelsen dans *Théorie pure du droit*¹⁵⁴, mettrait en place un contrôle centralisé (exercé par une seule juridiction, spécialisée dans le contentieux constitutionnel), abstrait et par voie d'action (qui se déroule en dehors de tout litige et qui ainsi ne dépend pas de la présence préalable d'un contentieux entre des parties), *a priori* (qui est déclenché avant l'entrée en vigueur de la loi) et aux effets *erga omnes* (qui s'imposent à tous). La seconde affirmation au fondement de cette théorie des modèles est que ces derniers seraient adoptés par les États qui opteraient clairement pour l'un des deux modèles.

86. Guillaume Tusseau s'oppose foncièrement à cette manière de concevoir la justice constitutionnelle et y décèle tant un problème empirique que théorique. Sur le premier point, il observe que « *les problèmes empiriques concourent à ce qu'il soit difficile de classer, au moyen des modèles de justice constitutionnelle tels qu'ils sont théorisés, les exemples de systèmes de contrôle de constitutionnalité que l'on rencontre en droit positif.* »¹⁵⁵. Ainsi beaucoup de pays, constate l'auteur, réunissent des éléments qui appartiennent aux deux systèmes. Parmi les problèmes théoriques soulignés par Guillaume Tusseau figure « *la manière dont est fréquemment conçue la relation entre cette présentation doctrinale des institutions juridiques et la manière dont les acteurs juridiques produisent le droit* »¹⁵⁶, à savoir l'affirmation par la doctrine que ces modèles seraient mis en œuvre par les États. Pour l'auteur c'est problématique car « *ces modèles sont précisément tirés d'une analyse du droit positif.* »¹⁵⁷.

¹⁵³ TUSSEAU Guillaume. *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle- essai de critique méthodologique*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 200 p., p. 18.

¹⁵⁴ KELSEN Hans. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 490 p.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 50.

¹⁵⁷ *Ibid.*

87. Certains auteurs font plus que dénoncer cette opposition entre modèle européen et modèle américain et vont jusqu'à remettre en cause les critères de modélisation utilisés tant par les défenseurs de l'opposition traditionnelle (modèle américain/modèle européen) que par ceux de modélisations alternatives. Ces critères correspondent aux modalités d'application du contrôle de constitutionnalité des lois : contrôle centralisé/diffus, abstrait/concret, par voie d'exception/par voie d'action¹⁵⁸.

88. Outre de refuser de penser la justice constitutionnelle dans le cadre d'un de ces deux modèles préétablis, cette étude va également à l'encontre d'une vision selon laquelle la justice constitutionnelle se réduirait à un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. La majorité de la doctrine a ainsi cristallisé l'étude de la justice constitutionnelle sur le contrôle de constitutionnalité des lois, présenté comme une réaction et une innovation majeures face aux incapacités des Parlements à défendre les droits, notamment avant et pendant la Seconde Guerre Mondiale¹⁵⁹. C'est ce que Luc Heuschling dénomme le *concept strictissimo* sensu de justice constitutionnelle.

89. Ce concept, hérité de la pensée de Charles Eisenmann¹⁶⁰, réduit la présence d'une justice constitutionnelle à l'existence d'un contrôle de constitutionnalité qui réunit trois paramètres : 1) la présence d'une norme de référence qui est la constitution ; 2) l'objet de ce contrôle ne peut être que la loi ; 3) la sanction de ce contrôle doit être l'annulation et/ou la non application de la norme inférieure. Dans cette acception, « *le juge constitutionnel se trouve en dessous de la Constitution et au-dessus du législateur : il applique celle-là à celui-ci. En revanche, les autres juges se situent dans cette vision pyramidale de l'ordre juridique et juridictionnel à un étage inférieur : ils sont en dessous des lois et du législateur, loin de la sphère suprême de la hiérarchie des normes que constitue la sphère de la Constitution.* »¹⁶¹.

90. Luc Heuschling estime, selon nous à raison, que la définition *strictissimo sensu* de la justice constitutionnelle « *est trop étriquée par rapport à la réalité* »¹⁶². L'auteur affirme

¹⁵⁸ Voir par exemple CARPENTIER Mathieu. « Pour de nouveaux 'modèles' de justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, 2016, vol. 68, n°1, pp. 179-219.

¹⁵⁹ Voir là-dessus notamment. CAPPELLETTI Mauro. « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, 1981, vol. 2, n°33, pp. 625-657 ; DELCAMP Alain. « Cours constitutionnelles et parlements ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et état de droit », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, vol. 1, n° 38, pp. 181-203.

¹⁶⁰ Pour plus d'informations sur la pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann voir. BONNARD Laurent. « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », *Jus Politicum – n°8, La théorie de l'État entre passé et avenir*, 2012, [en ligne], [consultée le 15 janvier 2015], <http://www.juspoliticum.com/-La-revue-.html>.

¹⁶¹ HEUSCHLING Luc. « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », *op. cit.*, p. 95.

¹⁶² *Ibid.*, p. 111.

que cette définition très stricte ne saurait rendre compte fidèlement de la justice constitutionnelle dans la mesure où « *il y a, en effet, une justice constitutionnelle qui existe en dehors du prétoire des cours constitutionnelles, et qui a existé avant même la création de ces cours* »¹⁶³.

91. Céline Roynier refuse également de réduire la justice constitutionnelle au contrôle juridictionnel de constitutionnalité en affirmant, comme le fait cette étude, que ce contrôle n'est qu'une modalité parmi d'autres de la justice constitutionnelle¹⁶⁴. Pour Aurélie Duffy-Meunier également, le « *contentieux constitutionnel ne se limite pas au pouvoir d'annuler ou d'écarter une loi dans le cadre du contrôle de constitutionnalité* »¹⁶⁵.

92. Plaider pour une définition large de la justice constitutionnelle sert un dessein, parfaitement souligné par Aurélie Duffy-Meunier, celui de permettre « *une analyse plus universelle et explicative qui n'exclue pas ab initio certains systèmes, comme ceux dotés de constitutions souples, du champ de la justice constitutionnelle* »¹⁶⁶.

93. C'est avec cette volonté de donner une image plus fidèle de la justice constitutionnelle qu'une partie de la doctrine française s'est acharnée à donner une acception élargie de la justice constitutionnelle. Elle ne se réduit plus au contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Ainsi, Guillaume Drago plaide pour une conception « *fonctionnelle et procédurale* » de la justice constitutionnelle¹⁶⁷. Selon cet auteur, la justice constitutionnelle s'exerce dès qu'une procédure permettant la supériorité et l'effectivité de la constitution s'exerce. La nature de l'organe intervenant dans cette procédure n'est ici qu'une donnée accessoire, le principal étant l'existence d'un mécanisme permettant l'application et la protection de la constitution. D'un point de vue matériel, précise l'auteur, la justice

¹⁶³ *Ibid.*, p. 110.

¹⁶⁴ ROYNIER Céline. « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *op. cit.*, p. 161: « *Ensuite, le second effet correspond à un appauvrissement corrélatif de l'objet initialement en question, c'est-à-dire la justice constitutionnelle. Cette justice constitutionnelle est en effet entendue comme synonyme de contrôle de constitutionnalité. Or, cette dernière dimension ne constitue qu'une 'modalité' de la justice constitutionnelle et en outre, le contrôle de constitutionnalité devrait être pensé indépendamment de la justice constitutionnelle qui porte d'abord et avant tout sur la protection des droits fondamentaux.* ».

¹⁶⁵ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Jus Politicum - n°9 Constitutions écrites dans l'histoire*, [En ligne], [consultée le 28 octobre 2019], <http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html> : « *Bien qu'il en constitue un élément essentiel, le contentieux constitutionnel ne se limite pas au pouvoir d'annuler ou d'écarter une loi dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Il recouvre également le contrôle de la répartition des compétences entre les entités territoriales de l'État et entre organes politiques de l'État, le contrôle des élections ou des consultations populaires, la justice politique et la garantie des droits fondamentaux.* ».

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ DRAGO Guillaume. « Justice constitutionnelle », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Presses universitaires de France, 2003, pp. 902-907.

constitutionnelle renvoie à une activité « *de contrôle de la constitutionnalité des actes qui lui sont subordonnés* »¹⁶⁸.

94. Pour Luc Heuschling, « *relèvent de la justice constitutionnelle toutes les procédures juridictionnelles portant sur la matière constitutionnelle. Ici la Constitution est prise au sens matériel : en conséquence, tout juge qui garantit les droits de l'Homme, quelsoit la source formelle (cedh, pgd, etc...) ou qui statue sur les litiges entre pouvoirs publics suprêmes, peu importe le rang des règles applicables, est qualifié de juge constitutionnel.* »¹⁶⁹. Pour Olivier Jouanjan, la justice constitutionnelle ne désigne pas le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Pour lui, elle renvoie davantage à « *toutes les fonctions exercées en la forme juridictionnelle et ayant pour objet de maintenir l'intégrité des principes structurants du système constitutionnel, et de garantir, donc, les équilibres constitutionnels fondamentaux : équilibre fédéral, équilibre des pouvoirs (...).* »¹⁷⁰

95. Michel Fromont refuse également de réduire la justice constitutionnelle au contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois dans les deux définitions qu'il en propose. Dans la première, « *un juge rend la justice constitutionnelle quand il statue sur des litiges opposant les pouvoirs publics constitutionnels, principalement au sujet de l'application des règles relatives à la définition et à l'activité des titulaires de fonctions législatives ou gouvernementales.* ». Dans la seconde, « *tout juge qui applique la constitution, c'est-à-dire applique une règle constitutionnelle à un litige qui lui est soumis (...) exerce la justice constitutionnelle et peut donc être qualifié de juge constitutionnel* ». Cette dernière définition est intéressante dans la mesure où elle ne réduit pas la justice constitutionnelle à une activité d'annulation ou d'invalidation d'une norme. En effet, la simple application d'une règle constitutionnelle permet de constater l'exercice de la justice constitutionnelle. Une telle acception laisse alors la place au pouvoir d'interprétation des juges qui, en raison de son caractère nécessaire pour l'application d'une règle, devient l'outil premier de la justice constitutionnelle.

96. Or, cela permet d'inclure le juge britannique dans la justice constitutionnelle dans la mesure où il a, sur le fondement du *common law*, érigé des principes d'interprétation

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ HEUSCHLING Luc. « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », *op. cit.*, p. 89.

¹⁷⁰ JOUANJAN Olivier. « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation » In *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, sous la dir. de Stéphane Mouton, LGDJ, 2016, 324 p., pp. 34-51, p. 45.

lui permettant d'appliquer aux lois des règles et principes constitutionnels. En appliquant la constitution, le juge est juge constitutionnel. Anne Jussiaume, dans sa thèse, parlait bien de justice constitutionnelle au Royaume-Uni et ce malgré l'absence d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Dans le cas britannique, précise l'auteur, la justice constitutionnelle revêt une forme spécifique : « *Les principes non écrits y jouent un rôle fondamental. Le juge leur fait une place particulière, qu'ils soient strictement juridiques ou même plus politiques* »¹⁷¹. Le *common law* et le pouvoir d'interprétation qu'il implique sont ainsi centraux.

97. Ces conceptions larges permettent d'admettre une justice constitutionnelle dans un pays doté d'une constitution souple, en effet dans ce dernier cas il peut y avoir justice constitutionnelle quand par exemple un juge contrôle la conformité d'un acte administratif avec une loi ordinaire à contenu constitutionnel. Cette étude ne s'ancre pas uniquement dans ces visions larges de la justice constitutionnelle. En effet, l'acception proposée ici de la justice constitutionnelle suppose de ne pas faire de la justice constitutionnelle une activité purement juridictionnelle.

98. L'objectif de la justice constitutionnelle, comme le souligne justement Céline Roynier, est le constitutionnalisme c'est-à-dire, en empruntant les mots de Jeremy Waldron, le « *contrôle, la limitation et la redéfinition* »¹⁷² du pouvoir de l'État, notamment par la protection des droits et libertés. La liberté est « *consubstantielle à la justice constitutionnelle, et est (...) fondamentalement la même, peu importe la famille de droit (common law, droit romano-germanique)* »¹⁷³. Ainsi, la justice constitutionnelle est intrinsèquement liée à une vision du pouvoir qui est partagée par la culture juridique occidentale¹⁷⁴. C'est ce que démontre Mauro Cappelletti quand il affirme que même si le *judicial review* « *peut prendre des formes*

¹⁷¹ JUSSIAUME Anne. *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien : contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, thèse, droit public, Université Panthéon-Assas, soutenue en 2002, 876 p., p. 92.

¹⁷² WALDRON Jeremy. "Constitutionalism: A Skeptical View", *Georgetown University Law Center*, 2010, [en ligne], [consultée le 13 juin 2014], <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlecture>, p. 12: « Constitutionalism (...) is about controlling, limiting, and restraining the power of the State. ».

¹⁷³ ROYNIER Céline. « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *op. cit.*, p. 166 ; voir aussi pour un regard extérieur. HOLO Théodore. « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009, vol. 2, n° 129, pp. 101-114 : « *La justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme triomphant à nouveau sur le continent africain depuis l'effondrement dans la dernière décennie du xxème siècle des différents régimes autoritaires qui avaient fleuri au lendemain de la décolonisation* ».

¹⁷⁴ Sur l'émergence d'une culture juridique occidentale autour de la notion de constitutionnalisme. LECLAIR Jean. « L'avènement du constitutionnalisme en Occident : fondements philosophiques et contingence historique », *Revue de droit de l'université de Sherbrook*, 2011, vol. 41, pp. 159-218.

différentes selon les pays et les époques, il est le résultat d'un modèle évolutif commun à une grande partie de l'Occident, tant dans les pays de droit civil que de common law »¹⁷⁵.

99. Le constitutionnalisme, qui implique notamment la protection des droits et libertés ne peut logiquement être le souci des seuls juges, mais également des représentants (gouvernement, Parlement) et des citoyens : alors que les premiers sont responsables constitutionnellement de la mise en œuvre de ces droits, les citoyens en sont les destinataires ultimes. Lier la justice constitutionnelle au constitutionnalisme conduit irrémédiablement à poser une question récurrente : pour quelle raison le pouvoir de contester la constitutionnalité d'une loi reviendrait aux seules juridictions ?

B) Penser la justice constitutionnelle au-delà des juridictions

100. Penser la justice constitutionnelle au-delà des juridictions suppose de donner de ces dernières une définition précise. Dans cette étude, peut être défini comme une juridiction, un organe qui est appelé à résoudre une question de droit et dont la décision sera revêtue de la force de chose jugée. Pour Vincent Bouvier « *la fonction juridictionnelle se caractérise par la réponse à une question de droit donnée avec l'autorité de chose jugée* »¹⁷⁶. La définition fournie par Léon Duguit met également l'accent sur les effets d'une décision juridictionnelle : « *Donnée par le juge, la solution s'impose d'elle-même ; (...) elle a force de vérité légale.* »¹⁷⁷.

101. Une juridiction est également définie par certaines spécificités et exigences procédurales. Ces dernières sont relatives à « *l'existence de jugements motivés* »¹⁷⁸, à la nature et au statut des autorités judiciaires (ce dernier renvoyant au principe d'indépendance de la justice). Sur l'exigence de motivation, dans le cadre du *common law*, le juge est par exemple contraint –même s'il dispose de marges d'action- par la théorie du précédent, selon laquelle il est obligé de prendre en compte les jurisprudences antérieures portant sur des cas d'espèces similaires.

¹⁷⁵ CAPPELLETTI Mauro. « Judicial Review in Comparative Perspective », *California Law Review*, vol. 58, n°5, pp. 1017-1053, p. 1032. Voir aussi. PASQUINO Pascale. «Le contrôle de constitutionnalité: généalogie et morphologie», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2010, n°28, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/le-controle-de-constitutionnalite-genealogie-et-morphologie.52721.html>.

¹⁷⁶ BOUVIER Vincent. « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1989, n°9, pp. 119-129, p. 122.

¹⁷⁷ DUGUIT Léon. *Traité de droit constitutionnel, tome deuxième – La Théorie générale de l'État*, Ancienne librairie Fontemoing and cie, 3^{ème} édition, 1928, 887 p., pp.425-426.

¹⁷⁸ TROPER Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1994, 358 p., p. 101.

102. Détacher la justice de l'espace juridictionnel ne semble pas incongru quand on s'intéresse à d'autres notions dans lesquelles le mot « justice » n'est pas synonyme de juridictionnel. Ainsi, comme le rappelle Kora Andrieu, la « justice transitionnelle » -dont l'objectif est de permettre à une société de se réconcilier avec un passé dictatorial, meurtrier, afin de fonder une nouvelle société, apaisée, libérale- correspond à un ensemble de mécanismes qui ne sont pas le seul fait des juridictions mais aussi des représentants¹⁷⁹. De même, on parle volontiers de « justice sociale » sans pour autant la relier à une activité juridictionnelle. Cette justice sociale est là aussi réalisée à l'aide d'une multitude d'outils employés par une multitude d'acteurs. Le terme de justice sociale est en effet « *très large et recouvre toutes les considérations qui, dans le discours commun, se rapportent à la définition et à la répartition des biens économiques et sociaux* »¹⁸⁰. Accepter de penser la justice constitutionnelle en dehors des juridictions c'est ainsi accepter, comme avec la justice transitionnelle et la justice sociale, que l'ampleur de son objet (l'application, la protection des règles qui font l'ordre constitutionnel) nécessite une pluralité d'acteurs, en lien les uns avec les autres. La vie du régime politique et l'état des droits fondamentaux des citoyens est, dans une démocratie, l'affaire de tous. C'est ce que suggère Luc Heuschling quand il rappelle que « *la plupart des textes constitutionnels ne s'adressent pas uniquement au législateur. Leur objet est plus large : ils visent d'autres pouvoirs que le seul pouvoir législatif, d'autres normes que la seule loi, et d'autres sujets que les seuls gouvernants* »¹⁸¹.

103. Admettre que le citoyen ou le parlementaire exerce la justice constitutionnelle c'est ainsi rappeler que la notion même de justice s'est construite dans un cadre beaucoup plus large que celui offert par les juridictions, au milieu de plusieurs théories différentes. John Rawls propose ainsi une « *conception contractualiste de la justice* » dans laquelle la « *structure de base* » c'est-à-dire notamment la question de l'organisation des pouvoirs dans une société et celle de la reconnaissance de droits et devoirs, est « *l'objet premier de la justice* »¹⁸². Autrement dit, la justice consiste dans une logique contractualiste symbolisée notamment par l'élaboration d'une constitution à déterminer la « *structure de base* ».

¹⁷⁹ KORA Andrieu. *La justice transitionnelle: De l'Afrique du Sud au Rwanda*, Folio, 2012, 672p., p. 30.

¹⁸⁰ KANDIL Ferial. « Idéale ou comparative : quelle approche pour la justice sociale ? », *Revue économique*, vol. 61, n°2, pp. 213-235.

¹⁸¹ HEUSCHLING Luc. « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », *op. cit.*, p. 111.

¹⁸² RAWLS John. *Justice et démocratie*, *op.cit.*, p. 37 : « *Un trait essentiel de la conception contractualiste de la justice est que la structure de base de la société est l'objet premier de la justice. (...) On entend par structure de base la manière dont les principales institutions sociales s'agencent en un système unique, dont elles assignent des droits et devoirs fondamentaux (...).* ».

104. La pensée de Claude Lefort est également fort éclairante, indiquant « *que nul n'occupe la place du grand juge* »¹⁸³. Partant, l'étude de la justice constitutionnelle ne saurait en toute logique se borner aux affaires juridictionnelles. L'auteur poursuit en précisant son propos : « *nul, c'est-à-dire ni un homme, investi d'une autorité suprême, ni un groupe, fût-il la majorité.* »¹⁸⁴. Pour l'auteur, la justice ne peut se réduire à l'identification d'un juge bien déterminé mais se conçoit plutôt comme un « *espace public – un espace tel que chacun est suscité à parler, à entendre, sans être assujéti à l'autorité d'un autre ; que ce pouvoir qui lui est donné, il est induit à le vouloir* »¹⁸⁵. Dans cette conception, la justice est la libre expression et communication d'une opinion dans l'espace public.

105. Si l'on conçoit que l'enjeu de la justice constitutionnelle est le constitutionnalisme, alors la doctrine britannique du constitutionnalisme politique aide à comprendre en quoi la justice constitutionnelle peut s'exercer en dehors d'une juridiction, dans les arènes parlementaires. Griffith, avec la publication de l'article *The Political Constitution* en 1979, est considéré comme le chef de ce courant de pensée. L'auteur considère que l'édiction d'une constitution écrite ou d'une déclaration de droits britannique ne permettent pas de remplacer le gouvernement des hommes par le gouvernement du droit. Au contraire, de tels outils ne font que transférer un pouvoir éminemment politique des parlementaires aux juges.¹⁸⁶ Le fer de lance du constitutionnalisme politique est ainsi d'affirmer, comme le fait Griffith, que les décisions –y compris les décisions constitutionnelles- doivent être prises par des personnes qui sont responsables. L'auteur plaide pour une plus grande ouverture et responsabilité du gouvernement et considère ce mécanisme bien préférable à celui d'une sanction juridictionnelle. Dans ce cadre de pensée, la justice constitutionnelle est une activité exercée idéalement par les représentants. Le constitutionnalisme, la protection des droits doit passer par des mécanismes de procédure législative¹⁸⁷. À la manière de Griffith, Richard Bellamy préfère à un juge agissant sur le fondement d'une constitution écrite, le « *système politique* »¹⁸⁸ qu'il

¹⁸³ CLÉMENT Élisabeth. *La justice*, 2019, [en ligne], [consultée le 20/05/2021], http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/wp-content/uploads/ebooks/justice_clement.pdf, p. 100.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ GRIFFITH J.A.G. "The Political Constitution", *the Modern Law Review*, 1979, vol. 42, issue 1, pp. 1-21, p. 16: "I believe firmly that political decisions should be taken by politicians. In a society like ours this means by people who are removable. It is an obvious corollary of this that the responsibility and accountability of our rulers should be real and not fictitious."

¹⁸⁷ GEE Graham, C.N WEBBER Grégoire. "What is a Political Constitution?", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, issue 2, pp. 273-299.

¹⁸⁸ BELLAMY Richard. "Inaugural Lecture: Political Constitutionalism", School of Public Policy Working Paper Series, *Working paper* 26, 2007, pp. 1-25, p. 9 : "Instead, I am going to argue that we should see the political system itself, not its legal description in a written constitution but its actual functioning, as the true and effective constitution."

considère comme étant la seule et unique constitution. Il est frappant d'observer que de l'autre côté de la Manche, dans le camp des normativistes, Hans Kelsen admettait l'utilité de mécanismes parlementaires dans la protection de la constitution : « *Certes, même une Constitution qui ne prévoit pas de tribunal constitutionnel ou d'institution analogue pour l'annulation des actes inconstitutionnels n'est pas totalement dépourvue de sens juridique. Sa violation peut avoir une certaine sanction, lors du moins qu'existe l'institution de la responsabilité ministérielle, (...).* »¹⁸⁹.

106. La doctrine française se rapproche de la doctrine du *political constitutionalism* quand il rappelle que la sanction constitutionnelle juridictionnelle ne saurait occuper une place prépondérante dans une pensée de droit politique. En effet, le contraire serait incompatible avec « *l'objectif d'éviter d'oublier, dans l'analyse de l'objet constitutionnel, le contexte historique et l'influence des rapports de pouvoir* »¹⁹⁰. Ainsi, mettre l'accent sur la sanction juridictionnelle « *reviendrait à tout reconduire à la jurisprudence constitutionnelle dans l'étude du droit constitutionnel, en négligeant d'autres éléments plus pertinents.* »¹⁹¹. Par conséquent, « *le discours normativiste tend, à travers la sanction constitutionnelle, à exclure ce qui ne relève pas du droit dans l'étude du droit constitutionnel alors que l'approche du droit politique tend au contraire à y inclure plus d'éléments et, ce faisant, met de côté la sanction constitutionnelle (sans pour autant en nier l'existence).* »¹⁹². La doctrine du droit politique, en réagissant « *contre une vision normative et focalisée sur l'interprétation des juges constitutionnels* », se rallie à la cause du *political constitutionalism* britannique : celle de « *défendre un constitutionnalisme politique en réaction au modèle de suprématie judiciaire* »¹⁹³.

107. D'une certaine manière, la doctrine du constitutionnalisme politique se fonde également sur une défiance à l'égard du juge et de sa légitimité à censurer le Parlement au nom des droits et libertés. On retrouve cela notamment dans les écrits de Jeremy Waldron pour lequel non seulement rien ne prouve que le *judicial review* soit un outil plus adapté que le débat parlementaire pour assurer la protection des droits, mais encore pour lequel le juge n'a pas la légitimité démocratique pour endosser ce rôle de protecteur¹⁹⁴. Ce faisant, cette doctrine fait

¹⁸⁹ KELSEN Hans. "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du droit public*, 1928, pp. 197-257., p. 251.

¹⁹⁰ BOTTINI Eleonora. « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *op. cit.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ ALTWEGG-BOUSSAC Manon. « Le droit politique, des concepts et des formes », *op. cit.*

¹⁹⁴ WALDRON Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review", *the Yale law Journal*, 2006, vol. 115, pp. 1346-1406., p. 1360 : "I shall argue that, relative to these assumptions, the society in question ought to settle the disagreements about rights that its members have using its legislative institutions. If these assumptions

écho à la menace du gouvernement des juges présentée, dans un autre contexte, par Edouard Lambert¹⁹⁵.

108. Le constitutionnalisme politique, particulièrement actif ces dernières années¹⁹⁶, revient également à considérer que les représentants sont les plus à mêmes d'appliquer, d'interpréter et de réformer les exigences du constitutionnalisme - parmi lesquelles les droits et libertés- dans la mesure où ces dernières ne peuvent avoir une seule et unique signification. Elles font l'objet d'un désaccord raisonnable entre les membres de la société, désaccord qui doit être véhiculé et résolu par le débat parlementaire et démocratique¹⁹⁷. C'est ce que soutiennent notamment Waldron et Bellamy qui sont deux figures de proue du constitutionnalisme politique. Comme le rappelle Craig, « *la prémisse centrale de l'argument de Waldron et Bellamy est la prévalence du désaccord concernant les droits qui devraient être inclus dans toute déclaration des droits et leur interprétation. Pour les deux auteurs, ce désaccord touche les idées fondamentales de la justice sur lesquelles repose la société* »¹⁹⁸.

109. Le *Human Rights Act* 1998 applique, en partie, les préceptes du constitutionnalisme politique. En témoigne la mise en place de mécanismes permettant aux parlementaires et membres du gouvernement de contribuer à la protection des droits. L'objectif est de faire du débat parlementaire un outil de protection des droits. En témoigne la mise en place de la section 19 de la loi, selon laquelle le ministre en charge d'un projet de loi doit faire

hold, the case for consigning such disagreements to judicial tribunals for final settlement is weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts. And I shall argue that allowing decisions by courts to override legislative decisions on these matters fails to satisfy important criteria of political legitimacy.”.

¹⁹⁵ LAMBERT Edouard. *Le gouvernement des juges*, Paris, Dalloz, 2004, 276 p. pp. 115-116 : « *Mais à quel endroit de la Constitution fédérale est-il donc prévu que l'exercice des pouvoirs législatifs conférés au Congrès (...), soit subordonné à la tolérance de la judicature fédérale ?* ».

¹⁹⁶ GOLDONI Marco, MCCORKINDALE Christopher. « McCorkindale and Goldoni: The State of the Political Constitution: a special edition of the German Law Journal », *UK Constitutional Law Association*, 20th December 2013, [en ligne], [consultée le 06 janvier 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/03/mccorkindale-and-goldoni-the-state-of-the-political-constitution-a-special-edition-of-the-german-law-journal/>.

¹⁹⁷ TUSHNET Mark. « The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *German Law journal*, 2013, vol. 14, issue 12, pp. 2249-2264., pp. 2249-2250 : “*Political constitutionalism contends that this is true for equally inevitable disagreements about the specification of constitutional fundamentals. By ‘specification,’ I mean the concrete implementation of those fundamentals in specific circumstances. Examples of disagreements about specification include controversies over whether particular forms of regulation of hate speech are consistent with fundamental principles of free expression, and controversies over what restrictions, if any, can be imposed on the franchise for competent adults. Political constitutionalists argue that reasonable disagreements over these matters should be resolved in the same way that disagreements about other policies are: Through open debate and ultimate decision-making by democratically chosen officials*”.

¹⁹⁸ CRAIG Paul. « Political Constitutionalism and Judicial Review », *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2009, n°58/2009, [en ligne], [consultée le 20/04/2021], https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1503505#, p. 4: “*Thus the central premise to Waldron and Bellamy’s argument is the prevalence of disagreement concerning the rights that should be included within any Bill of Rights and their interpretation. For both writers such disagreement pervades the very foundational ideas of justice on which society is grounded*”.

une déclaration sur la compatibilité de ce dernier au cours de la procédure législative. En témoigne également la mise en place du *Joint Committee on Human Rights* dont une des missions est, notamment, d'évaluer les répercussions des projets de loi sur les droits et libertés tels que consacrés dans le droit national ou supra-national, pendant le déroulement du processus législatif.

110. Le constitutionnalisme politique n'est néanmoins pas toujours radical et sait parfois reconnaître l'importance de l'existence simultanée de mécanismes juridictionnels de protection des droits et des règles constitutionnelles. C'est ce qu'admettent Marco Goldoni¹⁹⁹ et Adam Tomkins, ce dernier estimant qu'une approche réaliste de la Constitution britannique doit à la fois rendre compte de ce qui relève du constitutionnalisme politique et de ce qui relève du constitutionnalisme juridique²⁰⁰. C'est ce qu'admet également Mark Tushnet quand il affirme que, contrairement au *strong-form constitutional review*, le *weak-form constitutional review* est compatible avec le constitutionnalisme politique²⁰¹. Alors que dans le premier, le juge contrôle la constitutionnalité d'une loi et peut en suspendre l'application, le second type de contrôle permet seulement au juge d'apprécier la conformité de dispositions législatives à la constitution. La juridiction ne peut pas suspendre l'application de la loi inconstitutionnelle, qui reste de la compétence du Parlement et du gouvernement concerné. Ce *weak-form constitutional review* est aujourd'hui mis en place par plusieurs États comme le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie ou encore la Nouvelle Zélande qui, selon Stephen Gardbaum, formeraient le nouveau modèle de constitutionnalisme du *Commonwealth*²⁰².

111. Le *Human Rights Act 1998* est le symbole même de l'implantation de ce modèle sur le sol britannique. À vrai dire, cette capacité de dernier mot du législateur n'est pas une

¹⁹⁹ GOLDONI Marco. "Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy", *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 08, pp. 1053-1076, p. 1053 : "As this article intends to show, political constitutionalism does not reject any form of judicial review, though it is concerned with delimiting its power and confining it within a proper constitutional balance. The core belief of political constitutionalists is that decisions about rights are better left to the political process, while judicial reasoning should still play a role by keeping the government in check and protecting the political process itself."

²⁰⁰ TOMKINS Adam. « What's Left of the Political Constitution? », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, issue 12, pp. 2275-2292, p. 2275 : "This paper argues that we should move on from what has become a rather outdated contrast between the political constitution and the legal constitution. Taking as its focus the constitution of the United Kingdom, the paper analyzes the contemporary constitutional order as a mixed system of politics and law combined. It argues that such a mix may be a more compelling and attractive system than either the model of the political constitution or that of the legal constitution."

²⁰¹ TUSHNET Mark. « The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *op. cit.*, p. 2250: "Political constitutionalism rejects strong-form constitutional review. I argue here that weak-form judicial review is at least compatible with political constitutionalism and ought to be treated as an important design feature in the best institutional arrangements for political constitutionalism".

²⁰² GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism- Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 262 p.

révolution en soi, tant il est admis dans les pays dans lesquels s'exerce un *strong-form review*, qu'une décision juridictionnelle peut être remise en cause par la révision de la constitution par les représentants et/ou les citoyens. Certes, une telle révision ne passera pas par la procédure législative ordinaire, mais la logique reste la même : limiter les pouvoirs du juge en assurant la possibilité d'un dernier mot des gouvernants et/ou du peuple. Cette capacité de dernier mot est admise depuis longtemps dans la doctrine française et sous-entend d'ailleurs l'idée que la justice constitutionnelle n'est pas le fait des seuls juges mais plutôt des juges approuvés par les représentants (refusant alors de réviser la constitution). Alexis de Tocqueville estimait ainsi, dans sa présentation de la démocratie en Amérique, que la révision de la Constitution était un moyen pour la Nation de surmonter les juges²⁰³.

112. La pensée du constitutionnalisme populaire permet également de concevoir la justice constitutionnelle en dehors des juridictions²⁰⁴. Comme le précise Mark Tushnet, dans « *le constitutionnalisme populaire, tout le monde - le peuple mobilisé, ses représentants politiques et les tribunaux - propose des interprétations constitutionnelles en même temps* »²⁰⁵. Cette idée phare du constitutionnalisme populaire est également celle portée par cette étude. Pour ce courant de pensée, poursuit l'auteur, le droit constitutionnel est le fruit de l'intervention de ces différents acteurs. Les juridictions ne sont pas conçues comme des actrices nécessairement prédominantes du constitutionnalisme. Elles auront le dernier mot sur certains sujets mais pas pour d'autres qui relèveront des représentants et/ou du peuple. Ce partage de compétences entre juges, représentants et citoyens correspond au concept de *departmentalism*, selon lequel la suprématie judiciaire et le constitutionnalisme populaire sont parfaitement compatibles, chacun des deux étant l'expression du dernier mot des juges ou du peuple pour un ou des sujets donnés²⁰⁶.

²⁰³ DE TOCQUEVILLE Alexis. *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2008, 1185 p., p. 146 : « *En Amérique, où la nation peut toujours, en changeant sa constitution, réduire les magistrats à l'obéissance, un semblable danger n'est pas à craindre. Sur ce point, la politique et la logique sont donc d'accord, et le peuple ainsi que le juge y conservent également leurs privilèges* ».

²⁰⁴ FASSASSI Idris. « La légitimité de la justice constitutionnelle aux États-Unis à l'épreuve du 'constitutionnalisme populaire' », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 23-2007, 2008, pp. 69-90.

²⁰⁵ TUSHNET Mark. « Popular Constitutionalism As Political Law », *Chicago-Kent Law Review*, 2006, vol. 81, pp. 991-1006., p. 999: « *In popular constitutionalism, everyone-the mobilized people, their political representatives, and the courts-offers up constitutional interpretations all at once. The interactions among these political actors, that is, their conversation, produces constitutional law.* ».

²⁰⁶ POST Robert.C, SIEGEL Riva B. « Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy », *California Law Review*, 2004, vol. 92, pp. 1028-1044, p. 1029 : « *In contrast to Kramer, we do not understand judicial supremacy and popular constitutionalism to be mutually exclusive systems of constitutional ordering. Kramer defines judicial supremacy as resting on the concept of judicial finality Yet some forms of judicial finality are essential to the rule of law, which is necessary for a functioning democracy. For this reason both judicial supremacy and popular constitutionalism each contribute indispensable benefits to the American constitutional polity.* ».

113. Considérer que les juges ne sont pas les seuls interprètes d'une constitution est une idée également présente dans la doctrine française. En témoignent les propos de François Ost, avec la théorie du réseau²⁰⁷, ou encore ceux de Dominique Rousseau, avec les notions de démocratie continue et de régime concurrentiel de production de la volonté générale²⁰⁸. Des écrits de ces deux auteurs ressortent une même idée : la tâche d'interpréter la constitution n'incombe pas qu'aux juridictions mais aussi aux représentants et membres de la société civile.

114. En outre, si la justice constitutionnelle est l'expression du constitutionnalisme, alors elle est l'expression des volets « liberté » et « sécurité » qui y sont intégrés, de sa double nature. Cela nous mène aussi nécessairement à penser la justice constitutionnelle comme pouvant s'exercer en dehors d'une juridiction, tant le juge n'est pas le seul acteur de la prise en compte et conciliation de ces deux volets. En effet, un des enjeux de la justice constitutionnelle est alors de savoir quels sont les acteurs et outils qui interviennent dans la conciliation entre les deux volets, dans quel cadre juridique ou extra-juridique et dans quelles proportions.

115. Enfin, penser la justice constitutionnelle en dehors des juridictions a un impact direct sur le concept de démocratie constitutionnelle. Cette dernière s'inscrit en rupture avec une manière traditionnelle de concevoir la démocratie comme un régime politique dans lequel les décisions politiques sont adoptées directement ou indirectement par le peuple. Dans cette acception classique, est revêtu de légitimité démocratique ce qui est produit selon une procédure permettant l'expression du peuple. En outre, cette façon de définir la démocratie s'accompagnait, selon Dominique Rousseau, d'une certaine conception de la constitution. Cette dernière est vue comme celle qui permet la séparation des pouvoirs, c'est la « Constitution-séparation des pouvoirs ». La notion de démocratie constitutionnelle prend le contrepied de ces

²⁰⁷ OST François. « De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *La Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, vol. 44, [en ligne], [consultée le 30/12/2020], <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf>: « C'est que, ensuite, nombreux sont désormais les pouvoirs, tantôt concurrents, tantôt complémentaires, investis de la tâche de représenter ce peuple pluriel: Parlement, Cour constitutionnelle, opinion publique référendaire, sans parler des innombrables pouvoirs de fait: presse, partis politiques, syndicats, lobbys de toutes sortes. C'est que enfin on comprend que de la Constitution, même quand elle se traduit dans un texte, ne se dégage pas une signification unique, intangible et objective: c'est plutôt un champ sémantique qu'elle ouvre au sein duquel s'affronteront interprétations et pratiques concurrentes sans qu'un terme ni des limites fixes puissent être assignés à cette confrontation. Loin d'être un grand sujet dont il suffirait de décliner les attributs, le peuple lui-même est en recherche; loin d'être un donné dont il suffirait d'appliquer les prescriptions, le texte constitutionnel est un construit. Littéralement, la Constitution est toujours en voie de constitution ».

²⁰⁸ ROUSSEAU Dominique. « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [en ligne], [consultée le 26 janvier 2014], <https://laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>: « Le juge est seulement un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé constitutionnel, sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne ; elle continue de vivre car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine, de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent produire, quelques temps plus tard, une nouvelle interprétation ».

divers éléments, partant du constat que réduire « *la démocratie au simple pouvoir de la majorité, est de plus en plus jugée dépassée, (...)* »²⁰⁹. À la « *Constitution-séparation des pouvoirs* » se substitue la « *Constitution-garantie des droits des gouvernés* »²¹⁰. Dans cette dernière, la légitimité procédurale ne suffit pas pour permettre la démocratie, encore faut-il que celle-ci se déroule dans le respect des droits et libertés des individus et notamment des groupes minoritaires de la société. Ainsi, concevoir la justice constitutionnelle comme l'expression du constitutionnalisme (qui se définit notamment par son ambition de protection des droits), et constater que ce dernier se réalise en dehors des juridictions, implique forcément de considérer que la démocratie constitutionnelle ne peut être le résultat de la seule action d'un juge. En effet, celle-ci trouve plutôt sa réalisation à travers l'action conjointe de différents acteurs (juges, représentants, citoyens) qui tous concourent, bien que de manières foncièrement inégales, à l'encadrement du pouvoir de décision par des règles d'organisation du pouvoir et de protection des libertés.

III) OBJET ET DÉMARCHE DE LA THÈSE

116. L'objectif de cette thèse est, tout en plaçant pour une définition large de la justice constitutionnelle, de démontrer l'existence d'une justice constitutionnelle au Royaume-Uni. Il s'agit alors de démontrer que tant les juges, les citoyens et les représentants interviennent dans la justice constitutionnelle mais, aussi, de révéler les inégalités criantes entre ces différentes interventions. La justice constitutionnelle est le reflet du constitutionnalisme, de l'existence et de la mise en pratique de mécanismes de responsabilité constitutionnelle. Cette étude constate alors que si les juges et les représentants ont la capacité d'exercer une emprise importante sur la justice constitutionnelle (et que ce faisant, ces deux acteurs disposent des mécanismes les plus efficaces pour activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants), les citoyens sont eux, cantonnés à un rôle d'influenceur. Ils bénéficient d'outils bien moins contraignants pour le gouvernant et ainsi, de peu d'emprise sur la décision constitutionnelle.

²⁰⁹ ROUSSEAU Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 10^{ème} édition, 584 p., p. 553.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 538, voir aussi ROUSSEAU Dominique. « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, op. cit. : « *La constitution-garantie des droits est au principe d'une rupture radicale de la représentation des relations gouvernants/gouvernés : là où la constitution-séparation des pouvoirs produit une fusion du corps des représentants et du corps des représentés, la constitution-garantie des droits institue un écart, une distance entre les deux corps.* ».

Leur rôle consiste davantage à tenter d’orienter et d’influencer la prise de décision constitutionnelle par les juges et les représentants. Ces derniers, en tant qu’acteurs privilégiés de la justice constitutionnelle, semblent liés entre eux par un rapport de force dans lequel chacun fait montre d’influence et de respect envers l’autre.

117. Cette étude a une visée institutionnelle, elle a pour but de rendre compte des interventions des institutions qui prennent part à la justice constitutionnelle : son objectif est de démontrer l’intervention de plusieurs acteurs dans la justice constitutionnelle, mais bien plus d’étudier leur place respective dans la justice constitutionnelle. Pour évaluer la place d’un acteur, il faut ainsi évaluer les outils (ex d’outils: saisine d’un juge, vote démocratique, adoption d’une loi, rendu d’un rapport officiel, etc...) qu’il va utiliser pour exercer la justice constitutionnelle.

118. Évaluer un outil suppose d’exposer dans un premier lieu, ses modalités de fonctionnement afin, dans un second lieu, de révéler l’influence de l’acteur sur la prise de décision constitutionnelle grâce à cet outil. Ainsi, les modalités de fonctionnement d’un outil dans la lettre des textes (ou dans la théorie) mais aussi dans la pratique, renseignent sur les influences que l’acteur va pouvoir exercer sur d’autres acteurs de la justice constitutionnelle mais aussi, inversement, les influences que ces autres acteurs vont pouvoir exercer sur lui. S’intéresser à la pratique d’un outil suppose d’étudier par exemple la fréquence de son utilisation, les buts que cette dernière remplit ou encore l’influence que cet outil exerce sur les autres acteurs de la justice constitutionnelle. Par conséquent, parler de la place d’un acteur dans la justice constitutionnelle suppose de parler également des autres, les acteurs de la justice constitutionnelle sont nécessairement interdépendants.

119. Cette définition large de la justice constitutionnelle a pour implication de faire de cette dernière une activité exercée par une multitude d’acteurs, éparpillés dans la société civile et dans les institutions étatiques. Cette étude n’a néanmoins pas pour ambition de rendre compte de manière exhaustive de la totalité des outils et acteurs qui prennent part à la justice constitutionnelle, mais plutôt d’étudier ceux qui semblent les plus déterminants pour la prise de décision constitutionnelle.

120. Ainsi, si un grand nombre de juridictions britanniques statuent sur des problématiques pouvant inclure une dimension constitutionnelle, cette thèse prend le parti de se focaliser avant tout sur les décisions de la Cour suprême et de la juridiction rattachée à la Chambre des Lords qui l’a précédée. La raison principale est que cette dernière est le plus important dénominateur commun entre les différentes composantes du Royaume-Uni : elle est la juridiction suprême au civil et au pénal pour l’Angleterre, le Pays de Galles et l’Irlande du

Nord. Elle est également la juridiction suprême de l'Écosse mais uniquement pour les affaires civiles. Enfin, et bien plus, la mission de la Cour suprême se rattache expressément et fortement à la résolution du contentieux constitutionnel, c'est-à-dire du contentieux relatif à l'application d'une règle ou d'un principe constitutionnel. Ainsi, le site officiel de la juridiction indique qu'une mission fondamentale de la Cour est de se concentrer sur « *les affaires de la plus grande importance publique et constitutionnelle* »²¹¹.

121. Au niveau des représentants, cette étude se concentre sur les parlementaires et membres du gouvernement au sein du Parlement de Westminster, mais aussi sur les membres des assemblées législatives et exécutifs gallois, écossais et nord-irlandais: ils sont en première ligne dans la prise de décision constitutionnelle. Au titre des représentants, sont également étudiés les membres d'organes parlementaires et administratifs qui ont une mission clairement dédiée à l'application et à la protection de tout ou partie de l'ordre constitutionnel (*Ombudsmen*, Commissions parlementaires ou extra-parlementaires).

122. Les citoyens sont envisagés dans un sens large, dans la mesure où tout individu s'exprimant constitutionnellement sur l'ordre constitutionnel britannique dans le but de défendre ce dernier contre une politique ou d'en réclamer la modification par le biais de procédures et mécanismes prévus par le droit constitutionnel britannique, est considéré comme étant un citoyen. L'ensemble formé par les citoyens constitue le peuple dont une autre appellation, dans cette étude, est celle de société civile. Les deux termes (peuple/société civile) sont ainsi synonymes.

123. Les juges sont les premiers acteurs que cette étude aborde. Elle constate ainsi que les décisions de justice sont des outils particulièrement efficaces de justice constitutionnelle qui permettent aux juridictions d'exercer une emprise sur la justice constitutionnelle. (Partie I).

124. Les citoyens et les représentants constituent le second axe de cette recherche. L'influence exercée par les premiers, bien que grandissante, est néanmoins véritablement atténuée par la liberté d'action des représentants ou des juges. La plupart des instruments dont bénéficient les citoyens pour exercer la justice constitutionnelle ont en commun cette incapacité populaire à adopter des décisions qui s'imposent : les outils à leur disposition sont davantage des outils qui vont chercher à influencer la prise de décision constitutionnelle par les juges ou les représentants. Ces derniers eux, sont particulièrement puissants et ont une emprise

²¹¹ "Role of The Supreme Court", *The Supreme Court*, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>.

considérable du fait de leur énorme pouvoir d'édiction législative, qui est l'expression même de leur responsabilité constitutionnelle, et qui leur permet de bouleverser en profondeur l'ordre constitutionnel. (Partie II).

125. Ce pouvoir législatif considérable devient particulièrement problématique en temps de crise exceptionnelle. L'épreuve de la pandémie du coronavirus a révélé au grand jour les imperfections de la justice constitutionnelle britannique, dans laquelle les représentants ont finalement trop de pouvoirs. Les déséquilibres entraînés par la pandémie ont ainsi été permis par l'état de la justice constitutionnelle britannique qui, en temps normal, repose démesurément sur les représentants. Ces déséquilibres sont révélateurs du caractère excessif de la marge de manœuvre des représentants dans la tâche de conciliation entre liberté et sécurité, tâche découlant de la double nature du constitutionnalisme. Si la concentration des pouvoirs entraînée par la crise sanitaire a été permise par le constitutionnalisme, reste à savoir ce qu'elle laissera sur le long terme comme traces sur les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle.

PREMIÈRE PARTIE : L'EMPRISE DU JUGE SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

126. L'importance des juridictions dans la justice constitutionnelle britannique se constate d'un point de vue quantitatif et qualitatif. En effet, les juges sont, depuis plusieurs siècles, des protecteurs indéniables d'un nombre important de règles et principes constitutionnels. En plus d'être remarquables par leur nombre, ces règles et principes jurisprudentiels le sont par leur contenu. Les cours de justice se sont ainsi faites gardiennes de la souveraineté parlementaire, des notions de droits ou de lois constitutionnel(les), des motifs de contrôle de la procédure de *judicial review*, etc... Tous proviennent de décisions de justice, qu'elles les aient créés au sens premier du terme ou qu'elles soient la mise en œuvre d'éléments préexistants.

127. Les juges sont des acteurs essentiels de la justice constitutionnelle mais profondément liés aux deux autres acteurs de la justice constitutionnelle : les citoyens et les représentants. Des premiers dépendent les interventions des juges, ces derniers ne pouvant s'autosaisir. Bien plus, le juge est celui qui, par son action, contribue avec force à faire de la démocratie britannique une démocratie constitutionnelle dans laquelle les citoyens et ses droits sont centraux. En effet, cette version de la démocratie part du principe que « *l'édiction des lois par les représentants élus des citoyens ne suffit plus à établir la légitimité démocratique de la norme, car encore faut-il que cette loi respecte les droits des individus, lesquels se trouvent donc au cœur du système politique* »²¹². Le juge, en rappelant par le biais du *common law* ou en application de lois protectrices des libertés (comme le *HRA 1998*) que la loi n'est pas qu'un acte adopté par une majorité mais également une norme qui est présumée exister dans un cadre libéral et démocratique, encourage l'action du citoyen dans la justice constitutionnelle, et ce de

²¹² KLEIN Luc. « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017, vol. 1, n°109, pp. 121-141, p. 128.

deux manières : 1) d’abord, en faisant (du fait du rôle plus actif du juge dans la protection des droits) de la saisine de la justice un outil plus efficace pour la protection des droits, 2) ensuite, en assurant une protection à des droits et libertés (expression, manifestation, association) qui peuvent être utilisés par les citoyens pour exercer la justice constitutionnelle dans un autre contexte que celui de l’action juridictionnelle. Par ces deux manières, l’action des juridictions -qui en elle-même constitue un mécanisme de responsabilité constitutionnelle des gouvernants- dynamise cette dernière en faisant des citoyens des interlocuteurs plus puissants.

128. Les juges sont également étroitement liés aux représentants, particulièrement puissants dans la prise de décision constitutionnelle. Les juridictions et les représentants sont le duo de choc de la justice constitutionnelle, ceux qui sont dépositaires du pouvoir de décider constitutionnellement. Les relations entre ces deux acteurs peuvent s’analyser en un rapport de force, qui se nourrit de la volonté des juges d’être des acteurs actifs et influents de la justice constitutionnelle et de celle tenant au respect de l’action et du rôle des représentants dans la protection et la détermination des règles constitutionnelles. Ce rapport de force conjugue audace, création du droit, autolimitation et application du droit. Il révèle les différentes facettes du rôle d’une juridiction dans la justice constitutionnelle. Ce rapport de force se constate ainsi par le rôle joué dans les juridictions dans l’activation de la responsabilité constitutionnelle des représentants, les juges mettant en place des modalités de contrôle rappelant aux parlementaires et ministres leur devoir de rendre compte des implications constitutionnelles de leurs politiques. En contrepartie, les représentants intègrent ce rapport de force en ne remettant pas en cause les décisions émises par la Cour suprême (par le biais de lois par exemple) qui pourtant ont d’importantes répercussions sur l’ordre constitutionnel. Ce respect des représentants pour les juridictions est contrebalancé par le pouvoir considérable des premiers qui, par l’adoption des lois, peuvent considérablement remodeler les prérogatives et la place du juge dans la justice constitutionnelle²¹³.

²¹³ KIT KUAN Yuen. “The Ultimate Ruling Principle of the British Constitution?”, *The Student Journal of Law*, issue 5, [en ligne], [consultée le 22 mai 2015], <http://www.sjol.co.uk/issue-5/the-ultimate-ruling-principle-of-the-british-constitution>; ce rapport de force peut être compris comme le témoignage d’un “pluralisme constitutionnel” selon Alison Young, voir YOUNG Alison L. “Alison Young on HS2: Willkommen zum constitutional pluralism”, *UK Constitutional Law Association*, 17th February 2014, [en ligne], [consultée le 17 février 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/17/alison-young-on-hs2-willkommen-zum-constitutional-pluralism/>: “Constitutional pluralism can also be applied to the UK. Whilst Parliament enacts legislation, courts determine the principles by which this legislation will be interpreted. Courts control executive actions, either according to common law principles or statutory provisions, and the legislature can enact measures to override common law principles or to oust the jurisdiction of the courts. Both Parliament and the courts have a role to play in determining how legislation is recognised, and in assessing what is meant by ‘parliamentary sovereignty’ when expressed as a legal principle. Whilst most English courts are courts of inherent jurisdiction, Parliament could still place judicial power on a statutory basis, determining its confines”.

129. Ces différentes facettes du juge (création/application) correspondent aux deux grandes traditions doctrinales qui s'opposent au Royaume-Uni : celle que l'on attribue au juriste Coke et celle que l'on reconnaît à Thomas Hobbes.

130. Comme le rappelle Philippe Raynaud, la première tradition doctrinale est celle qui « va d'Edward Coke à Ronald Dworkin » dans laquelle « le rôle du juge est de découvrir le droit plus que de le produire, ce qui l'amène à dégager des principes qui ne se réduisent pas à de simples règles »²¹⁴. Comme l'affirme Charlotte Girard, Sir Matthew Hale est, au XVII^{ème} siècle, un partisan de l'approche d'un juge appliquant le droit sans création. L'auteur insistait sur le fait que les décisions de justice « ne peuvent pas créer du droit à proprement parler, puisque seuls le roi et le Parlement peuvent le faire ; »²¹⁵. Fait également partie du courant de la « découverte », William Blackstone qui, au XVIII^{ème} siècle, décrivait les juges comme des « oracles vivants », des « dépositaires du droit »²¹⁶. Pour l'auteur, la connaissance que les juges ont du droit dérive de « l'expérience et de l'étude »²¹⁷.

131. La seconde tradition, qui s'oppose à la première, est celle qui « de Hobbes à Bentham et, au-delà, à Hart, va s'appuyer sur une position volontariste pour développer une critique fondamentale de ce que l'on peut appeler l'idéologie de Common Law »²¹⁸. Hobbes va offrir une interprétation du régime anglais « en tout point opposée à celle de Coke » poursuit Philippe Raynaud²¹⁹. Pour Hobbes, « la législation a une priorité absolue sur toute autre source du droit, et le roi est un souverain sans partage, les autres composantes du Parlement n'étant en fait qu'auxiliaires »²²⁰.

132. La démarche des juridictions emprunte simultanément à ces deux grands courants de pensée. Elle fonde sa légitimité sur un dosage méticuleux d'application/découverte et de création. Ce dosage s'observe dans la plupart des grandes jurisprudences qu'elles soient

²¹⁴ RAYNAUD Philippe. « La justice constitutionnelle : une approche philosophique », In *La notion de justice constitutionnelle*, op. cit., p. 5.

²¹⁵ HALE Matthew. *The History of the Common Law of England And An Analysis of the Civil Part of the Law*, London, Butterworth, 6th edition, 1820, 354 p., p. 90 : “ (...) yet they do not make law, properly so called; - for that only the king and parliament can do ”.

²¹⁶ BLACKSTONE William. *Commentaries on the Laws of England*, op. cit., p. 69: « (...) how are the customs or maxims be known, and by whom is their validity determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositary of the laws; the living oracles (...) »; HALPERIN Jean-Louis. « Blackstone William », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. de O. Cayla et J.L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, 620 p., pp. 56-61.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ RAYNAUD Philippe. « La justice constitutionnelle : une approche philosophique », In *La notion de justice constitutionnelle*, op. cit.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 7.

²²⁰ *Ibid.*

relatives aux droits et lois constitutionnel(le)s ou à la souveraineté du Parlement. Dans les deux cas, quand il y a audace de la part du juge, c'est-à-dire œuvre de création par ce dernier, il veille néanmoins et simultanément à la tempérer en rappelant qu'il est aussi un organe d'application du droit décidé par le Parlement. Dans le cas des droits et lois constitutionnel(le)s, le juge tempère la modulation de l'abrogation implicite par la reconnaissance du pouvoir parlementaire de revenir sur ces règles constitutionnelles s'il l'exprime expressément. Il tempère la création de la catégorie des lois constitutionnelles et du régime juridique qui les accompagne par la même reconnaissance du pouvoir parlementaire de revenir expressément sur ces lois. En outre, le juge tempère son pouvoir créateur dans la mesure où il fonde la création d'une nouvelle catégorie juridique, les droits et lois constitutionnels, sur une observation de l'ordre constitutionnel tel qu'il est : un ordre constitutionnel libéral et démocratique.

133. Dans le cas de la souveraineté du Parlement et des hypothèses soulevées par certains juges de la remettre en cause, cette audace –prononcée en *obiter dictum*- est tempérée par la condition que le Parlement commette un acte particulièrement odieux pour les droits et libertés notamment. Ce faisant, le juge rappelle qu'en dehors de cette situation extraordinaire, la souveraineté du Parlement continue à fonctionner et à être appliquée.

134. L'importance des juridictions dans la justice constitutionnelle, à travers ce mélange d'application et de création du droit constitutionnel, s'explique principalement par deux facteurs. Le premier est le *common law*, c'est-à-dire le droit élaboré par les jurisprudences que ce soit pour interpréter une loi primaire ou secondaire ou pour créer et interpréter des règles constitutionnelles non écrites (Titre I).

135. Le deuxième facteur de l'importance du juge dans la justice constitutionnelle tient au législateur lui-même, c'est-à-dire au Parlement de Westminster et au gouvernement. L'emprise des juges sur la matière constitutionnelle a en effet considérablement évoluée du fait des nouvelles prérogatives conférées aux juges pour interpréter et protéger les règles constitutionnelles. De ce point de vue, l'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants à travers l'adoption de ces lois est venu stimuler l'intervention des juridictions dans la justice constitutionnelle (Titre II).

TITRE I : L'EMPRISE DU JUGE ET LE *COMMON* *LAW*

136. Le juge joue un rôle essentiel dans la justice constitutionnelle britannique. Un mouvement de juridictionnalisation de la justice constitutionnelle est en cours, c'est-à-dire un mouvement d'accroissement du rôle des juges dans la définition et la protection de la Constitution. Le juge, au regard de l'importance du *common law* comme source du droit, a façonné et façonne toujours une grande partie des règles et principes constitutionnels. Il cohabite ici avec les représentants ainsi que les citoyens et la société civile qui eux aussi participent à la conception, à la protection des règles constitutionnelles.

137. Le *common law* a longtemps été considéré comme la première source du droit et des droits au Royaume-Uni. Les juges de *common law* avaient alors un rôle premier et fondamental dans la fabrication et dans l'application du droit, à tel point que le droit britannique était surtout un droit à caractère jurisprudentiel. Même si cet élément central du système britannique de *common law* s'érode depuis maintenant longtemps²²¹, force est de constater que le *common law* demeure une source viable du droit et des droits. Cette dernière caractéristique permet au juge de demeurer un outil utile de limitation des représentants et parallèlement un moyen permettant au citoyen – à travers la saisine d'une juridiction ou l'exercice de leurs droits consolidés- de s'exprimer constitutionnellement et ainsi d'exercer la justice constitutionnelle.

²²¹ DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille. *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, 553 p.

138. Ainsi, le *common law* permet au juge de jouer un rôle central dans la construction et la protection de l'ordre constitutionnel. Il lui permet d'être le protecteur d'un nombre important de règles et principes constitutionnels, ce qui explique sa place importante dans la justice constitutionnelle (Chapitre I).

139. Si le juge a pu utiliser le *common law* pour consacrer et protéger un nombre considérable de règles et principes constitutionnels c'est parcequ'il disposait d'outils qui lui ont permis d'être un protecteur des droits efficace. Ces outils tiennent tant au prestige dont jouit le *common law* et la figure du juge au Royaume-Uni qu'à des outils de technique jurisprudentielle (Chapitre II).

Chapitre I : Le *common law* et l'ordre constitutionnel

140. Le juge britannique tient un rôle central dans la justice constitutionnelle britannique en ce qu'il s'est affirmé à travers le *common law* comme un véritable auteur et un protecteur de règles et principes constitutionnels. En effet, depuis plusieurs siècles, le juge utilise continuellement le *common law* pour contribuer à l'interprétation, à l'application et à l'élaboration de l'ordre constitutionnel. Une quantité remarquable de règles et principes constitutionnels sont, de ce fait, issus de la jurisprudence. Cette emprise des juges sur la justice constitutionnelle par le biais du *common law* s'observe de deux manières.

141. D'abord, le juge a fait œuvre du *common law* pour fixer les principes et règles relatifs au pouvoir politique des représentants. Ce droit jurisprudentiel est un outil de définition du pouvoir politique parlementaire et gouvernemental en ce qu'il permet non seulement de poser un cadre à ce dernier mais aussi d'interpréter et d'appliquer les règles relatives à son fonctionnement (Section I).

142. Ensuite, le juge s'est affirmé comme un gardien et un protecteur des droits et libertés des individus et ce dans le cadre spécifique qu'est celui du *common law*. Ce faisant, le juge joue un rôle fondamental dans la démocratie constitutionnelle britannique. C'est lui qui permet de concilier le principe de souveraineté du Parlement avec celui du *rule of law*, expression de la nécessité de protéger les droits des individus (Section II).

Section I : Le *common law*, outil de définition du pouvoir

143. La place centrale du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle s'explique par le rôle important qu'il joue dans la délimitation du pouvoir. À la manière d'une constitution écrite et codifiée, le juge pose et protège des règles et principes constitutionnels dont l'objectif est de fixer les limites à l'exercice du pouvoir du Parlement et du gouvernement. Les juges contribuent ici à définir les modalités de fonctionnement de ce pouvoir.

144. C'est par le biais du *common law* que le juge se fait le gardien du constitutionnalisme qui implique l'idée de la limitation du pouvoir par le droit, le libéralisme, la démocratie et la séparation des pouvoirs. Sur le fondement de ces principes, le juge utilise le *common law* pour encadrer le pouvoir des représentants (I).

145. C'est également par le biais du *common law* que le juge donne une expression juridique au principe de souveraineté parlementaire, principe clé pour comprendre le fonctionnement des institutions politiques (II).

I) L'encadrement des représentants par les juges

146. Le juge utilise depuis longtemps le *common law* pour délimiter l'exercice du pouvoir des représentants par les exigences qui sont celles du constitutionnalisme. Ainsi, les juridictions rappellent régulièrement aux représentants qu'ils œuvrent dans le cadre d'un régime politique libérale et démocratique, cadre qui les dépasse (A). En outre, le juge a au fil de sa jurisprudence contribué à élaborer et à protéger le principe de la séparation des pouvoirs et les règles qui en découlent (B).

A) *Le juge, gardien de la nature libérale et démocratique du régime politique*

147. La tradition du *common law* consiste à encadrer l'action des gouvernants – et du Parlement- en leur rappelant qu'ils existent et agissent dans un cadre qui les dépasse, constitué par la préservation de la liberté (1). Ce cadre, qui aujourd'hui est celui de la nature libérale et démocratique du régime, correspond au *rule of law*. C'est ce cadre qui permettra au juge de déduire l'existence de droits constitutionnels auxquels les gouvernants seront présumés se conformer et qui seront, des outils supplémentaires d'expression constitutionnelle pour les citoyens justiciables (2). La méthode de la présomption permettant la consécration de ces droits sera néanmoins étudiée plus tard. Le rappel d'un environnement libéral et démocratique est un moyen pour le juge de rappeler ainsi la responsabilité constitutionnelle du Parlement.

1) *La définition du pouvoir des gouvernants par la liberté, une tradition du common law*

148. Le *common law* est un mode d'expression spécifique de la protection de la liberté face au pouvoir politique des représentants. Comme le note Céline Roynier, cette liberté a bien des rapports différents avec ce pouvoir, de ceux existant dans la plupart des pays occidentaux. Alors que la liberté est conçue, dans la plupart des pays de constitutionnalisme comme un élément qui est nécessairement arraché au pouvoir et qui est au fondement même de la notion de droits individuels, la liberté dans la tradition du *common law* est plutôt une liberté qui a permis de définir le pouvoir et qui l'a défini en se rattachant aux traditions²²². Le « *problème de la liberté (...) a pris une forme particulière en Angleterre : plutôt que de penser la source de légitimité du pouvoir, les juristes anglais ont réfléchi à ce que pouvait être les 'marques' d'un droit acceptable par tous.* »²²³.

149. Ainsi, et comme l'affirme Céline Roynier, la Constitution britannique ne se fonde pas sur l'idée de l'individu en tant que figure tutélaire de droits mais plutôt sur la définition du pouvoir et de ses conditions d'exercice²²⁴. Ces dernières correspondent aux exigences tirées du respect de la *property* de chacun qui, sur le fondement des pensées de Locke et Blackstone²²⁵, ont été considérées comme les droits de naissance des sujets anglais. Cette *property* se décline en une triade - *life, liberty, possessions* - qui sera d'ailleurs régulièrement réaffirmée dans les grandes lois libérales du XVII^e siècle. C'est en fonction de cette triade que le *common law* a élaboré sa théorie sur l'exercice du pouvoir politique des représentants. La liberté est le cadre dans lequel l'action des gouvernants est pensée : « *la liberté est une condition d'existence du pouvoir parce qu'un pouvoir 'royal' et non 'seigneurial' ne peut s'exercer que sur des hommes libres, le pouvoir étant resté très proche de son sens ancien de 'capacité d'action' ; mais la liberté a également été placée comme horizon du gouvernement si*

²²² ROYNIER Céline. « La liberté dans la tradition anglaise de la *common law* », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2013, vol. 5, pp. 185-201, p. 188. Les libertés anglaises sont considérées par la doctrine comme étant négatives et résiduelles. Cela signifie que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, que tout ce qui est autorisé l'est dans le cadre des limites fixées par la loi et par la volonté du gouvernement. Ce dernier doit néanmoins justifier par le droit toute restriction à la liberté des sujets. C'est ce qu'Allan appelle une « *présomption générale à la liberté* » ; Cf. ALLAN T.R.S. « Constitutional Rights and Common law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, vol. 11, n°4, pp. 453-480, p. 457.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ ROYNIER Céline. « La liberté dans la tradition anglaise de la *common law* », *op. cit.*, p. 188.

²²⁵ LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, *op.cit.*; BLACKSTONE William. *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*, p. 121; ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, *op. cit.*, p. 93.

bien que toute action doit lui être conforme »²²⁶. On retrouve ainsi, formulée dans le *common law*, l'idée de responsabilité constitutionnelle des gouvernants.

150. La jurisprudence des droits et libertés de *common law* est une illustration de cette tendance, ces droits ne sont pas tirés de la nature humaine mais plutôt d'attentes relatives aux modalités d'exercice du pouvoir.

2) *La démocratie libérale et la jurisprudence relative aux droits constitutionnels*

151. Au fil de sa jurisprudence relative aux droits et libertés constitutionnels de *common law*, le juge adopte souvent la démarche qui consiste à enfermer le gouvernant et notamment le Parlement de Westminster dans un environnement libéral et démocratique qui le dépasserait. Le juge exerce la justice constitutionnelle en endossant le rôle d'énonciateur de la nature du régime politique et de l'ordre constitutionnel britanniques et participe ainsi à l'affirmation de la démocratie constitutionnelle britannique. Les juridictions endossent le rôle de gardien d'un régime politique duquel découle nécessairement la place centrale des citoyens : un régime libéral et démocratique.

152. Dans les pays dotés d'une constitution écrite et codifiée c'est souvent à un tel document que revient la mission d'affirmer la nature du régime politique. Ainsi, l'absence d'une telle constitution au Royaume-Uni doit figurer parmi les éléments qui expliquent l'importance du juge dans la définition du régime politique et de l'ordre constitutionnel britanniques. Cette absence permet au juge d'encadrer l'action du Parlement qui ne peut alors aller sciemment à l'encontre d'une tradition libérale et démocratique qui le dépasse, tradition qui est le fondement même de l'importance des citoyens dans la justice constitutionnelle. L'action du juge est ainsi un ingrédient qui est de nature à favoriser la place du peuple dans la justice constitutionnelle. En effet, la jurisprudence œuvre à la protection d'un régime qui, par sa nature même, emporte la reconnaissance de certains droits aux citoyens, droits qui seront autant de supports à leur intervention dans la justice constitutionnelle.

153. Dès le XVIII^{ème} siècle et la jurisprudence *Entick v. Carrington*, les juges utilisèrent le *common law* pour affirmer le caractère libéral du régime dans lequel les gouvernants étaient enfermés²²⁷. C'est dans cette jurisprudence que les juges mirent au point le

²²⁶ *Ibid.*, p. 201.

²²⁷ *Entick v. Carrington* [1765] KB J98.

« *principle of legality* » selon lequel le pouvoir exécutif ne pouvait engager une action – et restreindre la liberté individuelle- si elle n’était pas autorisée par la loi. La contrainte des gouvernants est le droit, les juges posent le principe du gouvernement du droit et non des Hommes, principe clé de l’État de droit et du *rule of law*.

154. Beaucoup plus récemment, dans l’arrêt *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* rendue par la Chambre des Lords en 1998, Lord Steyn interprétait la section 35(2) de la loi sur la justice criminelle de 1991 conformément au principe général selon lequel une peine ne peut pas être aggravée de manière rétroactive en affirmant que : « *Le Parlement ne légifère pas dans un vide. Il légifère pour une démocratie libérale et européenne fondée sur les principes et les traditions du common law* »²²⁸. C’est donc en se fondant sur ces exigences de démocratie et sur des exigences procédurales propres au *common law*, qui peuvent être considérées comme des « *principes* »²²⁹ dans le langage de Ronald Dworkin, que les juges interprètent le droit positif et qu’ils en ressortent des droits individuels. Ces derniers sont consacrés et protégés au regard de grands principes non écrits utilisés par les juges. Ces principes n’émergeraient pas totalement de la volonté des juges mais plutôt d’exigences de justice, de morale produites par l’histoire et l’ordre constitutionnels.

155. Dans l’affaire *Daly* en 2001 Lord Cooke rappelait, pour établir le droit pour un prisonnier de garder la confidentialité de sa correspondance avec son conseiller juridique, que « *certaines droits sont inhérents et fondamentaux à une société démocratique civilisée* »²³⁰. On retrouve le rappel par le juge de la nature démocratique du régime politique britannique dans les propos de Lord Steyn dans la jurisprudence *Turkington* rendue en 2000 par la Chambre des Lords : « *une majorité des Law Lords traitaient explicitement la liberté d’expression comme un droit primaire dans une démocratie, observant que sans lui l’efficacité du Rule of law est impossible* »²³¹.

156. En 2001, dans la jurisprudence *Alconbury* de la Chambre des Lords, Lord Hoffmann rappelait la nature du régime politique britannique en affirmant que « *dans un pays démocratique, les décisions relatives aux exigences de l’intérêt général sont prises par des organes démocratiquement élus ou des personnes responsables devant eux* » ou encore qu’il

²²⁸ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* [1998] AC 539.

²²⁹ DWORKIN Ronald. *Taking Rights Seriously*, London and New York, Bloomsbury, 1977, 444 p.; DWORKIN Ronald. *Law’s Empire*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, 470 p.

²³⁰ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 3.

²³¹ *Turkington and Others (Practising As McCartan Turkington Breen) v. Times Newspapers Limited (Northern Ireland)* [2000] AC 57.

n'existe « *pas de conflit entre les droits de l'Homme et le principe démocratique* »²³². Cette dernière phrase est la traduction même de la philosophie qui fonde la démocratie constitutionnelle.

157. Dans la décision, *A v Secretary of State for the Home Department* rendue en 2004 par la même juridiction, Lord Bingham of Cornhill procède également à un rappel de la nature du régime politique et de l'ordre constitutionnel britannique. Il opère ce rappel en énonçant la tradition universelle dans laquelle le Royaume-Uni s'insère. Il affirme, en effet, qu'il découle de l'acceptation universelle de l'État démocratique moderne, la nécessité de la fonction de juges indépendants pour appliquer et interpréter le droit²³³.

158. La décision *Jackson* rendue en 2005 par la Chambre des Lords témoigne également de cette tendance du juge à enfermer le pouvoir des représentants dans un environnement plus vaste qui le conditionne et le limite. Ici le juge a encadré le pouvoir du Parlement et la notion de suprématie du Parlement par l'exigence d'un pouvoir non tyrannique. Le juge, à travers les propos d'Owen Dixon, fait –dans un *obiter dictum*– de l'arbitraire du pouvoir une source d'invalidité du droit voté par le Parlement. Ces propos reviennent à considérer qu'il « *est de l'essence même de la suprématie du droit, que les tribunaux doivent ignorer comme non autorisés et annuler les actes de tout organe de gouvernement, législatif ou administratif, qui dépassent les limites du pouvoir que cet organe tire de la loi.* »²³⁴. Le juge utilise son pouvoir créateur pour rappeler que le législateur et le gouvernement agissent tous deux dans le cadre d'exigences qui le dépassent, les exigences du *rule of law*. Celles-ci se hisseraient au dessus de la suprématie du Parlement et des autres règles constitutionnelles. C'est ce que dit ici le juge quand il affirme que « *dans sa forme moderne, désormais renforcée par la Convention européenne des droits de l'homme et la promulgation par le Parlement de la loi*

²³² *R (Alconbury Developments Ltd) v. SS for Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, par. 69: “*In a democratic country, decisions as to what the general interest requires are made by democratically elected bodies or persons accountable to them.*”, par. 60 : “*There is no conflict between human rights and the democratic principle.*”.

²³³ *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 56, par. 42 : “*It is also of course true, as pointed out in para 29 above, that Parliament, the executive and the courts have different functions. But the function of independent judges charged to interpret and apply the law is universally recognised as a cardinal feature of the modern democratic state, a cornerstone of the rule of law itself.*”.

²³⁴ *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent)* [2005] UKHL 56, par. 107 : “*Owen Dixon, “The Law and Constitution” (1935) 51 LQR 590, 596 was making the same point when he said that it is of the essence of supremacy of the law that the courts shall disregard as unauthorised and void the acts of any organ of government, whether legislative or administrative, which exceed the limits of the power that organ derives from the law.*”.

sur les droits de l'homme de 1998, ce principe protège l'individu contre l'arbitraire des gouvernements. »²³⁵.

159. Dans la décision *Jackson* précitée ainsi que dans la décision *Axa General Insurance* rendue en 2011²³⁶ par la Cour suprême, les propos de Lord Hope témoignent bien de l'importance du *common law* comme réceptacle des principes fondateurs de la Constitution, principes qui sont ceux du *rule of law* et qui constituent un cadre dans lequel les gouvernants agissent. Dans ces deux jurisprudences Lord Hope affirme ainsi que le *rule of law* « est le facteur de contrôle ultime sur lequel repose notre constitution »²³⁷.

160. Dans l'affaire *Axa* de 2011, le juge fit également œuvre de *common law* pour rappeler la nature libérale et démocratique du régime dans lequel le Parlement s'intègre. Il affirmait que le *Scotland Act 1998* devait être interprété en fonction des valeurs qu'il représente. Dans cette perspective, le juge rappelle, comme dans la jurisprudence *Pierson*, que « le Parlement ne légifère pas dans le vide », qu'il légifère dans le cadre d'une « démocratie libérale fondée sur des principes et traditions constitutionnelles spécifiques »²³⁸.

161. Dans la décision *HS2* rendue par la Cour suprême en 2014, Lord Neuberger et Mance affirmaient « le *common law* lui-même reconnaît certains principes comme fondamentaux au *Rule of law* »²³⁹. Le *common law* est le dépositaire des principes fondateurs et fondamentaux pour l'organisation non arbitraire du pouvoir.

162. L'utilisation par le juge du *common law* pour rappeler aux gouvernants le régime libéral et démocratique dans lequel ils opèrent a même amené les juges à évoquer l'hypothèse de l'invalidation d'une loi qui ne respecterait pas la nature libérale et démocratique du régime politique. Une telle invalidation mènerait sans doute à une importante reconfiguration du rapport de force actuel entre les juges et le Parlement. Dans la décision *Moohan* rendue par la Cour suprême en 2014, Lord Hope évoquait dans un *dictum* la possibilité « que, dans le cas très improbable où une majorité parlementaire chercherait abusivement à ancrer son pouvoir

²³⁵ *Ibid.* : “In its modern form, now reinforced by the European Convention on Human Rights and the enactment by Parliament of the Human Rights Act 1998, this principle protects the individual from arbitrary government.”.

²³⁶ *AXA General Insurance Limited and others (Appellants) v. The Lord Advocate and others (Respondents) (Scotland)* [2011] UKSC 46.

²³⁷ *Ibid.*, par. 51 : “As I said in *Jackson*, para 107, the rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor on which our constitution is based.”.

²³⁸ *Ibid.*, par. 153 : “Parliament did not legislate in a vacuum: it legislated for a liberal democracy founded on particular constitutional principles and traditions.”.

²³⁹ *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v. The Secretary of State for Transport and another (Respondents)* [2014] UKSC 3, par. 207: “The common law itself recognizes certain principles as fundamental to the Rule of law”.

par une restriction de la franchise ou un dispositif similaire, le *common law*, fondée sur les principes de la démocratie et de l'État de droit et sur les normes internationales, pourrait déclarer une telle législation illégale. »²⁴⁰. Le *common law* est ici aussi vue comme l'outil de rappel des principes fondamentaux de démocratie et de libéralisme.

163. Le rappel par le juge de la nature du régime politique britannique est également flagrant dans la jurisprudence *Unison* rendue en 2017. Le juge a ainsi rappelé qu'au fondement du *rule of law* repose l'idée que la société est régie par le droit. Dans les deux phrases suivantes, il pose clairement le principe de la responsabilité constitutionnelle du Parlement en exposant le lien direct qui relie ce dernier au pays et ainsi au peuple²⁴¹.

164. Le rôle du *common law* dans la limitation du pouvoir des gouvernants par la définition d'un environnement libéral et démocratique qui les dépasse est également abordé par la doctrine. Trevor Allan, promoteur de la doctrine du constitutionnalisme de *common law* considère ainsi que la souveraineté du Parlement doit être comprise comme ne pouvant fonctionner que dans le cadre du *rule of law*. L'auteur propose une vision matérielle du *rule of law* caractérisée notamment par une « *division des pouvoirs ou fonctions gouvernementales qui empêche l'exercice d'un pouvoir étatique arbitraire* »²⁴², par une « *généralité du droit* » ou encore par un pouvoir judiciaire indépendant. Le *rule of law* trouve son expérience de *common law* qui dans la vision de l'auteur a pour rôle fondamental de définir la nature du régime politique et de l'ordre constitutionnel britannique. Allan précise que le *common law* renferme et exprime les « *principes fondamentaux de la gouvernance légitime* »²⁴³. Ces principes sont ceux auxquels l'exécutif doit se conformer. Ils sont ceux qui, selon l'auteur, régissent l'activité d'application et d'interprétation des lois²⁴⁴.

²⁴⁰ *Moohan and another (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 35 : "While the common law cannot extend the franchise beyond that provided by parliamentary legislation, I do not exclude the possibility that in the very unlikely event that a parliamentary majority abusively sought to entrench its power by a curtailment of the franchise or similar device, the common law, informed by principles of democracy and the rule of law and international norms, would be able to declare such legislation unlawful."

²⁴¹ *R (on the application of UNISON) (Appellant) v. Lord Chancellor (Respondent)* [2017] UKSC 51 par. 68: "At the heart of the concept of the rule of law is the idea that society is governed by law. Parliament exists primarily in order to make laws for society in this country. Democratic procedures exist primarily in order to ensure that the Parliament which makes those laws includes Members of Parliament who are chosen by the people of this country and are accountable to them."

²⁴² ALLAN T.R.S. *Constitutional Justice – A Liberal Theory of the Rule of law*, United States, Oxford University Press, 2001, 331 p., p. 31: "When the idea of the Rule of law is interpreted as a principle of constitutionalism, it assumes a division of governmental powers or functions that inhibits the exercise of arbitrary state power."

²⁴³ *Ibid.*, pp. 17-18 : « *The constitutional authority reserved to the superior courts ensured the supremacy of a consistent and coherent corpus of common law, binding on private citizen and public official alike : its content provided the fundamental principles of legitimate governance with which the executive must comply, (...).* ».

²⁴⁴ *Ibid.* p. 18: « (...) and which governed the interpretation and the application of statute."

165. Le *common law* permet au juge d'endosser le rôle de gardien de la nature libérale et démocratique du régime politique mais sa promotion du libéralisme ne s'arrête pas là. En effet, les juridictions contribuent également à définir les modalités de la séparation des pouvoirs.

B) Le juge et la séparation des pouvoirs

166. L'intervention du juge dans la définition et la régulation des rapports entre les pouvoirs publics se fait principalement par la résolution de conflits opposant le Parlement aux organes de la fonction exécutive (gouvernement, monarchie). C'est à l'occasion de litiges portant sur les domaines respectifs de la loi, de la prérogative et du *common law*, dont la décision *Miller I* de 2017 est un puissant exemple, que le juge est devenu un auteur et un protecteur de la séparation des pouvoirs. Les juridictions ont contribué²⁴⁵ à la détermination du « principe négatif »²⁴⁶ de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire à l'exigence selon laquelle les différentes fonctions –législative, judiciaire, exécutive- ne peuvent être réunies dans les mêmes mains. Dans les autres ordres juridiques la séparation des pouvoirs est souvent posée par le texte d'une constitution écrite et rigide²⁴⁷. Les juges ne se sont pas cantonnés à poser les règles de la séparation des pouvoirs, ils en ont aussi précisé les implications et cela dès le XVII^e siècle.

167. D'abord, c'est par la jurisprudence que le juge a, depuis plusieurs siècles, posé et réaffirmé les règles relatives à la distinction entre la fonction judiciaire d'une part et les fonctions législative, exécutive d'autre part (1). Ensuite, c'est par le biais du *common law* que le juge s'affirme en arbitre entre les organes exécutifs et législatifs (2). Dans les deux cas, l'action du juge sert là aussi le citoyen en ce qu'elle contribue à l'absence d'arbitraire du pouvoir, condition essentielle à l'expression du citoyen.

²⁴⁵ L'action du législateur a également été fondamentale pour l'affirmation de la séparation des pouvoirs. Le *Act of Settlement* de 1701 et le *Constitutional Reform Act* de 2005 en sont des illustrations.

²⁴⁶ TROPER Michel. *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1998, 251 p. ; EISENMANN Charles. « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », In *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, 546 p., pp. 165-192.

²⁴⁷ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

1) *Le juge de common law et les rapports entre juges et gouvernants*

168. Le rôle du juge dans l'affirmation de la séparation et différenciation de la « fonction de juger » et de la « fonction de légiférer » répond à deux objectifs : assurer une protection de la fonction judiciaire contre les empiètements législatifs et exécutifs d'une part (a), et procéder à une autolimitation de cette fonction en la distinguant soigneusement du processus législatif démocratique d'autre part (b). La jurisprudence est un rouage du fameux rapport de force entre les juges et le Parlement.

a) Le juge de common law, un protecteur du pouvoir judiciaire

169. La première affaire dans laquelle le juge se fait un garant de l'indépendance du juge face au gouvernant est le *Case of Prohibitions* de 1607²⁴⁸. Dans cette affaire, le juge proposait une solution qui prônait une séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, séparation qui sera reprise plus tard dans les *Bill of Rights* de 1689 et *Act of Settlement* de 1701. En l'espèce, le juge rappela que l'exercice de la justice ne dépendait pas de la « raison naturelle » des Hommes et du Roi mais de la « raison artificielle » qui s'acquiert par une longue étude et une longue observation du droit. Cette « raison artificielle » est celle qui peut être mise en place par un *common lawyer* donc par un juriste. Cette volonté de vouloir garantir une séparation entre les fonctions royale, législative d'une part et fonction judiciaire d'autre part, sera confirmée quelques années plus tard avec le *Case of Proclamations* 1611²⁴⁹. Dans cette affaire le juge rappelait que le Roi ne pouvait, en usant de ses *Proclamations* modifier le *common law*, le *statute law* ou les coutumes et qu'il ne pouvait créer non plus de nouvelles infractions²⁵⁰. Même si cette solution a été donnée pour une espèce précise, cette règle est encore aujourd'hui reconnue comme faisant partie du droit constitutionnel britannique²⁵¹.

170. Le juge protège également la fonction judiciaire et son importance dans la justice constitutionnelle quand il rappelle, au gré des jurisprudences évoquées dans la sous partie

²⁴⁸ *Prohibitions del Roy* [1607] 12 Co Rep 63; 77 ER 1342.

²⁴⁹ TOMKINS Adam. *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 231 p., p. 57; CRAIG Paul. « Pouvoir exécutif et pouvoir législatif au Royaume-Uni », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n°19, [en ligne], [consultée le 01/05/2021], <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/pouvoir-executif-et-pouvoir-legislatif-au-royaume-uni>.

²⁵⁰ *Case of Proclamations* [1611] 12 Co Rep 74, 77 ER 1352: "the king by his proclamations or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of the realm".

²⁵¹ TOMKINS Adam. *Public Law*, op. cit., p. 57.

sui generis –b)-, le fait que les missions d'interprétation des lois et de protection des droits lui reviennent logiquement, et cela de manière concurrente à l'action du législateur. Ainsi, les jurisprudences dans lesquelles le juge procède à une autolimitation de son pouvoir au profit du législateur, sont également souvent des décisions rappelant l'importance du juge pour la justice constitutionnelle, importance qui se révèle notamment dans la nécessité de l'intervention des juridictions pour la protection des droits des citoyens.

b) Le juge de common law et la limitation du pouvoir judiciaire

171. Le juge rappelle souvent son incapacité à contredire le droit édicté par le législateur et ainsi de se faire lui-même législateur. Cela ressort notamment de la jurisprudence *R v Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd* rendue par la Chambre des Lords en 1979. Dans cette décision, Lord Wilberforce insiste sur la nécessité pour les juges de respecter la législation et le processus démocratique. Il affirme que si « *les tribunaux peuvent porter un regard critique sur la législation qui porte atteinte aux droits des citoyens et doivent résoudre tout doute d'interprétation en leur faveur, il n'est pas de leur devoir, ni de leur pouvoir, de restreindre ou d'entraver le fonctionnement de la législation, même impopulaire ; le faire reviendrait à affaiblir le processus démocratique plutôt qu'à le faire progresser.* »²⁵².

172. Dans la jurisprudence *Nottinghamshire County Council* rendue par la Chambre des Lords en 1985, Lord Scarman rappelait la nécessité pour le juge de respecter les limites de son pouvoir : « *le contrôle juridictionnel est une grande arme entre les mains des juges : mais les juges doivent respecter les limites constitutionnelles fixées par notre système parlementaire sur l'exercice de ce pouvoir bienfaisant.* »²⁵³.

173. Dans la décision *Jackson* de 2005, Lord Bingham of Cornhill exerce aussi la justice constitutionnelle en rappelant les fonctions respectives du pouvoir judiciaire et du Parlement, en rappelant une composante de la séparation des pouvoirs. Il exerce la justice constitutionnelle en énonçant la règle –issue de l'article IX du *Bill of Rights*- selon laquelle les

²⁵² *R v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd* [1979] UKHL 5, par. 1: "Furthermore, while the courts may look critically at legislation which impairs the rights of citizens and should resolve any doubt in interpretation in their favour, it is no part of their duty, or power, to restrict or impede the working of legislation, even of unpopular legislation; to do so would be to weaken rather than to advance the democratic process."

²⁵³ *R v. Secretary of State for the Environment ex p. Nottinghamshire CC* [1985] UKHL 8: "Judicial review is a great weapon in the hands of the judges: but the judges must observe the constitutional limits set by our parliamentary system upon their exercise of this beneficent power."

juges s'interdisent de contrôler le processus par lequel une loi a été adoptée²⁵⁴, qui relève du Parlement et non des juridictions. Il affirme par la suite aussi, que « *l'interprétation correcte d'une loi est du ressort des tribunaux, et non du Parlement. Ce principe est aussi fondamental dans la constitution de ce pays que le principe selon lequel le Parlement a une connaissance (compétence) exclusive de ses propres affaires* »²⁵⁵.

174. Dans la décision *Miller* rendue par la Cour suprême en 2017, le juge joue également un rôle d'énonciation et de protection de la séparation des pouvoirs. Il le fait notamment quand il définit la fonction judiciaire. Le juge, après avoir rappelé que l'indépendance du pouvoir judiciaire prenait sa source dans des grandes lois votées entre 1688 et 1707 (*Bill of Rights* 1688, *Act of Settlement* 1701 pour l'Angleterre et le Pays de Galles, le *Claim of Rights* 1689 pour l'Écosse, etc...) fournit une définition de la fonction judiciaire. « *Au sens le plus large, le rôle du pouvoir judiciaire est de maintenir et de faire progresser l'État de droit ; plus particulièrement, les juges identifient et appliquent la loi de manière impartiale dans chaque cas devant les tribunaux* »²⁵⁶. Après avoir défini la fonction judiciaire, le juge énonce ses relations avec le législateur. « *La loi est faite dans ou sous des statuts, mais il y a des domaines où la loi a été longtemps établie et développée par les juges eux-mêmes : c'est le droit commun. Cependant, il n'est pas permis aux juges d'appliquer ou de développer la common law d'une manière qui soit incompatible avec le droit tel qu'il est établi dans ou par les lois, c'est-à-dire par les lois du Parlement.* »²⁵⁷.

175. Le juge exerce également la justice constitutionnelle dans la jurisprudence *Axa* de 2011 en fournissant des éléments de définition des fonctions judiciaire et législative. C'est ce que fait Lord Hope quand il affirme que si les juges, « *qui ne sont pas élus, sont les mieux*

²⁵⁴ *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent)* [2005] UKHL 56, par. 49 : « *At first sight a challenge in court to the validity of a statute seems to offend the fundamental constitutional principle that courts will not look behind an Act of Parliament and investigate the process by which it was enacted. Those are matters for Parliament, not the courts. It is for each House to judge the lawfulness of its own proceedings.* ».

²⁵⁵ *Ibid.*, par. 51 : « *The proper interpretation of a statute is a matter for the courts, not Parliament. This principle is as fundamental in this country's constitution as the principle that Parliament has exclusive cognisance (jurisdiction) over its own affairs.* ».

²⁵⁶ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review* [2017] UKSC 5, par. 42 : « *In the broadest sense, the role of the judiciary is to uphold and further the rule of law; more particularly, judges impartially identify and apply the law in every case brought before the courts.* ».

²⁵⁷ *Ibid.*; « *The law is made in or under statutes, but there are areas where the law has long been laid down and developed by judges themselves: that is the common law. However, it is not open to judges to apply or develop the common law in a way which is inconsistent with the law as laid down in or under statutes, ie by Acts of Parliament.* ».

placés pour protéger les droits des individus, y compris ceux qui sont ignorés ou méprisés par la majorité »²⁵⁸, les membres élus de la législature, eux, sont « les mieux placés pour juger de ce qui relève des meilleurs intérêts du pays dans son entier »²⁵⁹. Dans la décision *Moohan* rendue par la Cour suprême en 2014, le juge fait également application de la séparation des pouvoirs en affirmant que le *common law* ne peut « compléter ou outrepasser »²⁶⁰ des règles de nature législative. En l'espèce, le juge insistait sur le fait que les règles relatives au droit de vote ont été, dans l'histoire britannique, consacrées par le législateur et que, ce faisant, le juge ne pouvait se permettre d'y porter atteinte par le biais du *common law*.

176. Dans la jurisprudence *Unison* de la Cour suprême de 2017, Lord Reed joue également le rôle d'énonciateur de règles constitutionnelles relatives à la nature des fonctions exercées par le Parlement et le juge : « le Parlement existe principalement pour faire des lois pour la société dans ce pays »²⁶¹, et poursuit : « les tribunaux existent pour garantir que les lois faites par le Parlement, et le *common law* créé par les tribunaux eux-mêmes, sont appliqués et mis en œuvre. »²⁶².

177. Le rôle du juge dans l'énonciation de la séparation des fonctions de légiférer et celle de juger est également perceptible dans la décision *Investigatory Powers Tribunal and others* rendue en 2019 par la Cour suprême. Dans cette jurisprudence, Lord Carnwath rappelait les fonctions respectives des juridictions et du Parlement : « il appartient en dernier ressort aux tribunaux, et non au législateur, de déterminer les limites fixées par l'État de droit au pouvoir d'exclure le contrôle juridictionnel »²⁶³. Cette compétence reconnue aux juridictions est, selon Lord Carnwath, « une contrepartie essentielle au pouvoir du Parlement de faire des lois. »²⁶⁴. Le juge rappelait même en l'espèce que, « les rôles constitutionnels du Parlement, en tant que

²⁵⁸ *AXA General Insurance Limited and others (Appellants) v. The Lord Advocate and others (Respondents) (Scotland)* [2011] UKSC 46, par. 49 : “While the judges, who are not elected, are best placed to protect the rights of the individual, including those who are ignored or despised by the majority, (...)”.

²⁵⁹ *Ibid.* : « (...)the elected members of a legislature of this kind are best placed to judge what is in the country's best interests as a whole.”.

²⁶⁰ *Moohan and another (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 34: “It has thus been our constitutional history that for centuries the right to vote has been derived from statute. The UK Parliament through its legislation has controlled and controls the modalities of the expression of democracy. It is not appropriate for the courts to develop the common law in order to supplement or override the statutory rules which determine our democratic franchise.”.

²⁶¹ *R (on the application of UNISON) (Appellant) v. Lord Chancellor (Respondent)* [2017] UKSC 51, par. 68 : “Parliament exists primarily in order to make laws for society in this country.”.

²⁶² *Ibid.* : “Courts exist in order to ensure that the laws made by Parliament, and the common law created by the courts themselves, are applied and enforced.”.

²⁶³ *R (on the application of Privacy International) (Appellant) v. Investigatory Powers Tribunal and others (Respondents)* [2019] UKSC 22, par. 131: “(...)it is ultimately for the courts, not the legislature, to determine the limits set by the rule of law to the power to exclude review.”.

²⁶⁴ *Ibid.*, par. 132 : “This proposition should be seen as(...)an essential counterpart to the power of Parliament to make law.”.

créateur de la loi, et de la Haute Cour, et en dernier ressort des cours d'appel, en tant que gardiens et interprètes de cette loi, sont ainsi respectés. »²⁶⁵.

178. Le rôle du juge dans la protection de la séparation des pouvoirs est également criant dans la décision *Miller II* rendue en 2019 par la Cour suprême. Dans un premier temps, le juge devait, dans cette affaire, déterminer si la problématique de la prorogation du Parlement était « *justiciable* », si elle relevait de sa compétence. Le juge répondit par l'affirmative en assurant qu'il ne violait pas la séparation des pouvoirs. Cette réponse implique indéniablement que le juge ait confronté le principe de son intervention à celui de la séparation des pouvoirs, qu'il ait exercé la justice constitutionnelle.

179. C'est en partant de l'impossibilité pour les juges de se faire législateurs, que ces premiers ont depuis longtemps élaboré la théorie de la déférence, selon laquelle les juges devaient s'incliner devant les décisions des représentants pour des thèmes qui, selon eux, ne relèvent pas de la compétence judiciaire. Le juge posait ainsi le principe d'un contrôle moins exigeant de la part des juges dans les cas soulevant des *problématiques « dépendant essentiellement du jugement politique »*²⁶⁶. Est rattachée à l'idée de déférence, celle de « *responsabilité parlementaire* » qui, comme le rappelle Lady Hale dans l'affaire *Miller II*, repose sur le lien entre l'autolimitation des juges et la séparation constitutionnelle des pouvoirs²⁶⁷. Un domaine sensible, dans lequel la déférence est souvent appliquée par les juges, est celui de la sécurité nationale. Le principe selon lequel ce thème relève de la compétence des représentants et non des juridictions est maintenant assez ancien, en témoigne la jurisprudence *Liversidge* rendue par la Chambre des Lords en 1941²⁶⁸. Dans la décision *GCHQ* de la Chambre

²⁶⁵ *Ibid.* : “The constitutional roles both of Parliament, as the maker of the law, and of the High Court, and ultimately of the appellate courts, as the guardians and interpreters of that law, are thus respected.”.

²⁶⁶ *R. v. Secretary of State for the Environment, ex p. Nottinghamshire CC* [1985] UKHL 8.

²⁶⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 47 : “The principle of Parliamentary accountability has been invoked time and again throughout the development of our constitutional and administrative law, as a justification for judicial restraint as part of a constitutional separation of powers, (...).”.

²⁶⁸ *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206: “To my mind this is so clearly a matter for executive discretion and nothing else that I cannot myself believe that those responsible for the Order in Council could have contemplated for a moment the possibility of the action of the Secretary of State being subject to the discussion, criticism and control of a judge in a court of law. If, then, in the present case the second requisite, as to the grounds on which the Secretary of State can make his order for detention, is left to his sole discretion without appeal to a court, it necessarily follows that the same is true as to all the facts which he must have reasonable cause to believe.”.

des Lords de 1984, Lord Roskill affirmait que certains domaines de la prérogative ne pouvaient faire l'objet d'un contrôle par les juges, parmi lesquels la *defence of the realm*²⁶⁹.

180. Le XX^{ème} siècle a été marqué par un approfondissement du contrôle de la prérogative par le juge. Ainsi, jusque dans les années 1980, le juge se refusait de contrôler la manière dont la prérogative était exercée, se contentait d'examiner s'il y avait bien pouvoir de la prérogative et quelle était son étendue. Sa démarche était restreinte, le juge ne se permettait pas de questionner la manière dont la prérogative avait été exercée. Dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service* de 1984²⁷⁰, la Chambre des Lords changea la donne et déploya par là même le rôle constitutionnel des juges, en affirmant que l'exercice des prérogatives par la Couronne étaient aussi susceptibles d'une action en *judicial review*²⁷¹. Dans l'arrêt *Bancoult (N°2)* rendue par la Cour d'appel pour l'Angleterre et le Pays de Galles en 2007, le juge admit que certains actes pris en exercice de la prérogative pouvaient être soumis à la procédure du *judicial review*²⁷². Il s'agissait ici « d'ordres en Conseil »²⁷³.

181. Si le juge a utilisé le *common law* pour aborder et régler la question des rapports entre les représentants et les juges, il en a également fait usage pour se pencher sur la problématique des rapports entre les représentants titulaires du pouvoir exécutif et ceux exerçant le pouvoir législatif.

²⁶⁹ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9: “But I do not think that that right of challenge can be unqualified. It must, I think, depend upon the subject matter of the prerogative power which is exercised. Many examples were given during the argument of prerogative powers which as at present advised I do not think could properly be made the subject of judicial review. Prerogative powers such as those relating to the making of treaties, the defence of the realm, the prerogative of mercy, the grant of honours, the dissolution of Parliament and the appointment of ministers as well as others are not, I think susceptible to judicial review because their nature and subject matter are such as not to be amenable to the judicial process.”.

²⁷⁰ *Council of Civil Service Unions v. Minister for Civil Service* [1984] UKHL 9.

²⁷¹ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 104.

²⁷² *R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2)* [2007] EWCA Civ. 498.

²⁷³ “Orders in Council – Glossary Page”, *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 01 décembre 2016], <http://www.parliament.uk/site-information/glossary/orders-in-council/>: Les Ordres en Conseil sont « utilisés quand l'utilisation d'autres instruments à caractère législatif est considérée comme inappropriée. (...) Ils sont émis par et sur conseil du Conseil Privé de sa Majesté et sont approuvés en personne par le monarque. Les Ordres en Conseil ont ainsi été utilisés pour le transfert de pouvoirs opéré par les ministres du Gouvernement du Royaume-Uni vers les gouvernements des entités dévolues ».

2) *Le juge de common law et les rapports entre exécutif et législatif*

182. Le juge utilise le *common law* pour rappeler les règles de fonctionnement interne des organes exécutifs et législatifs (a), mais aussi pour poser les règles qui doivent gouverner leurs relations (b). A ce double titre, le juge exerce la justice constitutionnelle.

a) Le common law, voie d'énonciation des règles relatives au fonctionnement interne des pouvoirs

183. Le juge utilise le *common law* pour poser et rappeler les règles de fonctionnement et d'organisation des institutions gouvernantes. Il exerce, à ce titre, la justice constitutionnelle.

184. Le juge a ainsi utilisé le *common law* pour définir les règles de fonctionnement du pouvoir politique des représentants quand il a élaboré la *Carltona doctrine*. Cette « doctrine » concerne les modalités d'exercice des pouvoirs conférés à un ministre. Elle a été posée par le juge dans la décision *Carltona Ltd v Comrs of Works* rendue en 1943 par la Cour d'appel²⁷⁴.

185. Les propos de Lord Greene posent bien les contours de cette doctrine : « *dans l'administration du gouvernement de ce pays, les fonctions qui sont confiées aux ministres (et constitutionnellement correctement données aux ministres parce qu'ils sont constitutionnellement responsables) sont des fonctions si diverses qu'aucun ministre ne pourrait jamais les assumer toutes.* »²⁷⁵. Le juge en déduisait que « *les obligations imposées aux ministres et les pouvoirs conférés aux ministres sont normalement exercés sous l'autorité du des ministres par des fonctionnaires responsables du ministère.* »²⁷⁶. Lord Greene conclut que les fonctions publiques « *ne pourraient être mises en œuvre si ce n'était pas le cas* ». Comme l'affirme Paul Daly sur son blog, « *Carltona signifie qu'un fonctionnaire d'un ministère*

²⁷⁴ *Carltona Ltd v. Commissioners of Works* [1943] 2 All ER 560.

²⁷⁵ *Ibid.*, : “*In the administration of government in this country the functions which are given to ministers (and constitutionally properly given to ministers because they are constitutionally responsible) are functions so multifarious that no minister could ever personally attend to them.*”

²⁷⁶ *Ibid.*, : “*The duties imposed upon ministers and the powers given to ministers are normally exercised under the authority of ministers by responsible officials of the department.*”

sera traité comme l'alter ego du ministre responsable. »²⁷⁷. Par conséquent, « *en droit, les décisions des fonctionnaires sont des décisions du ministre.* »²⁷⁸.

186. Dans la décision *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Oladehinde* rendue en 1989 par la Chambre des Lords, les juges abordèrent également la *Carltona doctrine*²⁷⁹. Lord Griffiths rappela ainsi cette doctrine mais aussi ses limites. Le principe de cette doctrine est que « *lorsque qu'une loi impose une obligation à un ministre elle peut généralement être exercée par un membre de son département dont il accepte la responsabilité* »²⁸⁰. La *Carltona doctrine* trouve néanmoins une limite si une loi votée par le Parlement en décide ainsi. Comme l'affirme Lord Greene, « *le Parlement peut bien sûr limiter le pouvoir du ministre de déléguer la décision et l'obliger à l'exercer en personne* »²⁸¹.

187. En 2020, la Cour suprême a mis en œuvre cette limite à la *Carltona doctrine*. Dans la jurisprudence *R v. Adams*, « *la question était de savoir si le pouvoir de détenir indéfiniment des terroristes présumés pouvait légalement être exercé par un ministre de second rang plutôt que par le secrétaire d'État lui-même.* »²⁸². En l'espèce, Gerry Adams, membre dirigeant de l'armée républicaine irlandaise, avait été emprisonné en vertu d'une ordonnance de détention provisoire (ICO) dans le cadre de la politique d'internement du gouvernement britannique, en vertu de laquelle les individus soupçonnés d'être impliqués dans le terrorisme étaient détenus indéfiniment. Gerry Adams contestait la légalité de sa condamnation et de sa détention en estimant que, « *le secrétaire d'État n'avait pas personnellement examiné si l'appelant était impliqué dans le terrorisme* »²⁸³. La Cour suprême lui donna raison et affirma que le pouvoir en question –le pouvoir conféré par l'article 4 du *Detention of Terrorists (Northern Ireland) Order 1972*- devait, en effet, être exercé par le ministre personnellement. Par conséquent, la Cour suprême considéra que l'établissement de l'ordonnance de détention provisoire (ICO) était invalide, sa détention et ses condamnations ultérieures illégales. Dans cette jurisprudence, Lord Kerr affirmait que la question de l'application ou non de la « *Carltona*

²⁷⁷ DALY Paul. "Escape from Carltona? R v Adams [2020] UKSC 19 Paul Daly May 14, 2020", *Administrative Law Matters*, 2020, [en ligne], [consultée le 07/11/2020], <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/14/escape-from-carltona-r-v-adams-2020-uksc-19/>.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Oladehinde* [1989] UKHL 3.

²⁸⁰ *Ibid.*; "It is well recognised that when a statute places a duty on a minister it may generally be exercised by a member of his department for whom he accepts responsibility: this is the Carltona principle."

²⁸¹ *Ibid.*; "Parliament can of course limit the minister's power to devolve or delegate the decision and require him to exercise it in person."

²⁸² DALY Paul. "Escape from Carltona? R v Adams [2020] UKSC 19 Paul Daly May 14, 2020", *op. cit.*

²⁸³ *R v. Adams (Appellant) (Northern Ireland)* [2020] UKSC 19.

doctrine » dépendait de l'analyse de trois éléments : « *le cadre de la législation, le libellé des dispositions pertinentes de la législation et 'l'importance du sujet'* »²⁸⁴.

188. De manière générale, le juge exerce la justice constitutionnelle quand il rappelle les modalités de fonctionnement d'institutions ou de procédures. C'est ce que fait le juge dans l'affaire *Miller II*, quand il détaille les règles relatives à la prorogation du Parlement. Il est, ici aussi, une voie d'énonciation de règles constitutionnelles relatives au fonctionnement, au déroulement du pouvoir. Les paragraphes 2 à 6 de la décision sont ainsi dédiés au rappel par le juge de l'organisation des sessions parlementaires, de l'organe compétent pour décider de la prorogation, de la différence entre prorogation et dissolution, de l'évolution de la dissolution depuis le *Fixed-Term Parliament Act 2011* et enfin de la distinction entre la prorogation et l'ajournement de la Chambre.

b) Le common law, voie d'énonciation des règles relatives au rapport entre législatif et exécutif, entre lois primaires et secondaires

189. Le juge de *common law* occupe depuis le XVII^{ème} siècle un rôle tout à fait primordial en posant les règles fondamentales quant à l'exercice de la prérogative, ses implications et surtout ses rapports avec le Parlement et les juridictions. De ce point de vue, le juge a exercé, selon Paul Craig²⁸⁵, un rôle de régulateur des pouvoirs publics et participé à la définition des rapports entre organes exécutifs et législatifs. Les juges se sont ainsi simultanément affirmés en protecteurs et auteurs de la séparation des pouvoirs, ce qui est une mission commune à tout juge constitutionnel.

190. Le juge a commencé à dessiner les contours de la prérogative avec l'affaire *Proclamations* de 1611, affaire très célèbre et souvent rappelée par la jurisprudence.

191. De manière générale, le juge considère dès le début du XX^{ème} siècle que si un pouvoir est prévu par une loi et la prérogative, c'est en vertu de la loi et non en vertu de la prérogative que le pouvoir sera exercé. Cela a été consacré dans l'affaire *Attorney General v.*

²⁸⁴ *Ibid.*, par. 26 : “*In this way, whether the Carltona principle should be considered to arise in a particular case depends on an open-ended examination of the factors identified by Coghlin LJ in McCafferty, namely, the framework of the legislation, the language of pertinent provisions in the legislation and the “importance of the subject matter”, in other words, the gravity of the consequences flowing from the exercise of the power, rather than the application of a presumption.*”

²⁸⁵ CRAIG Paul. « Pouvoir exécutif et pouvoir législatif au Royaume-Uni », *op. cit.*

De Keyser's Royal Hotel Ltd devant la Chambre des Lords en 1920²⁸⁶. De même dans l'affaire *Fire Brigade Unions* devant la Chambre des Lords en 1995²⁸⁷, il a été établi que le gouvernement ne pouvait pas se fonder sur la prérogative pour réglementer un domaine –ici un projet de compensation pour les victimes d'actes criminels- qui était déjà encadré par une loi votée au Parlement. Là aussi, le juge de *common law* a joué un rôle certain dans l'élaboration progressive des limites à la prérogative royale et dans ses relations avec le *statute law*.

192. Ces jurisprudences bien qu'anciennes sont fondamentales et offrent des solutions interprétatives de l'ordre constitutionnel britannique qui sont toujours utilisées aujourd'hui par les juges. C'est le cas de la jurisprudence *Proclamations* qui a tenu une place importante dans la solution apportée par les trois juges de la *High Court* dans l'affaire *Miller v. Secretary of State* rendue en novembre 2016²⁸⁸, relative à la notification à opérer dans le cadre du Brexit en vertu de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne (TUE). La question posée en l'espèce était celle de savoir si, pour qu'il y ait notification dans le cadre de l'article 50 du TUE, la mise en œuvre de la prérogative royale suffisait ou si une loi devait être adoptée au Parlement. Les arguments des partisans de la seconde solution avançaient entre autre que la prérogative avait été écartée par l'adoption de la loi sur les Communautés Européennes de 1972. Dans la décision rendue par la *High Court* le 3 novembre 2016, les juges ont rappelé que la souveraineté du Parlement implique, depuis l'affaire *Proclamations*, que « *le gouvernement ne peut, par le biais de l'exercice de la prérogative, modifier ou altérer une loi adoptée par le Parlement* »²⁸⁹. Le juge a donc confirmé son rôle dans l'énonciation de la séparation des pouvoirs. Ces principes sont essentiels selon les juges et c'est à leur lumière que doit s'apprécier la possibilité pour le gouvernement de notifier dans le cadre de l'article 50 du TUE. Les juges en déduisent qu'un tel exercice de la prérogative reviendrait à remettre en cause le droit interne. En effet, selon les juges, opérer la notification dans le cadre de l'article 50 du TUE par le biais de la prérogative aurait pour conséquence la remise en cause de l'*European Community Act (ECA) 1972*²⁹⁰, loi votée par le Parlement, qui permet l'application dans le droit interne de toute une série de droits²⁹¹ provenant du droit de l'Union. Le juge va donc aller dans

²⁸⁶ *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508.

²⁸⁷ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Fire Brigade Unions* [1995] UKHL 3.

²⁸⁸ *Miller v. The Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin).

²⁸⁹ *Ibid.*, par. 25 : "An important aspect of the fundamental principle of Parliamentary sovereignty is that primary legislation is not subject to displacement by the Crown through the exercise of its prerogative powers."

²⁹⁰ *Ibid.*, par. 51 : "It is common ground that if the United Kingdom withdraws from the Treaties pursuant to a notice given under Article 50 of the TEU, there will no longer be any enforceable EU rights in relation to which this provision will have any application. Section 2(1) would be stripped of any practical effect."

²⁹¹ *Ibid.*, par. 58-61.

le sens du requérant en affirmant que la mise en place de la notification par l'exercice de la prérogative aurait pour conséquence de remettre en cause des droits qui font partie désormais du droit interne par le biais du *ECA* 1972²⁹². Le juge confirme la solution traditionnelle relative à l'exercice de la prérogative et donne le dernier mot au Parlement qui devra, par le biais d'une loi, donner la notification exigée dans le cadre de l'article 50 du TUE. L'approche de la *High Court* sera confirmée par la Cour suprême dans la jurisprudence *Miller* de 2017²⁹³. Cette dernière va rappeler également la règle selon laquelle le gouvernement ne peut, en faisant usage de la prérogative, remettre en cause une loi votée par le Parlement et les droits qu'elle confère.

193. Le juge est également un auteur et un gardien de la séparation des pouvoirs quand il identifie et applique la notion de responsabilité gouvernementale. Il joue un rôle dans la mise en application des éléments constitutifs du régime parlementaire britannique.

194. Dans l'arrêt *Miller* rendu en 2017 par la Cour suprême, Lord Carnwath rappelait ainsi que la « *responsabilité parlementaire* » était un principe fondamental de la Constitution britannique²⁹⁴. Il continuait en précisant que « *l'Exécutif est responsable devant le Parlement de son exercice de la prérogative* »²⁹⁵ et de son action internationale.

195. Dans la décision *Miller II* de 2019, le juge considéra que la prorogation envisagée par le gouvernement était contraire au principe de « *responsabilité parlementaire* ». Lady Hale définit ce principe en empruntant les mots de Lord Bingham dans l'affaire *Bobb v. Manning* rendue en 2006 par le *Privy Council*²⁹⁶ : « *la conduite du gouvernement par un Premier ministre et un Cabinet collectivement responsables et redevables devant le Parlement est au cœur de la démocratie de Westminster* »²⁹⁷. Dans l'affaire *Miller II* le juge précise le contenu et les implications du principe de « *responsabilité parlementaire* ». Il précise que « *les ministres sont responsables devant le Parlement par le biais de mécanismes tels que le devoir*

²⁹² *Ibid.*, par. 64 : “*The objection remains that the Crown, through exercise of its prerogative powers, would have deprived domestic law rights created by the ECA 1972 of effect.*”.

²⁹³ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review* [2017] UKSC 5, par. 101 : “*Accordingly, we consider that, in light of the terms and effect of the 1972 Act, and subject to considering the effect of subsequent legislation and events, the prerogative could not be invoked by ministers to justify giving Notice: ministers require the authority of primary legislation before they can take that course.*”.

²⁹⁴ *Ibid.*, par. 249 : “*No less fundamental to our constitution is the principle of Parliamentary accountability.*”.

²⁹⁵ *Ibid.*, : “*The Executive is accountable to Parliament for its exercise of the prerogative, including its actions in international law. That account is made through ordinary Parliamentary procedures.* ».

²⁹⁶ *Bobb v. Manning* [2006] UKPC 22.

²⁹⁷ *Ibid.*, par. 13 : “*the conduct of government by a Prime Minister and Cabinet collectively responsible and accountable to Parliament lies at the heart of Westminster democracy*”.

de répondre aux questions parlementaires et de comparaître devant les commissions parlementaires, et par le biais d'un examen parlementaire de la législation déléguée que les ministres font. »²⁹⁸. Il continue en affirmant que « par ces moyens, les politiques de l'exécutif sont soumises à l'examen des représentants de l'électorat, l'exécutif est tenu de rendre compte, d'expliquer et de défendre ses actions, et les citoyens sont protégés contre l'exercice arbitraire du pouvoir exécutif. »²⁹⁹. Le juge énonce le principe de séparation des pouvoirs tel qu'il est entendu dans un régime parlementaire et par la-même rappelle le principe bien plus large de responsabilité constitutionnelle de l'exécutif.

196. Le juge exerce enfin la justice constitutionnelle quand il utilise le *common law* pour définir et interpréter le processus de la dévolution – qui sera étudiée en profondeur dans le titre suivant-. La dévolution est un processus de répartition des pouvoirs législatifs et exécutifs de Westminster d'une part, et ceux du Pays de Galles, d'Écosse et d'Irlande du Nord, d'autre part. La dévolution est donc une question de séparation des pouvoirs, cela sera d'ailleurs étudié bien plus amplement dans le premier chapitre du deuxième titre.

197. Si les juridictions exercent la justice constitutionnelle en interprétant et en appliquant dans leurs décisions les règles et principes constitutionnels relatifs à l'encadrement du pouvoir politique des représentants, elles participent également à cette même justice quand elles interprètent et appliquent le principe de souveraineté du Parlement.

II) Le juge, gardien du principe de souveraineté du Parlement

198. Le juge a une place essentielle dans la justice constitutionnelle en ce qu'il est un gardien et un interprète majeur d'un principe fondamental, celui de la souveraineté parlementaire³⁰⁰. C'est grâce à l'action des juges que la souveraineté du Parlement trouve son

²⁹⁸ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 46 : “Ministers are accountable to Parliament through such mechanisms as their duty to answer Parliamentary questions and to appear before Parliamentary committees, and through Parliamentary scrutiny of the delegated legislation which ministers make.”.

²⁹⁹ *Ibid.* : “By these means, the policies of the executive are subjected to consideration by the representatives of the electorate, the executive is required to report, explain and defend its actions, and citizens are protected from the arbitrary exercise of executive power.”.

³⁰⁰ GIRARD Charlotte. « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n°22, [en ligne], [consultée le 25 novembre 2013], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-du-juge-constitutionnel-britannique.50735.html>.

expression juridique. La consécration du principe de souveraineté parlementaire par les juges est donc ancienne (A). Récemment et pendant les dernières décennies, les juridictions ont également été particulièrement actives en la matière (B).

A) La consécration ancienne de la souveraineté du Parlement

199. Depuis le XVII^{ème} siècle le juge par le biais du *common law* exerce la justice constitutionnelle en définissant ce qui constitue une loi valide (1). Cette jurisprudence a néanmoins une portée limitée en ce qu'elle laisse au juge une emprise minimale sur cet aspect de la justice constitutionnelle que représente le contrôle des procédures parlementaires (2).

1) La définition de la « loi valide » par le common law

200. Comme le note Denis Baranger³⁰¹, la suprématie du Parlement découle de la reconnaissance par le juge que constitue du droit, tout acte voté par le Parlement c'est-à-dire recevant le consentement des Communes, des Lords et de la Reine. L'expression juridique de la souveraineté du Parlement consiste en une obéissance juridictionnelle aux actes qui revêtent la forme d'actes du Parlement, c'est-à-dire qui font l'objet des consentements requis (Chambre des Communes, Chambre des Lords, monarque).

201. Les juges exercent la justice constitutionnelle en déterminant et en rappelant les critères de validité d'une loi depuis le XVII^{ème} siècle. C'est le cas d'abord dans le *Prince's case* entendu en 1606 entendu par la *High Court*³⁰² dans lequel le juge Edward Coke posait déjà la règle générale édictant qu'un acte du Parlement doit recevoir nécessairement l'accord des Communes, des Lords et du Roi. A contrario, il notait qu'un document qui ne réunirait le consentement que de deux organes ne pourrait être qualifié d'acte du Parlement.

202. Le XIX^{ème} siècle sera une étape majeure dans la définition et l'application de la souveraineté du Parlement. En effet, la jurisprudence du XIX^{ème} siècle est fondamentale, elle est considérée comme étant le berceau du concept moderne, juridique de « *souveraineté du*

³⁰¹ BARANGER Denis. « Angleterre (culture juridique) », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 52-59.

³⁰² *The Prince's case* [1606] EWHC Ch J6. Voir aussi. SWINTON Katherine. "Challenging the validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege", *Osgoode Law Journal*, 1976, vol. 14, n°2, pp. 345-405.

Parlement ». C'est en énonçant la règle selon laquelle est du droit valide, « toute loi qui est adoptée par le monarque en son Parlement » que les juges auraient consacré la règle juridique de suprématie du Parlement au XIX^{ème} siècle.

203. Dans l'affaire *Stockdale v. Hansard* rendu par le *Queens' Bench* en 1839, Lord Denman C.J affirma : « La suprématie du Parlement (signifie) que (ce) pouvoir souverain peut faire et défaire les lois ; mais le concours des trois estates législatifs est nécessaire. La résolution de l'un d'eux ne peut pas modifier le droit, ou placer quiconque hors de son autorité »³⁰³. Ici, le juge adopte la suprématie du Parlement mais rappelle aussi ses implications juridiques : l'exigence de la réunion des trois consentements et la possibilité pour le juge d'invalider un document qui ne remplirait pas cette règle.

204. Dans l'affaire *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. V. Wauchope* rendue par la Chambre des Lords en 1842³⁰⁴, Lord Campbell précisa la marge d'action du juge dans le cadre de la suprématie du Parlement. Lord Campbell affirma ainsi que « tout ce que peut faire une juridiction est de considérer les parliamentary rolls : s'il résulte de cela qu'un projet de loi a été adopté par les deux chambres et a reçu le consentement royal »³⁰⁵ il sera impossible de remettre en cause sa validité. Néanmoins cette formule ne représentait qu'un *obiter dictum*, abandonné avant le passage de l'affaire devant la Chambre des Lords³⁰⁶. Le Parlement devant s'exprimer selon des règles de formes « de base », le juge a donc pour fonction de vérifier leur respect et ce faisant exerce la justice constitutionnelle.

205. L'affaire *Lee v. Bude and Torrington Junction Railway co.*³⁰⁷ de 1871 est considérée comme consacrant l'acception moderne de souveraineté du Parlement. Dans cette affaire, le juge *Willes* décrivit les juges comme étant les « serviteurs » de la Reine et de la législature. Il en conclut que « si un Act du Parlement a été obtenu de manière impropre, c'est à la législature de le corriger en l'abrogeant : mais aussi longtemps qu'il existe comme faisant partie du droit, les juges doivent lui obéir »³⁰⁸. Bien plus récemment, la jurisprudence *Pickin*

³⁰³ *Stockdale v. Hansard* [1839] EWHC QB J21: "All that a Court of Justice can do is to look to the Parliamentary roll: if from that it should appear that a bill has passed both Houses and received the Royal assent, no Court of Justice can inquire into the mode in which it was introduced into Parliament, nor into what was done previous to its introduction, or what passed in Parliament during its progress in its various stages through any Court in Scotland, but that due effect will be given to every Act of Parliament, private as well as public, upon what appears to be the proper construction of its existing provisions."

³⁰⁴ *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope* [1842] UKHL J12.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 2008, 315 p., p. 154.

³⁰⁷ *Lee v. Bude and Torrington Junction Railway Co.* [1871] LR 6 CP 576.

³⁰⁸ *Ibid.*: "If an Act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it: but, so long as it exists as law. The Courts are bound to obey it."

v. *British Railways Board*³⁰⁹ du Comité d'appel de la Chambre des Lords en 1974 confirme la jurisprudence précitée de 1842 et les propos de Lord Campbell. Lord Reid précise ainsi que si, à l'époque, les propos de Lord Campbell étaient un *obiter dictum*, ils étaient aujourd'hui considérés comme la traduction exacte de l'ordre constitutionnel³¹⁰. Dans l'arrêt *Barclay* de 2014, la Cour suprême rappela que « *la Reine au Parlement est souveraine et ses procédures ne peuvent être remises en cause devant les tribunaux du Royaume-Uni* »³¹¹.

206. Ces jurisprudences montrent que le Parlement est nécessairement défini par des procédures qui lui préexistent et qu'un *Act of Parliament* ne peut être le résultat que de ces procédures requises, dont les juges sont des garants sans en être les auteurs. « *Le Parlement est omniscient (...)* mais il n'est pas omnipotent »³¹². Ces décisions montrent que cette suprématie est « *définie et limitée par le droit* »³¹³ et fait écho aux propos de William Wade qui identifiait dans tout système juridique existe nécessairement « *une ou des règles basiques permettant d'identifier ce qu'est une législation valide* »³¹⁴. Pour Alison Young, la détermination des critères de ce qui constitue une loi valide est un préalable nécessaire à la reconnaissance d'une souveraineté parlementaire. Affirmer que le Parlement est souverain nécessite au préalable d'identifier le Parlement en tant qu'institution³¹⁵.

207. Ces jurisprudences et la limitation du Parlement par des procédures résonnent dans une certaine mesure (car elles ne les mettent pas pour autant en application) avec les propos

³⁰⁹ *Pickin v. British Railways Board* [1974] UKHL 1.

³¹⁰ *Ibid.*: “No doubt this was obiter but so far as I am aware no one since 1842 has doubted that it is a correct statement of the constitutional position.”.

³¹¹ *R (on the application of Sir David Barclay and another) (Respondents) v. Secretary of State for Justice and the Lord Chancellor and others (Appellants) and The Attorney General of Jersey and The States of Guernsey (Intervenors)* [2014] UKSC 54, par. 48 : “the Queen in Parliament is sovereign and its procedures cannot be questioned in the courts of the United Kingdom.”.

³¹² BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 160.

³¹³ ELEFTherIADIS Pavlos. « Parliamentary Sovereignty and the Constitution », *Legal Research Paper Series*, 2009, n° 45, pp. 1-42.

³¹⁴ WADE H. W. R. *Constitutional Fundamentals*, London, Stevens and sons, 1980, 83 p., p.26: “This was merely one way of expressing two obvious facts. The first is that in every legal system there must be a basic rule or rules for identifying a valid piece of legislation”.

³¹⁵ YOUNG Alison L. “Sovereignty: Demise, afterlife, or partial resurrection?” *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp. 163-171, p. 167: “For Parliament to be sovereign, we need to be able to recognize a particular institution as Parliament and also need to be able to determine which of its activities amount to the enactment of statutes. In a similar manner, the rule of recognition binds both the House of Commons and the courts in recognizing that a resolution of the House of Commons is not a legally enforceable statute”.

de R.F.V Heuston³¹⁶, Geoffrey Marshall³¹⁷, R.T.E Latham³¹⁸ ou encore Ivor Jennings³¹⁹. Ces auteurs s’opposaient en effet à la vision traditionnelle de la souveraineté du Parlement héritée de Blackstone, Dicey et endossée par Wade³²⁰, et proposaient une *new view*. Heuston rappelait en effet que la « *souveraineté est un concept juridique* » et que les « *règles qui permettent d’identifier le souverain et qui prescrivent sa composition et ses fonctions lui préexistent nécessairement* »³²¹, qu’il existe une distinction entre les règles relatives à la composition et à la procédure, d’un côté et celles qui sont relatives au domaine d’intervention du souverain, de l’autre³²². Il en déduit que les juges devraient avoir la possibilité de contrôler le respect des règles relatives à la composition et à la procédure mais pas au domaine d’intervention du souverain³²³. Certains auteurs, comme R. Elliot, ont essayé de se départir de ces deux visions (celle de Dicey, et celle de la *new view*). Cet auteur considérait que le juge était en mesure d’imposer au Parlement une procédure prescrite par un Parlement antérieur si cette procédure reflétait selon lui les valeurs présentes dans la société³²⁴.

208. La jurisprudence étudiée précédemment présente ainsi d’indéniables différences avec la *new view*, en ce que les limites procédurales entérinées par les juges ne proviennent pas d’un Parlement antérieur identifiable mais plus d’un fait social³²⁵ qui s’est imposé avec l’histoire (d’une règle de reconnaissance) selon lequel une loi est le produit de ces trois consentements. L’exigence de ces trois consentements est alors le fait de la tradition, de l’histoire et s’impose tant aux membres de la Chambre des Communes qu’aux juges.

³¹⁶ HEUSTON R.F.V. *Essays in Constitutional Law*, India, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd, 2nd edition, 2011, 204 p.

³¹⁷ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Theory*, United States, Oxford University Press, 1981, 248 p.

³¹⁸ LATHAM R. T. E. *The Law and the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1949, 120 p.

³¹⁹ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, London, University of London Press Ltd, 5th edition, 1959, 354 p.; MESLIN Antoine. “L’œuvre d’Ivor Jennings, publiciste anglais du XX^{ème} siècle”, *Jus Politicum* – n° 7 le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? [En ligne], [consultée le 29 novembre 2016], <http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-d-Ivor-Jennings-publiciste-anglais-du-XXe-siecle-519.html>.

³²⁰ WADE H.W.R. “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 1955, vol.13, n° 2, pp. 172-197.

³²¹ HEUSTON R.F.V. *Essays in Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 6.

³²² *Ibid.*

³²³ *Ibid.*

³²⁴ ELLIOT R. “Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values.”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1991, vol. 29, n° 2, p. 239 : “*For the purposes of this part of the paper, I am, of course, assuming that the courts in the countries with which we are concerned are not governed by existing rules about the effectiveness of self-imposed manner and form requirements. For them, the question is an open one. How are they to approach it? They should do so in a manner that best ensures that the values of the legal and political culture of the society in question are respected and enhanced.*”.

³²⁵ YOUNG Alison L. “Sovereignty: Demise, afterlife, or partial resurrection?”, *op. cit.*, p. 167 : “*Continuing and self-embracing theories of sovereignty do not reach different conclusions as to whether parliament can be bound, but rather reach different conclusions as to who is able to bind parliament.*”.

209. Cette conception correspond, en partie, à ce qui est énoncé dans la jurisprudence précitée : le contrôle exercé par les juges consiste à vérifier la réunion des trois consentements, réunion à laquelle les représentants doivent se conformer pour produire du droit. La jurisprudence précitée témoigne ainsi du fait, souligné par Pavlos Eftheriadis, que le Parlement de Westminster est bien soumis à des règles de procédures. Cela prouve, pour l’auteur, que Westminster partage certains points communs avec les parlements allemands ou américains, eux aussi soumis à des procédures, établies dans des constitutions écrites et rigides³²⁶.

2) *L’emprise minimale du juge sur les procédures parlementaires*

210. Si les juges encadrent la souveraineté du Parlement en vérifiant que ce dernier s’exprime selon la règle des trois consentements, la marge de manœuvre du juge demeure extrêmement minimale et entourée d’incertitudes et témoigne d’un respect du juge à l’égard du Parlement, constitutif du rapport de force qui les relie.

211. Comme le rappelle Anne Jussiaume, « à partir du moment où la procédure législative prévue a été correctement respectée, personne, pas même le juge, ne peut plus remettre en question la validité d’un acte du Parlement. La « enrolled bill rule » est alors appliquée : les cours n’ont pas à regarder au delà du Rôle parlementaire. »³²⁷. La marge de manœuvre du juge est donc extrêmement minimale dans la mesure où les juridictions se bornent à vérifier la présence des différents consentements mais refusent, en vertu des privilèges parlementaires (qui seront étudiés dans la deuxième partie de cette étude) d’examiner plus en précision le déroulement de la procédure législative. En effet, les parlementaires bénéficient en plus de privilèges individuels qui seront étudiés dans la deuxième partie, d’un privilège

³²⁶ ELEFTHERIADIS Pavlos. “Parliamentary Sovereignty and the Constitution”, *op. cit.*: “What is Parliament and when does it act? As a matter of standard practice Parliament is taken to mean the Lords, Commons and the Queen acting in unison according to standing legislative procedures. This means that a group of people (which does not have as a meeting or collection of individuals any legal or constitutional power) whenever constituted as a public institution qua Parliament (on the basis of some rules and under certain circumstances) enjoys the power to legislate as “the Queen in Parliament” i.e. the ultimate legislature. When it so legislates, we have as a result an Act of Parliament. So the group does not do what it likes with the law. In order to legislate, it complies with rules of its own composition and with a set procedure”.

³²⁷ JUSSIAUME Anne. *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien*. Contribution à une théorie de la valeur de l’écrit, *op. cit.*, p. 119; SWINTON Katherine. “Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1976, vol. 14, n°2, pp. 345-405.

collectif, consacré notamment à l'article IX³²⁸, qui correspond au droit exclusif qui leur est reconnu de régler lui-même sa composition et sa procédure. Ce privilège est un révélateur de la puissance du Parlement dans la justice constitutionnelle : il contribue à la force de ses interprétations constitutionnelles via l'adoption des lois, qui ne peuvent être juridictionnellement attaquées sur des fondements relatifs au déroulement de la procédure parlementaire.

212. Ce privilège a pour conséquence l'impossibilité pour les juges de moduler l'effet d'une loi en se fondant sur des questions de procédure parlementaire ou de composition. La détermination de la constitutionnalité des procédures suivies pour l'élaboration d'une loi spécifique relève par conséquent de la seule et unique compétence du Parlement ; lui seul détermine les procédures constitutionnellement justes. Ce faisant, les sujets relevant du privilège parlementaire sont de la seule compétence du Parlement, relevant de sa « *connaissance exclusive* » (« *exclusive cognisance* »)³²⁹. Cela ressort des jurisprudences étudiées dans le 1), en témoignent par exemple les jurisprudences *Edinburgh Railway* ou *Pickin*. Dans la première, Lord Campbell rappelle l'impossibilité pour le juge d'apprécier la manière dont un *Act* (qui a ainsi reçu les trois consentements) a été adopté au Parlement³³⁰. Dans la seconde, tant les propos de Lord Reid³³¹ que de Lord Morris of Borth-y-Gest³³² mettent clairement en avant cette même impossibilité.

213. L'emprise des juges sur les privilèges parlementaires est des plus minimales : tout ce que les juridictions peuvent faire c'est constater l'existence et l'étendue. Pour déterminer ce qui relève ou non des « *Privilèges parlementaires* », les juges vont identifier ce qui relève ou non des « *proceedings in Parliament* » selon les termes de l'Article IX. Le terme de

³²⁸ « Royaume-Uni - Déclaration des droits, *English Bill of Rights 1689* », *Digithèque MJP*, op. cit.: « 9° *Que la liberté de parole, des débats et des procédures dans le sein du Parlement, ne peut être entravée ou mise en discussion en aucune Cour ou lieu quelconque en dehors du Parlement lui-même ;* ».

³²⁹ House of Lords House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege*, session 2013-2014, 113 p., p. 7: “*The principle of exclusive cognisance underpins all privilege, including those aspects of privilege which are now based in statute.*”.

³³⁰ *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope* [1842] UKHL J12: “*There is no foundation whatever for it. All that a Court of Justice can do is to look to the Parliamentary roll: if from that it should appear that a bill has passed both Houses and received the Royal Assent, no Court of Justice can inquire into the mode in which it was introduced into Parliament, nor into what was done previous to its introduction, or what passed in Parliament during its progress in its various stages through both Houses.*”.

³³¹ *Pickin v. British Railways Board* [1974] UKHL 1: “*The function of the Court is to construe and apply the enactments of Parliament. The Court has no concern with the manner in which Parliament or its officers carrying out its Standing Orders perform these functions. Any attempt to prove that they were misled by fraud or otherwise would necessarily involve an enquiry into the manner in which they had performed their functions in dealing with the Bill which became the British Railways Act 1968.*”.

³³² *Ibid.* : “*When an enactment is passed there is finality unless and until it is amended or repealed by Parliament. In the Courts there may be argument as to the correct interpretation of the enactment: there must be none as to whether it should be on the statute book at all*”.

« *proceedings in parliament* » n’a pas de contours clairement définis. Ainsi si la jurisprudence s’accorde sur les éléments qui font nécessairement partie des privilèges parlementaires³³³, elle souligne aussi que certaines activités extérieures au Parlement en sont partie intégrante. Selon la jurisprudence *Chaytor* de 2010, le juge doit analyser si le fait de ne pas leur conférer le statut de « *privilege parlementaire* » est susceptible de nuire aux missions centrales ou essentielles du Parlement³³⁴. La notion de privilège parlementaire n’est donc pas arrêtée mais évolutive.

214. L’affaire de 2010 concernait le point de savoir si le remboursement de frais des parlementaires était couvert par le privilège parlementaire. David Chaytor, Elliot Morley et Jim Devine étaient les partisans d’une réponse positive et ainsi de l’exclusion d’une condamnation pénale sur le sujet. La Cour suprême, avec une formation de 9 juges, considéra que la question ne relevait en aucun cas du privilège parlementaire que ce soit au regard du *common law* ou du *Bill of Rights 1689*³³⁵. La question de l’application de l’article IX au cas spécifique de la prorogation du Parlement a été posée dans l’affaire *Miller II* en 2019 devant la Cour suprême. Cette dernière après avoir rappelé « *l’objectif (...) et l’impact de l’article IX* » sur « *les affaires essentielles du Parlement* »³³⁶, considéra que la prorogation n’entraîne pas dans le cadre de cet article, cette procédure étant un acte de l’exécutif « *imposé* » aux parlementaires « *de l’extérieur* »³³⁷.

215. Si les juges sont appelés à jouer un rôle minime par rapport à la procédure parlementaire, la décision *Jackson* de 2005 rendue par la Chambre des Lords représente néanmoins un exemple d’examen plus poussé par les juges de la procédure parlementaire. Dans cette affaire, les juges ont dû examiner « *la portée juridique des Parliaments Acts de 1911 et*

³³³ House of Lords House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege*, op. cit., p. 10 : “*In the absence of an exhaustive definition of ‘proceedings in Parliament’, certain matters are generally accepted as falling within the terms of Article 9, and in such cases Parliament’s sole jurisdiction (...). These matters include : ‘the procedures adopted by the two Houses: the courts may not challenge the means by which legislation was passed or decisions reached;’; ‘proceedings in Parliament: words spoken in the course of debate, votes cast, or decisions taken by either House;’; ‘actions of Members, office-holders or officials which are necessarily linked to proceedings.’*”.

³³⁴ *R v. Chaytor and others (Appellants)* [2010] UKSC 52.

³³⁵ *Ibid.*, par. 12: “*The defendants contend that the Crown Court has no jurisdiction to try them in respect of these charges on the ground that this would infringe parliamentary privilege. This claim to privilege has two bases. The first is article 9 of the Bill of Rights 1689 (“article 9”).*”; par. 13 : “*The defendants further rely on privilege that has its origin before 1689 and which is wider than, and embraces, article 9. This has customarily been described as the ‘exclusive cognisance of Parliament’ but has also been described in argument as ‘exclusive jurisdiction’ (...).*”.

³³⁶ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 64 – 67.

³³⁷ *Ibid.*, par. 68: “*The prorogation itself takes place in the House of Lords and in the presence of Members of both Houses. But it cannot sensibly be described as a “proceeding in Parliament”. It is not a decision of either House of Parliament. Quite the contrary: it is something which is imposed upon them from outside. It is not something upon which the Members of Parliament can speak or vote.*”.

1949 »³³⁸, ce qui les a conduits à s'intéresser à la procédure parlementaire et à déterminer la nature (législation secondaire ou primaire) de la loi de 1949 et du *Hunting Act*. Ils ont été, en effet, amenés à se prononcer « sur la validité des lois adoptées selon la procédure prévue par ces textes, c'est-à-dire sans le consentement de la Chambre des Lords »³³⁹. En appliquant la théorie de la redéfinition, le juge a exercé une emprise non négligeable sur la détermination des procédures valides pour produire la législation primaire.

216. La marge de manœuvre des juges est par ailleurs incertaine car extrêmement dépendante de l'action du Parlement. Ce dernier dispose d'un pouvoir considérablement important en ce qui concerne les procédures et la production du droit législatif. En effet, même si la règle des trois consentements est un fait social constitutif de la règle de reconnaissance, le Parlement dispose de la capacité de légiférer pour modifier les procédures parlementaires, modification qui, si elle est appliquée par les juges pour déterminer la validité d'une ou plusieurs législation(s), aura abouti à modifier la règle de reconnaissance. Le Parlement peut faire jouer les *Parliaments Acts* de 1911 et 1949 ou encore légiférer pour prévoir une autre procédure d'adoption des lois, ce qu'il fait par exemple quand il prévoit par une loi l'organisation d'un référendum sur une question qu'il pourrait trancher seul.

217. En dépit de ces limites soulignées, on peut néanmoins, comme Jürgen Habermas³⁴⁰, considérer que le juge en contrôlant la présence de ces trois consentements ne fait juste que vérifier que le jugement constitutionnel opéré par le Parlement (quand il y en a un) à travers l'adoption d'une loi est bien un jugement valide en droit. Il n'est que le gardien des conditions essentielles et sommaires d'expression du constitutionnalisme politique qui, dans le cas anglais a une place théoriquement considérable.

218. Les jurisprudences et propos étudiés précédemment font manifestement échos à ceux tenus par Charles Eisenmann qui affirmait clairement qu'une justice constitutionnelle était parfaitement concevable dans des pays qui ne connaissent pas la distinction entre loi ordinaire et loi constitutionnelle (entendre constitution écrite rigide dans la plupart des cas) et

³³⁸ GUILLY Thibault. « Le Parliament Act de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson. », *Jus Politicum* - n°6, *Le Parlement français et le nouveau droit parlementaire après la réforme de 2008*, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <http://juspoliticum.com/article/Le-Parliament-Act-de-1911-a-t-il-intronise-un-nouveau-souverain-Reflexions-sur-la-decision-Jackson-376.html>.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ HABERMAS Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 557 p. ; BERNATCHEZ Stéphane. « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann », *Revue Canadienne Droit et Société*, 2006, vol. 21, n°2, pp. 113-141.

qui, de ce fait, ont une constitution souple³⁴¹. Dans ce cas, le rôle du juge, selon Charles Eisenmann, est de veiller au respect des formes. Comme les pays en question n'ont qu'une constitution au sens matériel -c'est-à-dire, dans l'acception normativiste, un ensemble de règles relatives à la production des normes générales et abstraites³⁴²- le rôle du juge sera de vérifier si ces règles ont bien été respectées. Dans le cas britannique, il s'agit pour le juge de vérifier que la règle nécessitant le consentement des trois organes du Parlement a bien été respectée. Cela étant, en se fondant sur cette seule vérification, la justice constitutionnelle a, comme l'affirme Charles Eisenmann, un intérêt limité³⁴³.

219. Si la consécration de la souveraineté parlementaire par la jurisprudence est ancienne, celle-ci demeure fréquemment abordée par les décisions de justice contemporaines.

B) La souveraineté du Parlement : une jurisprudence contemporaine particulièrement active

220. Ces vingt dernières années, les juges ont, à plusieurs et célèbres reprises, eu l'occasion d'aborder la souveraineté du Parlement : soit pour affirmer qu'ils en étaient les créateurs et qu'ils avaient le pouvoir de le remettre en cause, soit, au contraire, pour en être des applicateurs fidèles.

221. Dans le premier cas, les juges ont en effet, déjà évoqué l'hypothèse de l'abandon pur et simple de la souveraineté parlementaire et de ses implications. La justification alors souvent fournie par les juridictions est la suivante : le *common law* étant la source de cette notion, il peut légitimement en décider la remise en question. C'est ce que sous entendait le Justice Laws dans l'affaire *Witham* de 1997³⁴⁴. Le juge considérait à l'époque que, dans le cadre de « *l'ordre juridique non écrit de l'État britannique* » c'était le *common law* qui

³⁴¹ EISENMANN Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Editions Economica, 1986, 383 p., pp. 20-21.

³⁴² *Ibid.* p. 3 : « *Au sens matériel, la Constitution est l'ensemble des règles sur la législation, c'est-à-dire sur la création des règles juridiques générales* »; FAVOREU Louis, MESTRE Jean-Paul, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, CHARPY Chloé, SCOFFONI Guy, PFERSMANN Otto, LAMOUREUX Sophie, BENESSIANO William. *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2010, 13^{ème} édition, 1070 p., pp. 74-75.

³⁴³ EISENMANN Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 21.

³⁴⁴ *Witham, R (on the application of) v. Lord Chancellor* [1997] EWHC Admin 237.

« accordait »³⁴⁵ une suprématie législative au Parlement. Un tel propos pouvait laisser sous-entendre que ce que le *common law* accorde il peut également le reprendre.

222. L'*obiter dictum* fourni par Lord Steyn dans la décision *Jackson* de 2005 est un premier exemple d'un hypothétique chamboulement de l'ordre juridique. Lord Steyn commence par rappeler la nature de la souveraineté du Parlement : « *Il s'agit d'une construction de la common law. Les juges ont créé ce principe. Si tel est le cas, il n'est pas impensable que des circonstances puissent se présenter où les tribunaux doivent qualifier un principe établi sur une hypothèse différente de constitutionnalisme.* »³⁴⁶. De même, dans la décision *Moohan* de 2014 rendue par la Cour suprême, Lord Hodge affirmait que ; « *si le common law ne peut étendre la franchise au-delà de ce que prévoit la législation parlementaire,* » il n'excluait « *pas la possibilité que, dans le cas très improbable où une majorité parlementaire chercherait abusivement à asseoir son pouvoir par une réduction de la franchise ou un dispositif similaire, le common law, éclairé par les principes de la démocratie et de l'État de droit et des normes internationales, puisse déclarer une telle législation illégale.* »³⁴⁷. Ce faisant le juge chamboulerait l'ordre juridique en déclarant explicitement l'invalidité d'une disposition législative qui ne respecterait pas les droits. Les décisions *Jackson* et *Moohan* précitées sont particulièrement intéressantes et illustrent l'argumentaire déployé par les juges afin d'affirmer leur importance dans leur rapport de force avec le Parlement et le gouvernement. Ces jurisprudences font écho à la pensée de William Wade selon laquelle les juges sont maîtres de décider ce qui fonde la validité d'une loi. Ils sont souverains en la matière³⁴⁸. Une nuance mérite néanmoins d'être apportée : dans les deux jurisprudences les propos sont des *obiter dicta*, par conséquent ils n'étaient pas au fondement de la décision de justice.

³⁴⁵ *Ibid.*, par. 13: “*In the unwritten legal order of the British State, at a time when the common law continues to accord a legislative supremacy to Parliament, the notion of a constitutional right can in my judgment inhere only in this proposition, that the right in question cannot be abrogated by the State save by specific provision in an Act of Parliament, or by regulations whose vires in main legislation specifically confers the power to abrogate.*”.

³⁴⁶ *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent)* [2005] UKHL 56, par. 102: “*Nevertheless, the supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism.*”.

³⁴⁷ *Moohan and another (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 35 : “*While the common law cannot extend the franchise beyond that provided by parliamentary legislation, I do not exclude the possibility that in the very unlikely event that a parliamentary majority abusively sought to entrench its power by a curtailment of the franchise or similar device, the common law, informed by principles of democracy and the rule of law and international norms, would be able to declare such legislation unlawful.*”.

³⁴⁸ WADE H.W.R. *Constitutional Fundamentals*, London, Stevens and sons, 1980, 83 p., pp. 26-27 : “*The second obvious fact is that this grundnorm, or whatever we call it, lies in the keeping of the judges and it is for them to say what they will recognize as effective legislation. (...)In this one fundamental matter it is the judges who are sovereign.*”.

223. Bien plus que d'évoquer l'abandon par les juges de la souveraineté du Parlement, certains juges britanniques ont déjà nié, dans certaines circonstances, l'existence et la validité de ce concept. Cela a été le cas dans la jurisprudence *McCormick* rendue par la *Court of Session* écossaise en 1953³⁴⁹. Dans cette décision, le *Lord President* Cooper avouait sa difficulté à comprendre pourquoi à la suite de l'Acte d'Union en 1707, et à la fusion des Parlements anglais et écossais en un seul Parlement, ce dernier avait hérité des seuls principes constitutionnels anglais. En effet, le *Lord President* Cooper rappelait que « *le principe de la souveraineté illimitée du Parlement est un principe typiquement anglais qui n'a pas d'équivalent dans le droit constitutionnel écossais* »³⁵⁰.

224. En dehors de ces hypothèses d'abandon ou de contestations minoritaires, les juges exercent souvent un rôle de « *gardien* » de la souveraineté parlementaire. Cela s'observe par exemple, par la jurisprudence précitée interdisant à la prérogative de modifier la loi ou encore par celle relative au refus des juges de se prononcer (au-delà de la vérification des trois consentements) sur la validité des procédures parlementaires. Bien plus récemment, les juges ont bien endossé ce rôle de gardien fidèle de la souveraineté parlementaire dans les prestigieuses affaires *Miller* de 2017 et 2019. Dans la jurisprudence *Miller I* rendue par la Cour suprême en 2017, le juge exerçait ainsi la justice constitutionnelle en rappelant le caractère fondamental³⁵¹ de la souveraineté parlementaire et ses implications par rapport à l'exercice de la prérogative³⁵² et à la suprématie du droit de l'UE³⁵³ (*European Community Act 1972*). L'affaire *Miller II* devant la Cour suprême en 2019 a également été l'occasion pour les juges d'exercer

³⁴⁹ *McCormick v. Lord Advocate* [1953] SC 396.

³⁵⁰ *Ibid.*: “*The principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle which has no counterpart in Scottish constitutional law.*”.

³⁵¹ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review* [2017] UKSC 5, par. 43 : “*This is because Parliamentary sovereignty is a fundamental principle of the UK constitution, (...)*”; par. 177 : “*I entirely accept the importance in our constitutional law of the principle of Parliamentary supremacy over our domestic law, (...)*”.

³⁵² *Ibid.*, par. 48: “*Thus, consistently with Parliamentary sovereignty, a prerogative power however well-established may be curtailed or abrogated by statute.*”.

³⁵³ *Ibid.*, par. 67: “*That is because of the principle of Parliamentary sovereignty which is, as explained above, fundamental to the United Kingdom’s constitutional arrangements, and EU law can only enjoy a status in domestic law which that principle allows.*”; par. 183 : “*This doctrine is incompatible with the dualist approach of the UK constitution, and ultimately with the fundamental principle of Parliamentary sovereignty. This was explained by Lord Denning MR in two cases decided around the time when the UK joined the European Communities. The first, Blackburn v Attorney General [1971] 1 WLR 1037, was as explained earlier an attempt to prevent the Crown from acceding to the Treaty of Rome by signing the Treaty of Accession. Having been referred to Costa v ENEL, the Master of the Rolls observed: ‘Even if a treaty is signed, it is elementary that these courts take no notice of treaties as such. We take no notice of treaties until they are embodied in laws enacted by Parliament and then only to the extent that Parliament tells us.’ (p 1039)*”.

la justice constitutionnelle en rappelant le caractère fondamental de la souveraineté du Parlement ainsi que ses implications juridiques ; à savoir « *que les lois adoptées par la Couronne au Parlement sont la forme suprême du droit dans notre système juridique* »³⁵⁴ à laquelle chacun, y compris le gouvernement doit se conformer.

225. Le juge a une place essentielle dans la justice constitutionnelle dans la mesure où il est le gardien de règles et principes constitutionnels destinés à l'exercice du pouvoir politique des représentants. Mais son action ne profite pas qu'aux représentants, en témoigne le rôle majeur du juge dans la protection des droits et libertés des individus.

Section II : Le *common law*, outil de protection des droits

226. La place centrale du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle s'explique aussi par son rôle de protecteur majeur des droits et libertés, rôle qui vient, par ailleurs, conforter la place du peuple dans la justice constitutionnelle : les citoyens voient leurs droits mieux pris en compte et protégés par le juge, ce dernier est alors une arme supplémentaire entre les mains des justiciables pour s'exprimer constitutionnellement et faire valoir leurs droits.

227. Le juge s'est servi du *common law* pour consacrer toute une série de droits et libertés et de principes qui servent à la protection des intérêts des citoyens. Ce faisant, les juridictions ont rempli le rôle qui leur revient classiquement dans une démocratie constitutionnelle. On retrouve ainsi dans le *common law* britannique ainsi que dans les textes de déclarations de droits françaises et américaines, la même référence à la fameuse « *triade* » exposée par John Locke ou encore William Blackstone désignée sous le terme de « *property* » et qui recouvre la vie, la liberté, la propriété³⁵⁵. Ces principes issus du droit naturel qui se

³⁵⁴ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 41 : “Two fundamental principles of our constitutional law are relevant to the present case. The first is the principle of Parliamentary sovereignty: that laws enacted by the Crown in Parliament are the supreme form of law in our legal system, with which everyone, including the Government, must comply.”

³⁵⁵ LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, op.cit., p. 78: « *Cependant, quoique ceux qui entrent dans une société, remettent l'égalité, la liberté, et le pouvoir qu'ils avaient dans l'état de nature, entre les mains de la société, afin que l'autorité législative en dispose de la manière qu'elle trouvera bon, et que le bien de la société requerra; ces gens-là, néanmoins, en remettant ainsi leurs privilèges naturels, n'ayant d'autre intention que de pouvoir mieux conserver leurs personnes, leurs libertés, leurs propriétés.* » ; BLACKSTONE William.

retrouvent dans beaucoup d'instruments de codification des droits survivent toujours dans le *common law* actuel (I).

228. Bien plus, les juridictions ont également fait en sorte de tempérer l'implication du principe de souveraineté parlementaire (à savoir celle de l'obéissance des juges aux lois) afin de garantir une meilleure protection des droits (II).

I) Le juge, acteur majeur de protection des droits et libertés

229. Le *common law* a permis au juge d'exercer un rôle central dans la justice constitutionnelle en posant des règles protectrices des individus contre le pouvoir. Par le biais de sa jurisprudence, le juge a forgé tout un ensemble de droits « *constitutionnels* » ou « *fondamentaux* ». Le juge est un contributeur essentiel à la rédaction du catalogue de droits aujourd'hui à la disposition du justiciable (A). Le juge a également posé, dans le cadre de la procédure de *judicial review*, des standards de contrôle qui contribuent aussi à protéger les droits et intérêts des citoyens et administrés. Ils participent à empêcher l'arbitraire (B).

A) Le juge, auteur fondamental des droits et libertés

230. Le *common law* a permis au juge d'assurer la protection de certaines libertés considérées traditionnellement comme négatives et résiduelles (1). Cette manière de faire a néanmoins été remise en question par la jurisprudence des droits constitutionnels. En établissant cette catégorie, les juridictions ont innové dans la protection des droits (2). La démarche du juge a évolué à travers les siècles, des pratiques de *common law* du XVII^e siècle à la jurisprudence contemporaine des « *droits et libertés constitutionnels* ». « *Les droits fondamentaux, innomés dans un premier temps, se seraient ensuite révélés au cours de la jurisprudence remplaçant petit à petit les principes générés par le Common law.* »³⁵⁶.

Commentaries on the Laws of England, op. cit. p. 121; ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, op. cit., p. 93.

³⁵⁶ GIRARD Charlotte. *La conception anglaise des droits fondamentaux dans une perspective européenne : étude de cas*, Bruxelles, Bruylant, 1^{ère} édition, 1999, 120 p., p. 28.

1) La tradition des libertés résiduelles et négatives

231. Le *common law* a permis au juge, dans un premier temps, de dégager et de concevoir les droits de manière « négative » et « résiduelle ». Elles sont des « libertés dites résiduelles » qui incluent non pas un droit illimité des autorités à restreindre les possibilités d’agir, mais plutôt un « droit général à la liberté » selon lequel l’action de toute autorité sur telle ou telle liberté doit être justifiée³⁵⁷. Dans cette conception des choses précise Trevor Allan, une liberté dans le *common law* est le résultat de deux éléments : 1) le droit général à la liberté selon lequel toute restriction doit être justifiée, la preuve de cette justification incombant au défendeur (le gouvernement), 2) l’attachement que le juge porte à la liberté qui est en cause (liberté d’expression par exemple)³⁵⁸.

232. Ainsi, avant de parler de droits constitutionnels ou fondamentaux, les juges se contentaient d’employer une présomption de liberté et de faire en sorte qu’elle soit compatible avec la volonté exprimée par le législateur dans la loi en question. La seule chose que le juge pouvait faire était de vérifier que les autorités en question avaient bien un fondement légal pour agir et appliquer la présomption de liberté dans le développement du *common law* et l’interprétation de la loi³⁵⁹. Lord Goff of Chieveley met en avant l’aspect négatif et résiduel des libertés de *common law* dans la jurisprudence *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* rendue par la Chambre des Lords en 1988. Il affirme ainsi que contrairement à la CEDH et à son article 10, qui ont pour objectif de poser l’affirmation d’un droit fondamental, le *common law* fonctionne en se fondant sur une présomption de liberté d’expression et en se référant au droit afin d’en connaître les exceptions³⁶⁰.

³⁵⁷ ALLAN T.R.S. « Constitutional Rights and Common law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, vol. 11, n°4, pp. 453-480.

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 457-458: “A constitutional right at common law is a product of these two interacting faces of the rule of law. My right to freedom of speech is the outcome, first, of my undifferentiated residual liberty - whose restriction needs lawful authority and thereby moral (albeit utilitarian) justification - and secondly, of the court's attachment to the value of free speech, which is anti-utilitarian in character (in Dworkin's sense) and is of critical importance in determining the scope and effect of purported restrictions on my liberty.”

³⁵⁹ O’CINNEIDE Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O’Cinneide, Oxford, Oxford University Press, 2015, 420 p., pp. 67-103, p. 72.

³⁶⁰ *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1988] UKHL 6: “The only difference is that, whereas article 10 of the Convention, in accordance with its avowed purpose, proceeds to state a fundamental right and then to qualify it, we in this country (where everybody is free to do anything, subject only to the provisions of the law) proceed rather upon an assumption of freedom of speech, and turn to our law to discover the established exceptions to it.”

233. Le juge a néanmoins pu protéger le libéralisme politique grâce à cette présomption de liberté³⁶¹. Les propos de Dicey en sont le révélateur³⁶² : à la différence des pays dotés de constitution écrite et codifiée, au Royaume-Uni les droits ne découlent pas d'un document préétabli mais des apports successifs du juge au fil de sa jurisprudence³⁶³. C'est dans cette perspective que, les juges ont pu parfois prendre appui sur le droit naturel pour développer le *common law*, c'est-à-dire un droit établi avant les hommes et indépendant de leur volonté. Ainsi, dans le *Calvin's Case* rendu par le *King's Bench* en 1608, Edward Coke précisait qu'en échange de la loyauté du sujet à l'égard du souverain, ce dernier devait au premier « *la protection et le gouvernement dus en vertu de la loi de la nature* »³⁶⁴. Cette jurisprudence fut importante dans la mesure où elle aboutissait à reconnaître les mêmes droits aux natifs écossais (exceptés ceux nés avant l'unification des trônes) présents en Angleterre qu'aux anglais, suite à l'accession de Jacques VI d'Écosse au trône d'Angleterre en 1603. Une telle décision eut par exemple des répercussions pratiques pour le droit d'une personne écossaise à la propriété sur le sol anglais. Même si, comme l'affirme Price Polly, Edward Coke ne donnait pas de définition précise de ce que recouvrait cette loi de la nature, l'idée de limitation de la prérogative royale était clairement présente³⁶⁵. Le droit naturel servit également de base pour établir les droits procéduraux constitutifs du *natural justice* (qui renvoie à l'exigence d'un procès équitable et qui sera étudié plus en détail après)³⁶⁶. Ainsi, dans la jurisprudence *R v. Chancellor of Cambridge (Dr. Bentley's Case)* rendue par le *King's Bench* en 1723, Lord Fortescue précisait

³⁶¹ O' CINNEIDE Colm. « The Human Rights Act and the Slow Transformation of the UK's Political Constitution », *University College of London*, 2012, pp. 239-266, p. 241: « *Historically, this presumption of liberty has been of great importance. It gave rise to the canon of statutory interpretation that legislation creating criminal offences should be interpreted and applied narrowly by the courts. The presumption also led to the restrictive interpretation of police and public order powers, which was of immense historical significance in the 18th century, when cases such as Entick v Carrington (...) established that interference with an individual's property or person would constitute trespass unless the existence of lawful justification could be established.* ».

³⁶² DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, op. cit.

³⁶³ *Ibid.*, p. 115: « *We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (...) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; whereas under many foreign constitutions the security (...) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the Constitution.* ».

³⁶⁴ POLLY J. Price. « Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608) », *Yale Journal of Law & the Humanities*, 1997, vol. 9, issue 1, pp. 73-145.

³⁶⁵ *Ibid.* p. 121: « *Although Coke did not elaborate what the law of nature might require of the King concerning protection and government of his subjects, an avenue of restraint upon royal prerogative was clearly present* ».

³⁶⁶ SHAUER F. Frederick. « English Natural Justice and American Due Process: An Analytical Comparison », *William and Mary Law Review*, 1976, vol. 18, n°1, pp. 47-72., p. 49 : « *Although the expression "natural justice" now has no connection with the concept of natural law, the modern notion of natural justice does have natural law origins. Thus, the earliest usage of the term "natural justice" appeared during the seventeenth and eighteenth centuries when it was used interchangeably with "natural law."* ».

que “*les lois de Dieu et de l'homme donnent toutes deux à une partie l'occasion de se défendre, si elle en a une*”³⁶⁷.

234. Bien plus, dans la pensée de Dicey les juridictions ne pouvaient qu’être des actrices essentielles de la protection des droits dans la mesure où les droits étaient le résultat des procédures disponibles pour agir en justice : « *remedies precede rights* ». Pour Lady Hale, une telle définition ne pouvait que placer les juridictions en première ligne dans la mission de protection des droits³⁶⁸. « *Remedies precede rights* » renvoie ainsi au fait que si un justiciable souffre d’une violation de sa sphère d’autonomie (violation de sa liberté négative et résiduelle), cela constitue, le rappelle Charlotte Girard, un cas d’ouverture (*cause of action*) pour une action en restitution de la perte de libertés (*remedies*)³⁶⁹. En effet, jusqu’aux réformes judiciaires du XIX^{ème} siècle, le *common law* était régi par les *forms of action* qui étaient des procédures liées à des situations précises³⁷⁰. Ainsi, la protection de la liberté ne pouvait se faire en invoquant un concept général de liberté, mais en recherchant la procédure (*form of action*) qui correspondait à sa situation. Il y avait donc un système de *writs* : à chaque *writ* correspondait « *une procédure donnée, déterminant la suite des actes à accomplir, la manière de régler certains incidents, les possibilités de représentation des parties, les conditions de recevabilité des preuves et les modalités de leur administration, les moyens de faire exécuter la décision* »³⁷¹.

2) *Les droits constitutionnels, une innovation juridictionnelle*

235. Les années 1970-1990 ont été cruciales pour la métamorphose de la protection des droits par le *common law*³⁷². Les juges « *ont eu recours aux droits fondamentaux, concept nouveau, afin d’opposer aux pouvoirs exécutifs et législatifs (parlementaires) leur*

³⁶⁷ *R v. Chancellor of Cambridge, ex p Bentley* [1748] 2 Ld Raym 1334: “*The laws of God and man both give the party an opportunity to make his defence, if he has any*”.

³⁶⁸ Lady HALE. “UK Constitutionalism on the March?”, *Judicial Review*, 2014, vol. 19, n°4, pp. 201-208, p. 202: “*Dicey argued that rights stemmed from remedies, which certainly puts access to the courts at the forefront of rights protection.*”.

³⁶⁹ GIRARD Charlotte. « État des droits de l’Homme au Royaume-Uni », In *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, sous la dir. de Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Maguénaud, Paris, Presses universitaires de France, 2008, pp. 863-868.

³⁷⁰ GAMBARO Antonio, SACCO Rodolfo, VOGEL Louis. *Le droit de l’Occident et d’ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, 455 p. p. 74.

³⁷¹ DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille. *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., p. 230.

³⁷² Lord STEYN. “The Constitutionalisation of Public Law”, op. cit.: “*But it was only in the late 1980s that judges came to realise and accept that standards applied by them in judicial review must ultimately be justified by constitutional principles.*”.

autorité. »³⁷³. Pendant cette période, l'importation dans le *common law* de la notion de droits fondamentaux a sans doute été encouragée par l'utilisation de la CEDH (alors non incorporée dans le droit interne) par les juges. En effet, les juges avaient l'habitude de se référer à la Convention afin d'affirmer la ressemblance des droits britannique et européen. Colm O'Conneide souligne ainsi que « le développement du concept de droits de *common law* » a servi de réponse à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg³⁷⁴. En effet, pour développer les droits de *common law* dans leur jurisprudence, les juges n'hésitaient pas à faire référence aux décisions de la CourEDH.

236. Dans la jurisprudence *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No. 2)* rendue en 1988 par la Chambre des Lords, Lord Goff of Chieveley affirme qu'il n'y avait pas de différence entre la protection offerte par le droit anglais relatif à la liberté d'expression et les dispositions de l'article 10 de la CEDH³⁷⁵. De manière générale, selon Colm O'Conneide, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg était prise en compte à la fois pour appuyer les décisions judiciaires relatives à la protection des droits et pour mettre en exergue ses ressemblances – l'approche commune- avec le *common law*³⁷⁶. La jurisprudence *Derbyshire* rendue par la Chambre des Lords en 1993 en est un autre exemple, et une confirmation de la jurisprudence *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No. 2)* précitée³⁷⁷.

237. Dans les années 1990, explique Aurélie Duffy-Meunier, « les discours en terme de libertés constitutionnelles sont 'à la mode' »³⁷⁸. Le pouvoir judiciaire a changé de rhétorique poursuit l'auteur. Elle est passée « d'une rhétorique d'adhésion à la souveraineté parlementaire

³⁷³ *Ibid.*, p. 27.

³⁷⁴ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., p. 79: "The development of the concept of common law rights also served as a response to the Strasbourg jurisprudence".

³⁷⁵ *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1988] UKHL 6: "Finally, I wish to observe that I can see no inconsistency between English law on this subject and article 10 of the European Convention on Human Rights. This is scarcely surprising, since we may pride ourselves on the fact that freedom of speech has existed in this country perhaps as long as, if not longer than, it has existed in any other country in the world."

³⁷⁶ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., p. 80: "(...) the Strasbourg jurisprudence was regularly cited in many of the cases that followed in order both to support the rights-based reasoning of the British courts and also to affirm the commonality of approach that united both the ECHR and the common law case law."

³⁷⁷ *Derbyshire CC v. Times Newspapers Ltd* [1993] UKHL 18: "My Lords, I have reached my conclusion upon the common law of England without finding any need to rely upon the European Convention. My noble and learned friend, Lord Goff of Chieveley, in *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)* [1990] 1 AC 109, at p. 283-284, expressed the opinion that in the field of freedom of speech there was no difference in principle between English law on the subject and Article 10 of the Convention. I agree, and can only add that I find it satisfactory to be able to conclude that the common law of England is consistent with the obligations assumed by the Crown under the treaty in this particular field."

³⁷⁸ DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, droit public, Université Paul Cézanne- Aix-Marseille III, 2006, 636 p., p. 62.

et d'une tradition de protection résiduelle des droits et libertés à une doctrine où les droits sont qualifiés 'd'essentiels', de 'constitutionnels' et de 'fondamentaux' »³⁷⁹.

238. Cette nécessité de protéger les droits et libertés reflète l'importance prise par le courant « libéral » opposé au courant considéré comme « conservateur » du normativisme³⁸⁰. Ce courant libéral insiste en effet sur la capacité du *common law* à contenir des droits fondamentaux et à les appliquer au pouvoir. C'est le courant du constitutionnalisme de *common law*. Dans la tradition britannique comme dans le constitutionnalisme occidental, ce courant « libéral » accorde une importance première à la « liberté » et repose sur une présomption d'autonomie de l'individu, présomption qui conduit à la reconnaissance de « droits individuels ». Des auteurs tels que Anthony Lester³⁸¹, T R S Allan³⁸², ou encore Jeffrey Jowell³⁸³ sont les leaders de ce mouvement dans la doctrine.

239. Les juges, à l'aide du *common law*, ont dégagé à l'occasion du contrôle des actes de l'administration appliquant des lois, toute une série de droits ou libertés appelés *constitutional rights* ou encore *fundamental rights* qui se trouve aussi consacrée dans la plupart des grands instruments écrits (constitutions et/ou déclarations de droits) du constitutionnalisme occidental. Cela vérifie le propos de Lord Hoffmann qui, dans l'affaire *Simms*, indique que les juges au Royaume-Uni appliquent le concept de constitutionnalité de manière peu différente de ce qui existe dans les pays dotés d'une Constitution écrite et rigide³⁸⁴. Ont ainsi été consacré le droit à la propriété, le droit au respect de la vie privée³⁸⁵, la liberté

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ LOUGHLIN Martin. *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 292 p., p. 206.

³⁸¹ JOWELL Jeffrey, LESTER Anthony. "Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law", *Commonwealth Bulletin*, 1988, vol. 14, n°2, pp. 858-870.

³⁸² ALLAN T.R.S. "Legislative Supremacy and the Rule of law: Democracy and Constitutionalism", *The Cambridge Law Journal*, 1985, vol. 44, issue 1, pp. 111-143; ALLAN TRS. "Dworkin and Dicey: The Rule of law as Integrity", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1988, vol. 8, n°2, pp. 266-277.

³⁸³ JOWELL Jeffrey, LESTER Anthony. "Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law", *op. cit.*

³⁸⁴ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115.

³⁸⁵ *R v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd* [1979] UKHL 5: « The courts (...) are the guardians of the citizens' right to privacy. ».

contractuelle, la liberté de réunion ou d'association, la liberté de parole, de religion ou de conscience ou encore le droit d'accès à la justice³⁸⁶, le droit de vote³⁸⁷.

240. Se dégage ainsi un socle commun, celui des « *droits de première génération* »³⁸⁸. On retrouve ces valeurs dans la plupart des systèmes constitutionnalistes : en France dans la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, aux États-Unis dans le *Bill of Rights* qui réunit les dix premiers amendements à la Constitution américaine ayant pris effet le 15 décembre 1791. La logique n'est bien sûr pas la même, la spécificité du *common law* s'opposant au phénomène de codification des droits, néanmoins on y retrouve la possibilité pour un juge de fonder son pouvoir sur certaines valeurs fondamentales. L'absence d'un texte de déclaration de droits peut même expliquer l'importance du juge dans la définition et la protection des droits et libertés.

241. Le droit au respect de la vie privée a clairement été consacré dans la jurisprudence *R v Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd* rendue par la Chambre des Lords en 1979. Lord Wilberforce y affirmait : « *les tribunaux ont le devoir de contrôler, je dirais de manière critique, voire jalouse, la légalité de tout prétendu exercice de ces pouvoirs. Ils sont les gardiens du droit des citoyens à la vie privée* »³⁸⁹.

242. La liberté de parole et d'expression a été consacrée notamment dans la décision *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* rendue par la Chambre des Lords en 1988, même si, à cette époque, le juge rappelait que cette liberté n'était pas tant conçue comme un droit fondamental que comme une présomption de liberté d'expression³⁹⁰. Dans la jurisprudence *Simms* de la Chambre des Lords rendue en 1999, Lord Steyn sous-entend la

³⁸⁶ *R. v. Secretary of State for the Home Department ex p. Leech No.2* [1993] EWCA Civ 12: "Now we turn to a principle of greater importance. It is a principle of our law that every citizen has a right of unimpeded access to a court. (...)Even in our unwritten constitution it must rank as a constitutional right."; *Witham, R (on the application of) v. Lord Chancellor* [1997] EWHC Admin 237, par. 13 : "In the unwritten legal order of the British State, at a time when the common law continues to accord a legislative supremacy to Parliament, the notion of a constitutional right can in my judgment inhere only in this proposition, that the right in question cannot be abrogated by the State save by specific provision in an Act of Parliament, or by regulations whose vires in main legislation specifically confers the power to abrogate."

³⁸⁷ *Watkins (Respondent) v. Home Office (Appellants) and others* [2006] UKHL 17; *Moohan and another (Appellants) v The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 33 : "I have no difficulty in recognising the right to vote as a basic or constitutional right".

³⁸⁸ FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme. *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, 720 p.

³⁸⁹ *R v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd* [1979] UKHL 5: "The courts have the duty to supervise, I would say critically, even jealously, the legality of any purported exercise of these powers. They are the guardians of the citizens' right to privacy."

³⁹⁰ *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1988] UKHL 6.

fondamentalité de cette liberté en affirmant qu'elle constitue « *l'élément vital de la démocratie.* »³⁹¹.

243. Le droit d'accès à la justice a été consacré, exposé et rappelé plusieurs fois dans la jurisprudence. Dans la jurisprudence *Raymond v Honey* rendue par la Chambre des Lords en 1981,³⁹² Lord Wilberforce qualifia de « *droit basique* » le droit d'accès à la justice. En 1998 dans l'arrêt *Witham* rendu par la *Divisional Court*, les juges qualifièrent ce même droit de « *droit constitutionnel* »³⁹³. Le *Justice Laws* affirmait ainsi qu'au regard de toutes les décisions auxquelles il a fait référence pour la résolution de l'affaire, « *le common law a clairement donné un poids particulier au droit d'accès des citoyens aux tribunaux* »³⁹⁴. Elle qualifie ce droit de « *droit constitutionnel* » même si elle affirme que le terme n'est pas dénué d'ambiguïtés. Plus récemment, dans l'arrêt *Unison* rendu par la Cour suprême en 2017, le juge est bien plus explicite quand il rappelle que « *le droit constitutionnel d'accès aux juridictions est inhérent au rule of law.* »³⁹⁵. Toute cette jurisprudence sur le droit d'accès à la justice résonne particulièrement avec l'intervention du citoyen dans la justice constitutionnelle, celui-ci se voyant assurer par les juges de la protection d'un outil : la saisine d'une juridiction.

244. Le droit de vote est également reconnu par le *common law* comme un « *droit constitutionnel* », notamment dans la jurisprudence *Watkins* de la Chambre des Lords de 2006, Lord Bingham y affirmait qu'il considérait le droit de vote comme un droit « *basique, fondamental ou constitutionnel* »³⁹⁶. Lord Roger reconnaissait ainsi que « *bien qu'il soit inscrit dans une loi, dans un système de suffrage universel, aujourd'hui, le droit de vote relèverait de la notion de 'droit constitutionnel' de chacun* »³⁹⁷. Cela ressort notamment de la jurisprudence

³⁹¹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115: "Thirdly, freedom of speech is the lifeblood of democracy. The free flow of information and ideas informs political debate."

³⁹² *Raymond v. Honey* [1981] UKHL 8: "In my opinion, there is nothing in the Prison Act 1952 that confers power to make regulations which would deny, or interfere with, the right of the respondent, as a prisoner, to have unimpeded access to a court. Section 47, which has already been quoted, is a section concerned with the regulation and management of prisons and, in my opinion, is quite insufficient to authorise hindrance or interference with so basic a right."

³⁹³ *Witham, R (on the application of) v. Lord Chancellor* [1997] EWHC Admin 237, par. 24: "It seems to me, from all the authorities to which I have referred, that the common law has clearly given special weight to the citizens's right of access to the courts. It has been described as a constitutional right, though the cases do not explain what that means. In this whole argument, nothing to my mind has been shown to displace the proposition that the executive cannot in law abrogate the right of access to justice, unless it is specifically so permitted by Parliament; and this is the meaning of the constitutional right."

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *R (on the application of UNISON) (Appellant) v. Lord Chancellor (Respondent)* [2017] UKSC 51, par.66: "The constitutional right of access to the courts is inherent in the rule of law."

³⁹⁶ *Watkins (Respondent) v. Home Office (Appellants) and others* [2006] UKHL 17, par. 25: « We would now, of course, regard the right to vote as basic, fundamental or constitutional. »

³⁹⁷ *Ibid.*, par. 61: "Although embodied in a statute, in a system of universal suffrage today the right to vote would fall within everyone's notion of a "constitutional right"."

Moohan rendue par la Cour suprême en 2014 dans laquelle Lord Hodge affirme qu'il n'a « aucune difficulté à reconnaître le droit de vote comme étant un droit basique ou constitutionnel »³⁹⁸. Cette jurisprudence est ainsi de nature à consolider l'intervention du peuple dans la justice constitutionnelle par le biais du vote démocratique.

245. Le droit au secret des correspondances des détenus a également été identifié comme étant un droit fondamental. Ainsi, dans la jurisprudence *Daly* rendue par la Chambre des Lords en 2001, Lord Cooke of Thorndon affirmait : "Il est très important, à mon avis, que le common law soit reconnu en soi comme une source suffisante du droit fondamental à la communication confidentielle avec un conseiller juridique en vue d'obtenir un avis juridique." ³⁹⁹. Cette jurisprudence a été rappelée notamment par la Cour suprême en 2013 dans l'arrêt *Osborn*⁴⁰⁰.

246. Le *common law* a également été protecteur de libertés économiques. C'était le cas de la liberté de travailler, abordée récemment dans l'arrêt *Tillman* rendu par la Cour suprême en 2020⁴⁰¹. Lord Wilson affirmait ainsi que la nation britannique attache une grande importance à la liberté de travailler reconnue à tous. Un tel attachement s'est fait « dans l'intérêt à la fois de notre autosuffisance et de celle de nos familles, (...) de notre prospérité commune. »⁴⁰².

247. Le *common law* est un outil majeur pour l'exercice juridictionnel de la justice constitutionnelle. En plus de permettre la consécration de droits et libertés qualifiés de « constitutionnels » ou « fondamentaux », c'est ce même droit jurisprudentiel qui a permis de poser les principes permettant de contrôler et d'encadrer l'activité de l'administration.

³⁹⁸ *Moohan and another (Appellants) v. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 33 : "I have no difficulty in recognising the right to vote as a basic or constitutional right". Sur cette décision voir l'article. ELLIOTT Mark. "Moohan: Prisoners voting, the independence referendum and the common law", *Public Law For Everyone*, 17th December 2014, [en ligne], [consultée le 20 mai 2015], <http://publiclawforeveryone.com/2014/12/17/moohan-prisoner-voting-the-independencereferendum-and-the-common-law/>.

³⁹⁹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 3, par. 30: "(...) it is of great importance, in my opinion, that the common law by itself is being recognised as a sufficient source of the fundamental right to confidential communication with a legal adviser for the purpose of obtaining legal advice."

⁴⁰⁰ *Osborn (FC) (Appellant) v. The Parole Board (Respondent)* [2013] UKSC 61.

⁴⁰¹ *Tillman (Respondent) v. Egon Zehnder Ltd (Appellant)* [2019] UKSC 32.

⁴⁰² *Ibid.*, par. 22 : "The doctrine is one of the earliest products of the common law. It epitomises the nation which developed it: a nation which has ascribed central importance to the freedom of all of us to work - in the interests both of the self-sufficiency of ourselves and our families and of our common prosperity."

B) Le juge, auteur des principes de contrôle de l'administration et du gouvernement

248. Le *common law* a permis au juge de développer des standards de contrôle, avec la procédure de *judicial review*. Leur objectif est assurément le *rule of law*, en ce qu'ils cherchent à empêcher l'arbitraire. Ils visent à assurer une protection des intérêts et des droits des administrés contre les déviances des autorités publiques, des agents de l'administration. Ces objectifs de limitation du pouvoir correspondent à des objectifs de justice constitutionnelle.

249. Figurent parmi ces standards de contrôle, ceux utilisés par les juges dans le cadre de la procédure de *judicial review* (1), et ceux, à application plus générale, relatifs au fonctionnement des services publics (2).

1) Les standards de contrôle utilisés dans la procédure de judicial review

250. Les standards de contrôle sont le contrôle de l'irrationalité de la décision (contrôle *Wednesbury*) et le contrôle de l'irrégularité de procédure (contrôle de la *Procedural Impropriety*).

251. Le contrôle de l'irrégularité de procédure permet au juge d'imposer à l'administration et au gouvernement le respect de deux éléments ; des procédures mises en place par la loi d'abord, et des règles relatives au traitement équitable de ceux qui sont affectés par les décisions des autorités publiques ensuite. Dans le premier cas le juge sanctionne la *Procedural Impropriety under Statute*, dans le second le *Breach of Natural Justice*⁴⁰³.

252. Dans le contrôle de l'irrégularité de procédure prévue par la loi (*Procedural Impropriety under Statute*), il s'agit pour le juge d'affirmer que le fait pour une autorité publique de ne pas se conformer aux procédures prévues par la loi peut invalider une décision. Ce contrôle permet au juge de s'assurer, et aussi d'assurer aux administrés, que les gouvernants agissent bien en fonction du droit. Pour ce faire, le juge distinguera au fil de sa jurisprudence, les exigences procédurales posées par le législateur qui sont obligatoires de celles qui ne le sont pas. Seule la violation des premières entrainera la nullité des décisions prises par les autorités publiques.

⁴⁰³ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 624.

253. Dans le contrôle du *Breach of Natural Justice*, le juge s'assurera que les administrés, les justiciables soient traités de manière équitable. Ce contrôle permet au juge d'imposer à l'administration des règles constitutionnelles, relatives aux droits et intérêts des justiciables, des règles de garanties procédurales, qui correspondent à l'exigence d'un « *procès équitable* ». C'est au nom du « *droit naturel* » que les juges ont pu, dès le XVII^{ème} siècle, dessiner les traits primordiaux du principe général de « *justice naturelle* ». Ce sont des règles qui d'ailleurs sont celles de l'article 6 de la CEDH, incorporé dans le droit interne grâce au *HRA* 1998. Comme le disait Lord Lane CJ dans la jurisprudence *R v. Commission for Racial Equality ex parte Cottrell and Rothern* de 1980, « *les règles de justice naturelle signifient que les procédures doivent être conduites d'une manière qui est juste...juste en toute circonstance* »⁴⁰⁴. Le contrôle du *Breach of Natural Justice* comporte deux volets : le premier est relatif au principe selon lequel nul ne peut être juge de sa propre cause (*nemo iudex in causa sua*), le second concerne le droit à un procès équitable (*audi alteram partem*)⁴⁰⁵.

254. Le premier principe constitutif du contrôle du *Breach of Natural Justice* est ancien. Dès l'affaire *Bonham* en 1610, le juge Coke affirma qu'il ressortait du « *droit commun et de la raison* » qu'aucun homme ne peut être juge de sa propre cause. Cela a été confirmé dans les affaires *City of London v. Wood* par le *King's Bench* en 1701 et *Day v Savadge* par le *Common Pleas* en 1614⁴⁰⁶. Ce principe était considéré si fondamental que les juges affirmaient qu'il faisait partie de la loi de Dieu et de la Nature⁴⁰⁷. Le principe selon lequel nul ne peut être juge de sa propre cause interdit aux personnes qui ont un intérêt financier ou personnel dans une affaire d'intervenir en tant que juge.

255. Le second principe constitutif du contrôle du *Breach of Natural Justice* a aussi d'anciennes origines, il est lié à la pensée du droit naturel. Dans l'affaire *R v. Chancellor of Cambridge (Dr Bentley's case)* Lord Fortescue rappela que « *les lois de Dieu et des hommes donnent à une partie au procès l'opportunité de présenter sa défense, ...* »⁴⁰⁸. En imposant ce second principe, ces exigences de procès équitable, comme fondement du contrôle des décisions administratives et judiciaires, le juge a souhaité également en entraver l'arbitraire. Ainsi est-il reconnu à toute personne affectée par une décision judiciaire ou administrative, le droit « *de*

⁴⁰⁴ *R v. Commission for Racial Equality, ex parte Cottrell and Rothern (a firm)* [1980] 3 All ER 265.

⁴⁰⁵ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law, op. cit.*, p. 624; p. 628.

⁴⁰⁶ SHAUER F. Frederick. « English Natural Justice and American Due Process: An Analytical Comparison », *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 51.

connaître et de comprendre les allégations formulées par le décideur, et de faire des démarches auprès du décideur pour répondre à ces allégations »⁴⁰⁹.

2) Les principes de transparence de la justice et de « l'intérêt général »

256. Parmi les principes établis par le *common law* pour permettre le contrôle de l'administration figurent le principe de transparence de la justice (*open justice principle*). Ce principe concerne les modalités d'exécution et d'exercice de la justice et insiste sur la nécessaire ouverture de la justice aux citoyens pour pouvoir empêcher l'arbitraire. Ici encore, la protection de ce principe par la jurisprudence est de nature à consolider l'intervention des citoyens dans la justice constitutionnelle, ceux-ci bénéficiant d'une justice qui, dans son fonctionnement, leur est accessible et dans laquelle ils peuvent avoir confiance. Comme l'affirmait Lord Hewart CJ dans la décision *R v. Sussex Magistrates, Ex p McCarthy* rendue par le *King's Bench* en 1924 ; « il n'est pas seulement important, mais fondamental, que la justice ne soit pas uniquement rendue, mais qu'elle soit manifestement et sans aucun doute perçue comme telle »⁴¹⁰.

257. Lord Justice Toulson, dans l'arrêt *Guardian News and Media Ltd, R (on the application of) v City of Westminster Magistrates' Court* rendu en 2012 par la Cour d'appel, rappelle le caractère fondamental du principe jurisprudentiel de transparence de la justice⁴¹¹. Lord Justice Toulson rappelle ainsi que ce principe se situait au cœur du système de justice britannique, qu'il était vital pour la réalisation du *rule of law*⁴¹². Le juge continue et affirme que ce principe renvoie à la question : « qui doit garder les gardiens ? »⁴¹³. La transparence de la justice les place sous le regard et le contrôle des gouvernés : « Dans une démocratie, où le pouvoir dépend du consentement du peuple gouverné, la réponse doit se trouver dans la transparence du processus juridique. Une justice ouverte laisse entrer la lumière et permet au public de contrôler le fonctionnement du droit, pour le meilleur ou pour le pire. »⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 628.

⁴¹⁰ *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1984] 1 KB 256.

⁴¹¹ *Guardian News and Media Ltd, R (on the application of) v. City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420.

⁴¹² *Ibid.* par. 1: "Open justice. The words express a principle at the heart of our system of justice and vital to the rule of law."

⁴¹³ *Ibid.* par. 1: "How is the rule of law itself to be policed? It is an age old question. Quis custodiet ipsos custodes - who will guard the guards themselves?"

⁴¹⁴ *Ibid.*; "In a democracy, where power depends on the consent of the people governed, the answer must lie in the transparency of the legal process. Open justice lets in the light and allows the public to scrutinise the workings of the law, for better or for worse."

258. Dans la continuité de la jurisprudence *Guardian News and Media Ltd* de 2012, Lady Hale rappelait les deux objectifs poursuivis par la transparence de la justice. Le premier « consiste à permettre au public d'examiner la manière dont les tribunaux statuent sur les affaires - à obliger les juges à rendre compte des décisions qu'ils prennent et à permettre au public d'avoir confiance dans le fait qu'ils font correctement leur travail »⁴¹⁵. Ce premier objectif correspond notamment à l'affirmation de la responsabilité constitutionnelle des juridictions. Le second est de « permettre au public de comprendre comment fonctionne le système judiciaire et pourquoi les décisions sont prises. »⁴¹⁶. En posant et en assurant la protection du principe de transparence de la justice, le juge influe sur l'exercice de la justice constitutionnelle de deux manières. D'abord, en exerçant lui-même la justice constitutionnelle dans la mesure où il définit et applique une règle de nature constitutionnelle. Ensuite, en cherchant à stimuler l'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens. En effet, l'objectif de l'affirmation d'un tel principe est d'encadrer l'exercice de la justice en le soumettant au regard et au contrôle de l'opinion publique, des administrés. L'idée est que ce regard extérieur joue comme un rempart contre l'arbitraire, qu'il pourrait voir et sanctionner un exercice de la justice qui lui paraîtrait incompatible avec les droits et libertés ou encore avec la démocratie.

259. Le principe de transparence de la justice était au cœur de la décision *Cape Intermediate Holdings Ltd (Appellant/i-Respondent) v. Dring (for and on behalf of Asbestos Victims Support Groups ForumUK) (Respondent/Cross-Appellant)* rendue en 2019 par la Cour suprême⁴¹⁷. Dans cet arrêt, Lady Hale rappela le contenu et les implications de ce principe : « le principe constitutionnel de la justice ouverte s'applique à toutes les cours et à tous les tribunaux qui exercent le pouvoir judiciaire de l'État. »⁴¹⁸. Ce principe a deux implications majeures : une compétence inhérente reconnue aux juridictions « pour déterminer ce que ce principe exige en termes d'accès aux documents ou autres informations déposées devant la cour ou le tribunal en question. »,⁴¹⁹ d'une part ; et un principe de limitation de cette compétence par la loi ou toute

⁴¹⁵ *Ibid.*, par. 42 : “The principal purposes of the open justice principle are two-fold and there may well be others. The first is to enable public scrutiny of the way in which courts decide cases -to hold the judges to account for the decisions they make and to enable the public to have confidence that they are doing their job properly.”

⁴¹⁶ *Ibid.*, par. 43 : “But the second goes beyond the policing of individual courts and judges. It is to enable the public to understand how the justice system works and why decisions are taken.”

⁴¹⁷ *Cape Intermediate Holdings Ltd (Appellant/Cross Respondent) v. Dring (for and on behalf of Asbestos Victims Support Groups Forum UK) (Respondent/Cross Appellant)* [2019] UKSC 38.

⁴¹⁸ *Ibid.*, par. 41: “The constitutional principle of open justice applies to all courts and tribunals exercising the judicial power of the state.”

⁴¹⁹ *Ibid.*, : “It follows that, unless inconsistent with statute or the rules of court, all courts and tribunals have an inherent jurisdiction to determine what that principle requires in terms of access to documents or other information placed before the court or tribunal in question.”

autre règle de procédure, d'autre part. Par conséquent, cette compétence reconnue aux juridictions ne peut s'exercer s'il y a incompatibilité avec la loi ou avec d'autres règles de procédures.

260. Enfin, le juge a également utilisé le *common law* pour protéger le « *principe de service public* » (*The public service principle*) selon lequel les représentants et détenteurs du pouvoir public doivent agir dans l'intérêt du public en général et non en se limitant aux intérêts de leur famille, de leurs amis, de leurs croyances religieuses ou de leur parti. Dans la décision *Bromley London Borough Council* rendue par la Chambre des Lords en 1983, Lord Diplock rappelait l'idée qu'un élu local (membre d'un Conseil) n'a pas pour mission d'œuvrer dans l'intérêt de ceux qui l'ont élu mais dans celui de l'ensemble des électeurs et électrices⁴²⁰.

261. Le juge a également défini et appliqué le « *principe de l'intérêt général* » (« *public interest principle* ») qui repose sur la présomption qu'il existe « *parmi la population des intérêts communs substantiels partagés par tous* ». Dans la jurisprudence *Corner House Research* rendue par la Chambre des Lords en 2008, Baroness Hale of Richmond affirmait ainsi que si le « *principe de l'intérêt général* » était souvent invoqué, il était impossible d'en définir le contenu avec précision. En dépit de cette incertitude, la juge précisait quand même une signification nécessaire de ce principe, à savoir celle qu'il renvoie à « *quelque chose d'important pour le public dans son ensemble et non pas seulement pour un particulier* »⁴²¹.

262. Enfin, c'est grâce au *common law* que le juge a pu imposer à l'administration un devoir de consultation du public, devoir lui-même soumis à un « *duty to act fairly* »⁴²².

263. Les juridictions sont d'indéniables gardiennes des droits et libertés non seulement car elles sont une source de reconnaissance et de protection des droits, mais également car elles utilisent leur pouvoir de création pour moduler la souveraineté parlementaire au nom de la protection des droits.

⁴²⁰ *Bromley LBC v. Greater London Council* [1981] UKHL 7.

⁴²¹ *Corner House Research & Ors, R (On the Application of) v. The Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60, par. 53: "The "public interest" is often invoked but not susceptible of precise definition. But it must mean something of importance to the public as a whole rather than just to a private individual."

⁴²² CLAYTON Richard. "Richard Clayton QC: Fairness, Consultation, and the Supreme Court: There Is (sometimes) an Alternative", *UK Constitutional Law Association*, 16th March 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/16/richard-clayton-qc-fairness-consultation-and-the-supreme-court-there-is-sometimes-an-alternative/>.

II) La modulation de la souveraineté parlementaire pour une meilleure protection des droits

264. Le juge a utilisé le *common law* pour tempérer les effets du principe de souveraineté parlementaire de deux manières : en posant le principe selon lequel les termes de la loi interprétée n'ont pas une signification figée mais qui peut évoluer avec la société (A), mais aussi en complétant la hiérarchie des normes par la distinction entre loi ordinaire et loi constitutionnelle (B). Par ces deux actions, la jurisprudence a également des répercussions sur la place des citoyens dans la justice constitutionnelle : dans les deux cas le juge, oeuvrant dans le cadre du rapport de force avec le Parlement, fait son possible pour faire jouer son emprise sur l'action du législateur et cela au nom de la protection de règles et principes constitutionnels.

A) Le juge, un reflet de la société et de son évolution

265. Le *common law* permet au juge d'être un reflet de la société britannique en ce qu'il a permis l'élaboration d'une règle d'interprétation, celle de *l'always speaking statute*, lui permettant de justifier l'évolution du droit au regard de changements sociétaux et juridiques. Il s'agit pour le juge de moduler la signification attribuée à une disposition législative au motif que la société dans laquelle cette dernière s'inscrit a évolué. Cette règle contribue à la limitation du pouvoir du Parlement, qui, finalement, n'est pas maître de la signification et de l'application des lois qu'il adopte. L'application de cette règle permet aussi au juge d'endosser la fonction de juge constitutionnel. Une juridiction constitutionnelle peut, en effet, avoir pour mission d'interpréter les règles constitutionnelles au regard des circonstances évolutives et des changements observables dans la société. C'est même le principal rôle d'une cour suprême selon Aharon Barak, Président de la Cour suprême d'Israël, qui affirme que « *dans la plupart des cas, la modification du droit résulte de l'évolution de la réalité sociale* »⁴²³ et que « *lorsque la réalité de la société change, le droit doit lui aussi changer* »⁴²⁴.

266. La théorie des *always speaking statutes* remonte à la jurisprudence *Royal College of Nursing of the United Kingdom* du Comité d'appel de la Chambre des Lords en

⁴²³ BARAK Aharon. « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 2, n°66, pp. 227-302.

⁴²⁴ *Ibid.*

1980⁴²⁵. Dans cette décision, Lord Wilberforce commençait par affirmer qu'il faut interpréter une loi en fonction de l'état des choses à l'époque de son adoption par le Parlement⁴²⁶. Il poursuivait en affirmant que le juge devait présumer que les politiques et intentions adoptées par le Parlement étaient dirigées vers cet état des choses⁴²⁷. Néanmoins Lord Wilberforce précise que l'interprétation de l'objectif d'une loi ne se réduit pas à l'examen de l'état des choses au moment de son adoption, mais comprend aussi la question de savoir si l'évolution des choses (de la société, etc..) peut être compatible avec l'objectif poursuivi par le législateur⁴²⁸. C'est dans le prolongement de cette jurisprudence que Lord Steyn, dans l'affaire *Ireland* jugée par la Chambre des Lords en 1998, affirme les lois sont « généralement considérées comme étant de type 'toujours parlant' »⁴²⁹.

267. La théorie de l'*always speaking statutes* conduit le juge, dans sa mission d'interprétation des lois, à présumer que le législateur a, en l'absence d'indications contraires, adopté la loi en la considérant comme « toujours parlante ». C'est d'ailleurs ce qu'affirmait Lord Bingham dans la jurisprudence *Quintavalle* précitée. « *Il n'y a, je pense, aucune incohérence entre la règle selon laquelle le langage législatif conserve le sens qu'il avait lorsque le Parlement l'a utilisé et la règle selon laquelle une loi est toujours parlante* »⁴³⁰. Dans la même affaire, Lord Steyn affirmait qu'afin de « donner effet à un objectif parlementaire clair, une loi peut parfois être considérée comme couvrant un développement scientifique inconnu au moment où la loi a été adoptée »⁴³¹. Il fait découler l'idée qu'une loi est « toujours parlante » d'une présomption, celle selon laquelle le Parlement adopte des lois pour plusieurs

⁴²⁵ *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security* [1981] AC 800.

⁴²⁶ *Ibid.*,: "In interpreting an Act of Parliament it is proper, and indeed necessary, to have regard to the state of affairs existing, and known by Parliament to be existing, at the time."

⁴²⁷ *Ibid.*,: "It is a fair presumption that Parliament's policy or intention is directed to that state of affairs."

⁴²⁸ *Ibid.*,: "Leaving aside cases of omission by inadvertence, this being not such a case when a new state of affairs, or a fresh set of facts bearing on policy, comes into existence, the courts have to consider whether they fall within the Parliamentary intention."

⁴²⁹ *R v. Ireland; R v. Burstow* [1998] AC 147: "Statutes dealing with a particular grievance or problem may sometimes require to be historically interpreted. But the drafting technique of Lord Thring and his successors have brought about the situation that statutes will generally be found to be of the "always speaking" variety: see *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security* [1981] AC 800 for an example of an "always speaking" construction in the House of Lords."

⁴³⁰ *Regina v. Secretary of State for Health (Respondent) ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance) (Appellant)* [2003] UKHL 13, par. 9: "There is, I think, no inconsistency between the rule that statutory language retains the meaning it had when Parliament used it and the rule that a statute is always speaking."

⁴³¹ *Ibid.*, par. 25: "In such a case involving the application of a statute to new technology it is plainly not necessary to ask whether the express statutory language is ambiguous. Since nobody suggests the contrary, I say no more about the point. Reference was made to authorities such as *Jones v Wrotham Park Settled Estates* [1980] AC 74 and *Inco Europe Ltd v First Choice Distribution* [2000] 1 WLR 586, which deal with the limited circumstances in which a court may correct a clear drafting mistake. Here there was no drafting mistake. But in order to give effect to a plain parliamentary purpose a statute may sometimes be held to cover a scientific development not known when the statute was passed."

années et qu'il souhaite adopter des lois qui sont efficaces. Interpréter la loi en fonction des conditions changeantes de la société (considérer la loi comme un *always speaking statute*) est une manière de se conformer à cette intention présumée du législateur, celle d'adopter des lois efficaces et appelées à durer dans le temps. En interprétant le sens de la loi votée par le Parlement, le juge veille aussi à faire évoluer le sens de la loi en fonction des évolutions de la société et ce faisant à faire évoluer les droits qui peuvent en découler⁴³². Dire qu'une loi est « *toujours parlante* » est donc également un outil dont dispose le juge pour exercer la justice constitutionnelle efficacement et faire en sorte que les droits conférés aux individus par le droit législatif soient conformes aux évolutions sociétales. La jurisprudence est ici un moyen d'expression et de protection de ces évolutions et conforte ainsi la place du peuple dans la justice constitutionnelle, ce dernier bénéficiant de droits juridictionnellement protégés en phase avec son époque.

268. Dans la jurisprudence *Fitzpatrick* du Comité d'appel de la Chambre des Lords en 1999, les juges décidèrent ainsi, qu'au regard des « *changements dans les attitudes sociales* » pendant les 50 dernières années, un partenaire de même sexe vivant dans une « *relation monogame établie* » pouvait être considéré comme un « *membre de la famille* »⁴³³. Cette décision, et l'insistance sur une « *relation monogame établie* », montre également en quoi le *common law* est une voie permettant au juge d'imposer une vision de la société.

269. Dans la jurisprudence *McCartan Turkington Breen* de la Chambre des Lords de 2000, Lord Steyn affirma qu'il « *est généralement permis et même nécessaire de tenir compte de la place des dispositions législatives en cause dans le contexte général des principes fondamentaux du système juridique tel qu'il a évolué* »⁴³⁴. Les dispositions législatives en

⁴³² Voir STEYN Johan. « Dynamic Interpretation Amidst an Orgy of Statutes », *Ottawa Law Review*, 2003, vol. 35, issue 2, pp. 163-177.

⁴³³ *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd* [1999] UKHL 42, par. 56 : “*In one respect of crucial importance there has been a change in social attitudes over the last half-century. I am not referring to the change in attitude toward sexual relationships between a man and woman outside marriage or toward homosexual relationships. There has been a widespread change in attitude toward such relationships, although differing and deeply felt views are held on these matters. These differing views are to be recognised and respected. The crucial change to which I am referring is related but different. It is that the morality of a lawful relationship is not now regarded as relevant when the court is deciding whether an individual qualifies for protection under the Rent Acts (...).*”; par. 57: “*It is for this reason that I do not accept the argument that the inclusion of a tenant's homosexual partner within the ranks of persons eligible to qualify as members of his family is a step which should be left to Parliament.*”.

⁴³⁴ *Turkington and Others v. Times Newspapers Limited (Northern Ireland)* [2000] UKHL 57 : “*In other words, it is generally permissible and indeed necessary to take into account the place of the statutory provision in controversy in the broad context of the basic principles of the legal system as it has evolved.*”.

question devaient donc, en l'espèce, être interprétées au regard du « *droit de la liberté d'expression tel qu'il existe aujourd'hui* »⁴³⁵.

270. Les propos de Lady Hale dans la jurisprudence *Yemshaw* rendue en 2011 par la Cour suprême sont évocateurs du rôle de l'interprétation dans l'adaptation du *common law* à l'évolution de la société⁴³⁶. Après avoir rappelé que c'est au juge, et non au gouvernement, d'interpréter le sens des mots utilisés par le Parlement, elle affirme que « *les tribunaux reconnaissent que, lorsque le Parlement utilise un mot tel que "violence", les circonstances factuelles auxquelles il s'applique peuvent évoluer et changer au fil des ans.* »⁴³⁷. Quand le juge fait évoluer le sens d'un mot porté par une loi, précise Lady Hale, il doit néanmoins suivre un cadre particulier, celui de la volonté du législateur. Il doit se poser une question essentielle, celle de savoir « *si une signification actualisée est compatible avec l'objectif* »⁴³⁸ de la législation. Cette démarche avait également été rappelée dans la jurisprudence *Fitzpatrick* rendue en 1999 par la Chambre des Lords dans laquelle Lord Nicholls of Birkenhead affirmait que pour décider de l'évolution du sens d'un mot employé par la législation en cas de changements de circonstances, le juge doit se demander si ces dernières sont compatibles avec la volonté du Parlement⁴³⁹.

271. Dans la jurisprudence *Moohan* rendue par la Cour suprême en 2014, Lord Hodge reconnaissait qu'une des missions du juge de *common law* à travers son pouvoir d'interprétation, était d'adapter et de développer « *le common law par l'application raisonnée des principes établis par le common law afin de la maintenir au niveau des conditions sociales actuelles.* »⁴⁴⁰. En 2015, dans la décision *Transport for London v Uber London Ltd* rendue par la *High Court*, le juge refusa l'application de la théorie des *always speaking statutes* dans la mesure où la disposition législative contestée ne portait aucune limitation reflétant une vision

⁴³⁵ *Ibid.* : “If this proposition is right, as I believe it to be, it follows that on ordinary principles of construction the question before the House must be considered in the light of the law of freedom of expression as it exists today. The appeal to the original meaning of the words of the statute must be rejected.”.

⁴³⁶ *Yemshaw v. London Borough of Hounslow* [2011] UKSC 3.

⁴³⁷ *Ibid.*, par. 25 : “And the courts recognise that, where Parliament uses a word such as “violence”, the factual circumstances to which it applies can develop and change over the years.”.

⁴³⁸ *Ibid.*, par. 27 : “The essential question, as it was in *Fitzpatrick*, is whether an updated meaning is consistent with the statutory purpose – in that case providing a secure home for those who share their lives together.”.

⁴³⁹ *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd* [1999] UKHL 42, par. 53: “A statute must necessarily be interpreted having regard to the state of affairs existing when it was enacted. It is a fair presumption that Parliament's intention was directed at that state of affairs. When circumstances change, a court has to consider whether they fall within the parliamentary intention.”.

⁴⁴⁰ *Moohan and another (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 33 : “It is also not in doubt that the judiciary have the constitutional function of adapting and developing the common law through the reasoned application of established common law principles in order to keep it abreast of current social conditions.”.

portée par le législateur de la technologie au moment de son adoption⁴⁴¹. En l'espèce, le requérant considérait que la disposition législative en question ne pouvait dans sa signification originaire couvrir le cas des *Uber*, et qu'ainsi il fallait la considérer comme « *toujours parlante* » pour qu'elle puisse s'appliquer au cas d'*Uber*⁴⁴².

272. La théorie des *always speaking statutes* permet également au *common law* et au juge de disposer d'une certaine légitimité, à la manière d'un représentant de la société, bien que non élu. Cette légitimité nourrit la force du *common law* dans la justice constitutionnelle.

273. Outre la théorie des *always speaking statutes* et de manière générale, le juge peut également utiliser sa jurisprudence pour affirmer le rôle du *common law* dans l'adaptation du droit à la société. Dans la jurisprudence *Elgizouli* rendue par la Cour suprême en 2020, Lord Kerr rappelait que « *le droit, qu'il soit promulgué ou élaboré par le biais du common law, s'il fonctionne comme il le devrait, doit répondre aux besoins, aux normes et aux valeurs contemporaines de la société.* »⁴⁴³. Il poursuivait et affirmait : « *Alors que la compréhension approfondie de la psyché humaine et l'éclaircissement de la société augmentent avec la progression de l'éducation, de la tolérance et de la tolérance à l'égard de nos concitoyens, le droit doit progresser pas à pas avec ce progrès* »⁴⁴⁴. Par ces propos, Lord Kerr cherchait à justifier la reconnaissance par la Cour suprême d'un « *principe de common law selon lequel il est jugé illégal de faciliter le procès d'une personne dans un pays étranger lorsque, ce faisant, cette personne risque d'être exécutée.* »⁴⁴⁵.

274. Le rôle du *common law* dans la prise en compte des changements de la société pour régler des litiges relatifs à des questions constitutionnelles a été rappelé dans la décision *Jalloh* rendue par la Cour suprême en 2020. Lady Hale considérait comme une évidence le fait que le *common law* puisse être développé pour « *répondre aux besoins changeants de la*

⁴⁴¹ *Transport for London v. Uber London Ltd* [2015] EWHC 2918 (Admin).

⁴⁴² *Ibid.*, par. 33: “Mr Saini contended that if the Uber system was outside the prohibition in section 11 on its ordinary meaning, the section should be given an “always speaking” or “updating” meaning to cover changes in technology.”.

⁴⁴³ *Elgizouli (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2020] UKSC 10, par. 144 : “Law, whether enacted or developed through the common law, if it is operating as it should, must be responsive to society’s contemporary needs, standards and values.”.

⁴⁴⁴ *Ibid.*; “As a deeper understanding of the human psyche and the enlightenment of society increase with the onward march of education, tolerance and forbearance in relation to our fellow citizens, the law must march step-by-step with that progress.”.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, par. 142 : “I believe that the time has arrived where a common law principle should be recognised whereby it is deemed unlawful to facilitate the trial of any individual in a foreign country where, to do so, would put that person in peril of being executed.”.

société. »⁴⁴⁶. En l'espèce, les juges refusèrent de faire évoluer la signification, en *common law*, de la notion d'emprisonnement pour la faire correspondre à celle de privation de liberté comme entendue par la CourEDH⁴⁴⁷. Ils considéraient qu'une telle évolution n'était pas un développement du droit mais plutôt une évolution rétrograde du droit⁴⁴⁸.

275. La modulation de la souveraineté parlementaire par le juge, passe certes, par le rappel que la signification de la loi doit être déterminée au regard des circonstances actuelles mais s'arrêter là serait insuffisant. En effet, c'est le rôle majeur du juge en tant qu'auteur de la hiérarchie des normes qui lui a permis de conférer aux droits et lois constitutionnels une protection renforcée.

B) Le juge, un auteur de la hiérarchie des normes

276. En ayant élaboré la notion de « *loi constitutionnelle* » le juge a utilisé son pouvoir créateur pour compléter la hiérarchie des normes et a ainsi exercé la justice constitutionnelle. Le juge est venu peaufiner la catégorie juridique des lois primaires. Ce phénomène a été particulièrement visible avec la mise en place de la catégorie de la « *loi constitutionnelle* » dans la décision *Thoburn* en 2002 (1) et avec l'idée, sous tendue par la décision *HS2* rendue par la Cour suprême en 2014, qu'une hiérarchie pouvait exister à l'intérieur des « *lois constitutionnelles* » (2).

⁴⁴⁶ *R (on the application of Jalloh (Liberia)) (Respondent) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2020] UKSC 4, par. 33 : "It is, of course, the case that the common law is capable of being developed to meet the changing needs of society."

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

1) *L'impact considérable de la décision Thoburn (2002) et de la création jurisprudentielle des « lois constitutionnelles »*

277. La description toujours plus poussée de l'ordre juridique et des rapports entre les règles constitutionnelles et législatives témoigne d'une volonté pour les juges de définir toujours plus précisément l'ordre constitutionnel et la hiérarchie des normes dans lesquels ils opèrent. Par cette volonté, les juges ont indéniablement exercé la justice constitutionnelle. Les juridictions, en développant la catégorie des droits et des lois constitutionnels sont ainsi dans une logique d'appropriation de leur constitution, c'est-à-dire une logique de définition toujours plus poussée du sens et des effets juridiques des normes constitutionnelles⁴⁴⁹. Ici encore, l'intervention du juge semble d'autant plus importante qu'il opère sans s'appuyer sur une constitution écrite. En effet, dans la plupart des cas, c'est la constitution elle-même qui distingue la nature et la procédure qui caractérisent les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. L'intervention du juge dans la jurisprudence *Thoburn* représente ainsi une formidable démonstration d'une audace judiciaire, composante majeure du rapport de force entre les juges et les représentants.

278. En élaborant la catégorie de « *loi constitutionnelle* » en 2002, le juge divise la catégorie des lois ordinaires en deux sous-catégories (lois ordinaires constitutionnelles, lois ordinaires non constitutionnelles) auxquelles il attribue un régime juridique distinct : alors que les premières ne peuvent pas faire l'objet d'une abrogation implicite, les secondes le peuvent. En créant la catégorie de loi constitutionnelle et en y attachant une protection renforcée contre les atteintes du législateur, le juge confirme sa place essentielle dans la démocratie constitutionnelle britannique et dans l'encadrement de la souveraineté parlementaire par le *rule of law*. L'impossibilité de l'abrogation implicite pour les lois constitutionnelles part du principe, selon le juge, que le législateur est présumé œuvrer dans un cadre qui le dépasse et qui a son soutien. Ce cadre est, ici encore libéral et démocratique, et contient les grandes lois fondatrices de l'ordre constitutionnel britannique. De ce point de vue, la jurisprudence relative aux lois constitutionnelles prolonge celle portant sur les droits et libertés de *common law*. Le régime

⁴⁴⁹ Voir en ce sens LESTER Anthony. « The Magnetism of the Human Rights Act 1998 », *Victoria University of Wellington Law Review*, 2002, vol. 33, pp. 477-506. Dans cet article l'auteur rend compte du rôle important joué par les juges ces cinquantes dernières années dans la protection et la promotion de règles de nature constitutionnelle, p. 479 : « *Just as in New Zealand, so too in the United Kingdom, there have been important changes to develop new constitutional principles and structures. During the past half century, the process of constitutional adaptation has been actively carried out by Judges.* ».

juridique des lois constitutionnelles profite, ici aussi, au citoyen dont les droits posés par la législation constitutionnelle sont davantage protégés contre les empiètements du législateur.

279. Sont, notamment, considérées comme étant des lois constitutionnelles : la *Magna Carta* de 1215, la *Petition of Right* de 1628, le *Bill of Rights* et le *Claim of Rights* (pour l'Écosse) de 1689, l'*Act of Settlement* de 1701, l'*Act of Union* de 1707, le *Human Rights Act* de 1998, le *Scotland Act* de 1998, le *Northern Ireland Act* de 1998, le *Government of Wales Act* de 2006 et le *Constitutional Reform Act* de 2005⁴⁵⁰. Nul doute que cette liste est appelée à évoluer avec la jurisprudence, sans doute l'*European Withdrawal Act* de 2018 et l'*European (Withdrawal Agreement) Act* de 2020 mériteront dans le futur une telle qualification.

280. Dans la jurisprudence *Thoburn*, Lord Justice Laws adopte la définition classique d'une constitution au sens matériel et décrit les « lois constitutionnelles » comme étant celles qui « a) conditionnent le rapport juridique du citoyen avec l'État d'une manière générale et supérieure » et celles qui « b) élargissent ou diminuent l'étendue de ce que nous considérons désormais comme étant des droits constitutionnels fondamentaux »⁴⁵¹. Le juge rappelle couramment l'existence de lois ou d'instruments constitutionnels. Il confirme alors fréquemment sa création jurisprudentielle et sa vision de l'ordre constitutionnel qui semble désormais admise.

281. Cette distinction sera adoptée par la Cour suprême dans la décision *H v Lord Advocate* rendue en 2012. Lord Hope y affirma la « nature fondamentale constitutionnelle » du *Scotland Act* pour en déduire que ce dernier ne pouvait faire l'objet d'une abrogation implicite par une loi contraire postérieure⁴⁵². « Ses dispositions ne peuvent pas être considérées comme susceptibles d'être modifiées par un autre texte législatif dans lequel l'intention de modifier le *Scotland Act* n'est pas expressément énoncée. »⁴⁵³.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), par. 62: "In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b)."

⁴⁵² *BH (AP) (Appellant) and another v. The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland) KAS or H (AP) (Appellant) v The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland)* [2012] UKSC 24, par. 30: "But in my opinion only an express provision to that effect could be held to lead to such a result. This is because of the fundamental constitutional nature of the settlement that was achieved by the *Scotland Act*. This in itself must be held to render it incapable of being altered otherwise than by an express enactment."

⁴⁵³ *Ibid.*, : "Its provisions cannot be regarded as vulnerable to alteration by implication from some other enactment in which an intention to alter the *Scotland Act* is not set forth expressly on the face of the statute."

282. C'est ainsi qu'une sorte de constitution rigide fait progressivement son apparition au Royaume-Uni de par la reconnaissance juridictionnelle d'un objet appelé « *constitution* » et de par une volonté d'offrir à cet objet une protection particulière. En effet, comme l'affirmait Olivier Beaud une constitution rigide ne s'identifierait pas tant aujourd'hui par l'existence d'une procédure de révision spéciale que par l'existence d'une procédure visant à en assurer une protection juridictionnelle à l'égard des empiètements dont elle peut faire l'objet par les autres pouvoirs⁴⁵⁴. Certes, il évoque le cas de normes contenues dans une constitution écrite qui seraient sanctionnées par le juge, mais ce propos semble transposable au cas d'un juge appliquant une règle constitutionnelle qui ne serait pas écrite mais qui serait sous entendue par l'ordre constitutionnel.

283. Mark Elliott observe ainsi que la jurisprudence relative aux droits et lois constitutionnels témoigne d'une « *vision normative et hiérarchique de l'ordre constitutionnel qui n'est pas familier au regard du terrain constitutionnel de la doctrine Diceyenne* »⁴⁵⁵. Attribuer à certaines lois –et aussi à certains droits– un statut différent revient à contredire le constat du Justice Laws, selon lequel : « *Le common law ne parle généralement pas le langage des droits constitutionnels, pour la bonne raison qu'en l'absence de tout texte souverain, d'une constitution écrite qui est logiquement et légalement antérieure au pouvoir du législatif, de l'exécutif et du judiciaire, il n'existe à première vue aucune hiérarchie des droits telle que l'un d'entre eux est plus ancré dans le droit que tout autre.* »⁴⁵⁶.

284. La décision *Thoburn* a eu un impact considérable en opposant les lois constitutionnelles aux lois ordinaires. La jurisprudence *HS2* intervient des années après et pose une problématique nouvelle, témoignant d'un souci toujours plus grand pour les juges de

⁴⁵⁴ BEAUD Olivier. « Constitution et droit constitutionnel ». In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 257-266, p. 258 : « *Mais il semble que les tenants d'une conception normative ont de plus en plus tendance à considérer que le véritable critère d'appartenance formelle à la Constitution provient de ce qu'une norme inscrite dans une constitution écrite soit « appliquée », c'est-à-dire sanctionnée par le juge. Le critère de la reconnaissance juridictionnelle serait en train de remplacer le critère de la révision, ce qui suppose – et certains ont franchi ce pas– de considérer le juge comme un acteur coconstituant en vertu de son pouvoir prétorien de création des normes juridiques.* ».

⁴⁵⁵ ELLIOTT Mark. « Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom's Contemporary Constitution », *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 2014, n°49, pp. 11-12, p. 10 : “*The identification and protection of common-law rights and constitutional legislation (...) thus form part of a single constitutional endeavor which rests upon a normative-hierarchical vision of the constitutional order that is unfamiliar when viewed from the flat constitutional terrain of Diceyan orthodoxy.*”.

⁴⁵⁶ *Witham, R (on the application of) v. Lord Chancellor* [1997] EWHC Admin 237, par. 12 : “*The common law does not generally speak in the language of constitutional rights, for the good reason that in the absence of any sovereign text, a written constitution which is logically and legally prior to the power of legislature, executive and judiciary alike, there is on the face of it no hierarchy of rights such that any one of them is more entrenched by the law than any other.*”.

détailler la hiérarchie des normes : la problématique de la hiérarchisation des lois constitutionnelles.

2) La décision HS2 (2014) et la hiérarchisation des lois constitutionnelles

285. Dans la décision de 2014 rendue par la Cour suprême, deux dispositions considérées comme des « lois constitutionnelles » entraient en conflit : l'ECA de 1972 (désormais abrogé) et l'article IX du *Bill of Rights* de 1689. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si, conformément aux règles traditionnelles d'interprétation, les dispositions de la loi postérieure devaient primer sur celles de la loi antérieure. Cette question n'appelait pas de réponse claire et prédéterminée dans la mesure où cette règle d'interprétation avait été appliquée uniquement pour aborder un conflit entre deux lois ordinaires et non entre deux lois constitutionnelles.

286. Mark Elliott soulignait ainsi que trois approches étaient possibles pour les juges : la première consistait à raisonner en appliquant la règle de la loi antérieure implicitement abrogée par la loi postérieure ; la seconde consistait à dire qu'une loi constitutionnelle ne peut faire l'objet d'abrogation implicite par une loi postérieure qu'elle soit ordinaire ou constitutionnelle. La troisième approche impliquait de résoudre le conflit entre deux lois constitutionnelles en établissant une échelle de fondamentalité, c'est-à-dire en évaluant le degré de fondamentalité de chacune des lois. Cette troisième approche a été suggérée par Lord Neuberger et Lord Mance dans la décision qui, ce faisant, présentaient une image différente des lois constitutionnelles. Ils affirmaient ainsi qu'il était admissible que puissent exister certains « principes fondamentaux » contenus dans d'autres instruments constitutionnels ou dans le *common law* pour lesquels « le Parlement, lorsqu'il a promulgué la loi sur les Communautés européennes de 1972, n'a pas envisagé ou autorisé l'abrogation. »⁴⁵⁷.

287. L'existence d'une hiérarchie entre les lois constitutionnelles et des principes supérieurs à d'autres lois constitutionnelles n'a cependant été qu'effleurée par cette jurisprudence. En effet, les juges n'ont pas, en l'espèce, tranché la question de savoir si l'article IX du *Bill of Rights* faisait partie de ces « principes fondamentaux ». Néanmoins, comme

⁴⁵⁷ *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v. The Secretary of State for Transport and another (Respondents)* [2014] UKSC 3, par. 207 : "It is, putting the point at its lowest, certainly arguable (and it is for United Kingdom law and courts to determine) that there may be fundamental principles, whether contained in other constitutional instruments or recognised at common law, of which Parliament when it enacted the European Communities Act 1972 did not either contemplate or authorise the abrogation."

l'observe Mark Elliott, cette jurisprudence témoigne de l'intervention du juge dans la reconfiguration du système juridique. Cette jurisprudence propose, selon lui, une vision « *plus nuancée* » que celle –binaire- proposée par *Thoburn*⁴⁵⁸ : alors que cette dernière s'articulait sur l'opposition entre loi ordinaire et loi constitutionnelle, la décision *HS2* semble proposer une vision plus complexe de l'ordre juridique. Le juge, en faisant une différence entre la loi constitutionnelle et les principes qu'elle contient admet qu'il peut y avoir différents degrés de fondamentalité selon le principe concerné et l'importance qui s'y attache.

288. L'appropriation par les juges de la Constitution que reflète cette jurisprudence *HS2* participe à la juridictionnalisation de la justice constitutionnelle britannique, à l'expansion de l'emprise des juridictions sur la matière constitutionnelle⁴⁵⁹. Elle contribue également à l'effectivité c'est-à-dire à la meilleure application et à la meilleure protection des règles constitutionnelles.

289. Dans l'affaire *HS2*, les juges rappelaient également que « *si le Royaume-Uni n'avait pas de constitution écrite il disposait d'un certain nombre d'instruments constitutionnels* »⁴⁶⁰. Ici le juge, outre de confirmer sa création de la catégorie des « *lois constitutionnelles* », démontre sa volonté de définir la Constitution britannique en rejetant l'idée que le Royaume-Uni serait profondément différent des pays dotés d'une constitution écrite et rigide.

290. Plus les juges définissent ce qu'est la Constitution britannique et les droits et libertés qui en découlent, plus ils donneront aux justiciables des bases solides pour protéger leurs droits contre les décisions de l'administration et indirectement du législateur. Cette appropriation croissante de la Constitution par les juges a pour effet de peaufiner tant la

⁴⁵⁸ ELLIOTT Mark. « Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom's Contemporary Constitution », *op. cit.*, p. 8; ELLIOTT Mark. « Mark Elliot: Reflections on the HS2 case: a hierarchy of domestic constitutional norms and the qualified primacy of EU law », *UK Constitutional Law Association*, 23th January 2014, [en ligne], [consultée le 26 janvier 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/23/mark-elliott-reflections-on-the-hs2-case-a-hierarchy-of-domestic-constitutional-norms-and-the-qualified-primacy-of-eu-law/>.

⁴⁵⁹ ROUSSAINE Violaine. « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, vol. 4, n°29, 2003, pp. 12-18, « *Parler de juridictionnalisation ou de judiciarisation (suggérant l'extension du pouvoir des juridictions, ou seulement celles de l'ordre judiciaire) c'est focaliser l'attention sur des mécanismes de création de normes par les juges, en particulier dans des juridictions judiciaires, lieux de construction d'un droit prétorien* ».

⁴⁶⁰ *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v. The Secretary of State for Transport and another (Respondents)* [2014] UKSC 3., par. 207 : « *The United Kingdom has no written constitution, but we have a number of constitutional instruments. They include Magna Carta, the Petition of Right 1628, the Bill of Rights and (in Scotland) the Claim of Rights Act 1689, the Act of Settlement 1701 and the Act of Union 1707. The European Communities Act 1972, the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Reform Act 2005 may now be added to this list. The common law itself also recognises certain principles as fundamental to the Rule of law* ».

définition matérielle que formelle de la Constitution britannique. Tout en témoignant du rôle des juges dans la justice constitutionnelle, cette jurisprudence atteste aussi d'une autolimitation des juges, élément essentiel du rapport de force entre le juge et les représentants. Il s'agit ici pour les juges de reconnaître le pouvoir du Parlement d'abroger les lois constitutionnelles si telle est sa décision.

Conclusion du chapitre I

291. Les juges, et particulièrement la Cour suprême influencent considérablement le droit constitutionnel par le *common law*. Ils utilisent, depuis plusieurs siècles, cet outil jurisprudentiel pour définir et protéger un nombre important de règles constitutionnelles. Dans cette perspective, les juges participent à la définition et à la protection des traits fondamentaux de l'ordre constitutionnel. L'organisation de la hiérarchie des normes autour de la notion de souveraineté parlementaire et la nature libérale et démocratique sont ainsi des sujets abordés fréquemment par les juges et notamment la Cour suprême.

292. Bien plus, les juges sont venus définir et protéger un nombre impressionnant de règles constitutionnelles comme celles relatives à la séparation des pouvoirs et à la protection des droits et intérêts des gouvernés. Si le juge a pu être un gardien efficace de ces règles constitutionnelles fondamentales c'est, notamment, en raison des forces du *common law*, c'est-à-dire des éléments qui lui permettent d'être une source importante de règles et principes constitutionnels.

Chapitre II : Le juge et les forces du *common law*

293. Si le *common law* a permis au juge de s'affirmer en tant qu'acteur essentiel de la justice constitutionnelle britannique et auteur d'un nombre considérable de règles constitutionnelles, c'est en raison de l'autorité et de l'importance du *common law*.

294. Les outils qui ont forgé l'importance et l'autorité du *common law* sont de deux sortes. Les premiers sont les discours dont le *common law* est l'objet, discours (représentations et croyances) qui mettent en exergue son prestige et son importance fondamentale tant dans la formation du droit en général que dans la préservation des droits. Ces discours anciens tant que contemporains, proviennent parfois des juges, souvent des membres de la doctrine (qui parfois se confondent) qui louent les vertus du *common law*. Ce sont ces dernières qui forgent la légitimité des juges à intervenir dans la justice constitutionnelle (Section I).

295. Les seconds sont des techniques jurisprudentielles parmi lesquelles figurent les modalités d'interprétation et de contrôle des actes des gouvernants. Créées par les juges, elles leur ont permis d'utiliser le *common law* pour effectuer un contrôle plus poussé des décisions prises par les gouvernants, et ainsi pour activer leur responsabilité constitutionnelle. Ces techniques ont trait tant au procédé d'interprétation qu'aux modalités du contrôle juridictionnel et ont permises d'adapter le *common law* aux exigences de protection des droits (Section II).

Section I : Le prestige du *common law*

296. L'importance du *common law* comme outil de détermination et de protection des règles constitutionnelles s'explique par le prestige dont ce droit jurisprudentiel fait l'objet depuis plusieurs siècles. En effet, ce prestige est de nature à renforcer la légitimité de l'intervention du juge dans la justice constitutionnelle de deux manières : d'abord, car ce prestige est tiré de l'affirmation et de la croyance par un nombre important de juges et membres de la doctrine que le *common law* est ancré dans la raison et la coutume (I), ensuite, car les manières de raisonner des juges dans le cadre du *common law* ont permis de souligner son ancrage dans une continuité qui le dépasse d'une part, et son utilité d'autre part (II).

297. La légitimité soulignée ici n'est pas la légitimité démocratique mais plutôt celle selon laquelle « *la détention du pouvoir est justifiée par l'aptitude à gouverner* »⁴⁶¹. En effet, ce prestige du *common law* conduit à fonder le rôle fondamental du juge dans la prise de décision constitutionnelle sur sa capacité à refléter les visages passés et présents de la société.

298. L'importance du *common law* dans la justice constitutionnelle tient, dans tous les cas et dans une large mesure, au prestige que la doctrine⁴⁶² et les juges lui attribuent depuis plusieurs siècles. Il a notamment été souligné par Dicey qui a eu une influence considérable sur le droit britannique et dont le propos a d'ailleurs été, en partie, repris et actualisé par la doctrine du constitutionnalisme de *common law*. Martin Loughlin précise ainsi que les juristes universitaires de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle ont eu à cœur d'intégrer les « *valeurs de l'esprit du common law* »⁴⁶³. L'objectif des manuels juridiques conçus à cette époque était bien

⁴⁶¹ BARANGER Denis. *Le droit constitutionnel*, 1 vol. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 6^{ème} édition, 2013, 128 p., p. 72.

⁴⁶² De manière générale, la doctrine est importante car ses représentations peuvent directement influencer sur le rôle du common law. C'est ainsi que dans la *decision A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* de 2005 de la Chambre des Lords, Lord Bingham of Cornhill fondait l'idée que le *common law*, dès ses premiers jours, « *s'est fermement opposé à l'utilisation de la torture* » sur le fait que cette dernière a été continuellement rejetée par d'éminents juristes. Il fournit ainsi une liste d'auteurs et d'ouvrages pour illustrer l'idée d'un rejet continu de l'usage de la torture par le common law. Le rejet de la pratique de la torture « *a en effet été salué comme un trait distinctif du common law, objet de fières revendications de la part de juristes anglais tels que Sir John Fortescue (De Laudibus Legum Angliae, c. 1460-1470, ed S. B. Chrimes, (1942), chap. 22, pp 47-53), Sir Thomas Smith (De Republica Anglorum, ed L Alston, 1906, livre 2, chap. 24, pp 104-107), Sir Edward Coke (Institutes of the Laws of England (1644), partie III, chap. 2, pp 34-36). Sir William Blackstone (Commentaires sur les lois d'Angleterre, (1769) vol IV, chap. 25, pp 320-321), et Sir James Stephen (A History of the Criminal Law of England, 1883, vol 1, p 222)* ».

⁴⁶³ LOUGHLIN Martin. *Public Law and Political Theory*, op. cit., p. 47: "The absorption of the values of the common law mind with the analytical method was largely the work of the newly established academic lawyers who, as we have seen, emerged during the latter half of the nineteenth century."

d'affirmer la « *supériorité du common law* »⁴⁶⁴. En 1992, Martin Loughlin constatait même que les valeurs de cette tradition du *common law* étaient encore prégnantes sur l'étude et la pratique du droit public⁴⁶⁵. Dicey occupe une place particulière dans ce vaste paysage doctrinal. Ses écrits confèrent au *common law* un rôle tout à fait prestigieux. Comme le note Céline Roynier, les propos de Dicey ont fait l'objet d'une « *actualisation* », notamment, par le biais de la pensée de Trevor Allan et plus largement des constitutionnalistes de *common law*. Ce dernier, en effet, « *semble partager avec Dicey la tradition de la common law* »⁴⁶⁶.

I) La légitimité du *common law* : son ancrage dans la raison et la coutume

299. L'importance qu'a prise le *common law* comme outil de justice constitutionnelle s'explique par les qualités qui lui sont prêtées depuis plusieurs siècles. Ce droit jurisprudentiel serait non seulement l'expression de la raison (A) mais également la traduction juridique des coutumes et représentations de la société (B).

A) L'ancrage traditionnel du *common law* dans la raison

300. La force du *common law* dans la justice constitutionnelle s'explique par le lien qui est souvent opéré entre celui-ci et la raison. Ce lien, souligné dès le XVII^e siècle (1) existe toujours à l'époque contemporaine (2).

1) Un ancrage présent dès le XVII^e siècle

301. Edward Coke écrivait que le *common law* n'était rien d'autre que « raison ». Il appelait ici « raison » « *une perfection artificielle de la raison obtenue par une longue étude, observation et expérience* »⁴⁶⁷. Le juriste poursuit en indiquant ce que cette raison n'est pas, la

⁴⁶⁴ *Ibid.*, pp. 47-48 : « *The codifying dimension of the nineteenth-century textbooks was an exercise in constructing the subject in the image of the common law mind. These textbooks asserted the superiority of the common law and instilled a perception of statute law as an alien incursion.* ».

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 48 : « (...) *the values of this tradition, a blend of the analytical method and the common law approach, still dominate thinking about the study and practice of public law.* ».

⁴⁶⁶ ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, op. cit., p. 51.

⁴⁶⁷ POSTEMA Gerald. "Classical Common Law Jurisprudence (Part 2)", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2003, vol. 3, n°1, pp. 1-28, pp. 1-2 : "Coke famously wrote, 'the common law itself

raison naturelle attribuable à chaque individu. Telle était la pensée formulée par Coke dans la *First Part of the Institutes of the Laws of England* publié en 1628.

302. Dès le XVIIème siècle émergeait ainsi, un discours qui a contribué à l'importance du *common law* dans l'édiction du droit et du droit constitutionnel, un discours de monopolisation de la raison par le *common law*. L'idée que le *common law* était dépositaire de la raison artificielle permettait d'asseoir le pouvoir du juge dans la création du droit, du droit constitutionnel et par conséquent dans la justice constitutionnelle. Elle était fondée sur le scepticisme à l'égard « *des pouvoirs de raisonnement pratique du peuple ordinaire* »⁴⁶⁸. Cet argument faisait du *common law* un outil de domination, de fortification de l'aura du juge ou du praticien du droit, seuls dépositaires du droit.

303. Il est possible de situer les premières évocations de la « *raison artificielle* » par le juge Edward Coke dans un contexte d'opposition entre le juriste et le roi Jacques Ier. Ici encore, il n'est pas impossible de voir en ces évocations, les premières versions d'un rapport de force qui aujourd'hui encore, configure, bien que sous d'autres formes, le régime politique et la justice constitutionnelle. Le monarque avait à plusieurs reprises tenté de retirer des tribunaux certaines affaires pour les trancher personnellement⁴⁶⁹. Coke élaborait ainsi la notion de « *raison artificielle* » pour l'opposer à la « *raison naturelle* » du monarque et pour justifier l'incompétence de ce dernier pour trancher les affaires en question. L'opposition entre ces deux raisons trouve sa source dans le cadre du *Case of Prohibitions*⁴⁷⁰.

304. La « *raison artificielle* » est une notion complexe et multidimensionnelle précise Gérard Postema. Elle revêt ainsi 6 caractéristiques principales : 1) elle a avant tout une nature très pratique et pragmatique en ce qu'elle est focalisée sur l'objectif de répondre et de résoudre des problèmes concrets, 2) elle poursuit une « *mission publique* » dans la mesure où elle sert à résoudre les problèmes pratiques de la vie sociale tout en prenant en compte le *Commonwealth* dans lequel elle s'inscrit ; 3) il s'agit d'une notion qui n'a de sens que dans un certain contexte, elle ne découle ainsi pas de l'apprentissage par le juge de principes abstraits et généraux mais plutôt de son immersion continue dans la pratique du droit ; 4) cette « *raison artificielle* » n'est

is nothing else but reason', but rushed to add that by this he meant 'an artificial perfection of reason gotten by long study, observation, and experience, and not of every man's natural reason.'".

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 2 : "It is impossible to avoid the thought that this notion of the artificial reason of common law was rooted in a deep scepticism of the practical reasoning powers of ordinary people and the blatant self aggrandizement of a professional elite."

⁴⁶⁹ *Ibid.* : "Although the term 'artificial reason' soon took on a life of its own, it is important to note at the outset that one of the earliest uses of it came in Coke's response to a series of attempts by James I to remove from the common law courts certain cases of interest to him and to decide them personally."

⁴⁷⁰ *Prohibitions del Roy* [1607] 12 Co Rep 63; 77 ER 1342.

pas une œuvre théorique mais pragmatique ; 5) elle est considérée comme intrinsèquement « *discursive* » « *c'est-à-dire comme une question de raisonnement et d'argument délibéré dans un contexte interlocutoire* », 6) la raison du *common law* est considérée comme étant une raison « *commune* » ou « *partagée* »⁴⁷¹, via l'expérience du droit et non par le simple usage de la réflexion humaine ordinaire. C'est une raison « *commune* » du fait de sa nature discursive. Elle correspond à une activité d'argumentation et de délibération qui n'est jamais solitaire, elle implique nécessairement plusieurs interlocuteurs⁴⁷².

305. Si le *common law* est de nature à exprimer les valeurs de la société, elles ne seraient pas accessibles à tous et quel qu'en soit le support : elles s'expriment par le droit et peuvent donc être exposées que par ceux qui étudient le droit. Thomas Hobbes s'opposera foncièrement à cette vision en considérant que la connaissance de la coutume et du droit ne peut être le monopole des « *common lawyers* », toute personne pouvant, selon lui, avoir accès à cette connaissance⁴⁷³.

306. Cette manière de considérer le *common law* comme le réceptacle de la raison demeure aujourd'hui, notamment à travers les propos des constitutionnalistes de *common law*.

⁴⁷¹POSTEMA Gerald. "Classical Common Law Jurisprudence (Part 2)", *op. cit.*, pp. 1-28, p. 8: "*The practice of 'artificial reason' disciplined individual reason in three important ways. First, it demanded fidelity to the body of recorded experience of argument and decision. This shaped decisively the kinds of arguments that could be put forward for any contested legal claim. As Milsom once put it, 'the reasoning adopted yesterday may not have caused yesterday's result; but it governs the terms in which today's dispute is put to a court, or is not put because the lawyers cannot now make a case of it'. 37 Artificial reason disciplined individual reason, secondly, by subjecting every judgment and argument to cross-examination in a public forum according to public standards of success and failure. Thirdly, artificial reason forced the practitioner of this art of reasoning to strive for common judgment in the face of dispute and disagreement. This leads me to the final salient characteristic of the artificial reason of common law. Finally, the reason of common law was regarded as common or shared. It was not 'natural' in the sense of being merely a capacity of individuals exercised separately; hence, Coke's contrast between the artificial reason of the common law and private natural reason.*".

⁴⁷² *Ibid.*, p. 9 : "*Artificial reason was an intellectual competence, a discursive faculty, that was learned like all other disciplines through participating in a common practice. In this case, it was the practice of public forensic argument, situated and moving about in a world of recorded experience of 'human affairs and conversation'. Part of the point of insisting on the exercise of 'discursive' reason in court was to reap the benefits of many participants in the deliberative enterprise, but it was also to bring home that the deliberative activity is never solitary, never done for one's own part only. The artificial reason of the law is common reason.*".

⁴⁷³ HOBBS Thomas. *Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common law d'Angleterre*, Canada, Les Classiques des sciences sociales, 2009, [en ligne] [consultée le 05 décembre 2016], http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/dialogue_philosophe_common_law/dialogue_philo_commo_n_law.pdf.

2) *Le common law, véhicule d'une raison actualisée*

307. L'emprise du *common law* sur la justice constitutionnelle peut se comprendre aujourd'hui par le lien opéré entre ce droit jurisprudentiel et la raison. Cette relation, soulignée par le *common law constitutionalism* repose néanmoins sur une version actualisée de la raison, bien que liée à celle exprimée dès le XVII^{ème} siècle. En effet, la doctrine du *common law constitutionalism* fonde son discours sur une lecture particulière des événements du XVII^{ème} siècle. Ceux-ci constituent, selon eux, une illustration de la victoire des juges sur le pouvoir monarchique, une victoire du droit sur le pouvoir personnel. Cette période est vue par les tenants du *common law constitutionalism* comme un moment de « *triomphe constitutionnel* »⁴⁷⁴ ; un moment où les juridictions ont pûes s'opposer au pouvoir royale et affirmer leur indépendance⁴⁷⁵.

308. La doctrine du *common law constitutionalism* prône ainsi que la définition et la protection des droits et des règles constitutionnelles reviennent prioritairement aux juridictions. « *Ces dernières années, l'affirmation centrale et la plus frappante du constitutionnalisme de common law a été que le précédent et la tradition incarnent une certaine forme de sagesse latente* »⁴⁷⁶. Parmi les promoteurs de cette doctrine figurent TRS Allan, Jeffrey Jowell ou encore Dawn Oliver.

309. Ce courant doctrinal, repose, selon Adam Tomkins, sur la croyance que le politique est une menace, soumis aux passions humaines⁴⁷⁷ et qu'ainsi le *common law* est un outil préférable de protection des droits et par conséquent, de justice constitutionnelle : le *common law* est à l'abri des passions, caractérisé par la raison et la logique.

310. Comme l'affirme Thomas Poole, le *common law constitutionalism* peut être compris comme « *une revitalisation de la tradition du common law : c'est-à-dire une tentative*

⁴⁷⁴ TOMKINS Adam. *Our Republican Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, 156 p., p. 69 : “*Common lawyers do not generally view the early seventeenth century as having been a time of common law failure. On the contrary, the period is celebrated as a moment of almost revolutionary constitutional triumph.*”.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ VERMEULE Adrian. “Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason”, *Columbia Law Review*, 2007, vol. 107, n°6, pp. 1482-1532, p. 1482: “*A central claim of common law constitutionalism has been that precedent and tradition embody some form of latent wisdom*”.

⁴⁷⁷ TOMKINS Adam. *Our Republican Constitution*, op. cit., p. 13 : “*The common law is able to set (and enforce) such limits because, unlike politics, it speaks dispassionately in the cool language of reason and logic : (...).*”.

de reconfigurer le common law comme un site premier de normativité »⁴⁷⁸. Adam Tomkins résume clairement les 6 idées centrales du *common law constitutionalism* : 1) le droit est une activité distincte mais aussi supérieure au politique, 2) le lieu principal dans lequel le droit existe et se développe est la juridiction, 3) les individus doivent, autant que possible, être libres d'interférences de la part du gouvernement ; 4) quand l'interférence du gouvernement est inévitable elle doit être limitée et justifiée par la raison, 5) les questions de l'étendue et de la justification de l'interférence gouvernementale relèvent de la compétence des juridictions, 6) le droit doit contrôler le gouvernement à travers le développement de règles spécifiques et des principes généraux de légalité⁴⁷⁹.

311. L'existence d'une telle doctrine, même si elle rencontre de nombreux détracteurs, peut néanmoins constituer une source de fortification du rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Ce sera par exemple le cas quand le juge est lui-même un fervent défenseur de cette doctrine et qu'il la mettra en œuvre dans la jurisprudence. Ce sera le cas de John Laws par exemple qui est intervenu dans plusieurs arrêts abordant la notion de « *droits constitutionnels* ».

312. La force du *common law* dans la justice constitutionnelle provient sans doute de sa capacité à paraître légitime. Il est en effet considéré, depuis plusieurs siècles, comme l'expression de la raison. Bien plus, cette emprise du *common law* sur la justice constitutionnelle s'explique également par sa capacité à se faire le gardien de la coutume du pays et de la communauté.

B) L'ancrage du common law dans la coutume et dans la communauté

313. L'importance que prend le *common law* dans la justice constitutionnelle s'explique notamment par le lien opéré par certains juges et membres de la doctrine entre ce

⁴⁷⁸ POOLE Thomas. « Questioning Common-Law Constitutionalism », *Legal Studies*, 2006, vol. 25, issue 1, pp. 142-163, p. 142 : « *I have argued elsewhere that common law constitutionalism can perhaps best be understood as a reinvigoration of the common law tradition: that is, an attempt to reconfigure the common law as a primary site of normativity.* »; POOLE Thomas. « Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism », *Oxford Journal of Legal studies*, 2003, vol. 23, issue 3, pp. 435-454, p. 439: « *The essence of the theory of common law constitutionalism is there configuration of public law as aspects of constitutional politics centred on the common law court. The court, acting as primary guardian of a society's fundamental values and rights, assumes, on this account, a pivotal role within the polity.* ».

⁴⁷⁹ TOMKINS Adam. *Our Republican Constitution*, *op. cit.*, p. 11.

droit jurisprudentiel et les pratiques de la société. Cette manière de considérer le *common law* est ancienne (1) et persiste aujourd'hui, sous d'autres traits (2).

1) *L'ancrage ancien du common law dans la coutume*

314. Le prestige affirmé du *common law* en faisait, au XVII^{ème} siècle, le réceptacle ultime de la coutume et de la raison. Ce sont ces deux notions qui ont donné « *forme et structure à la conception du droit des juristes de common law* »⁴⁸⁰. La coutume et la raison étaient considérées comme interdépendantes : une coutume n'était admissible que si elle était conforme à la raison et la raison était contenue dans les pratiques communes du droit⁴⁸¹. Cette pensée était le résultat de la réflexion de juristes engagés qui étaient tant des « *juristes, juges, conseillers royaux ou encore parlementaires* »⁴⁸². Ainsi le prestige du *common law* était issu des praticiens plus que des théoriciens. Cette consécration passée a assise l'importance du juge de *common law* dans la justice constitutionnelle et a participé au rapport de force qui, aujourd'hui encore, oppose les juges aux représentants. Cette gloire, ce prestige s'ancrent dans un récit, aujourd'hui persistant.

315. Le fait que le *common law* était l'expression d'une coutume générale « *de l'ancien temps et utilisée dans tout le royaume* »⁴⁸³ était une idée partagée par tous les *common lawyers* du XVII^{ème} siècle. Trois éléments étaient néanmoins sources de désaccords : 1) la question de la nature immémoriale du *common law*, 2) la relation entre le *common law* et les coutumes du peuple, 3) la question de la force normative de la coutume du *common law*.

316. Deux approches s'opposaient alors : celle des juristes Coke et Davies d'une part et celle des juristes Hale et Selden de l'autre. Alors que les deux premiers concevaient le

⁴⁸⁰ POSTEMA Gerald. "Classical Common Law Jurisprudence (Part 1)", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2002, vol. 2, n°2, pp. 155-180, p. 167 : "The categories of custom and reason gave shape and structure to the commonlawyers' conception of law. In their eyes, these two notions were complementary, mutually qualifying and mutually enhancing."

⁴⁸¹ POSTEMA Gerald. "Classical Common Law Jurisprudence (Part 2)", *op. cit.*, p. 1 : "Custom and reason, we learned in part I of this article, were the organizing concepts of the classical understanding of common law, and because they were central, they were also much contested. We also learned that these notions were regarded as interdependent: custom was always subject to the test of reason, but reason was embodied in the common practices of law."

⁴⁸² POSTEMA Gerald. "Classical Common Law Jurisprudence (Part 1)", *op. cit.*, p. 157 : "Classical common law jurisprudence was articulated by reflective but politically engaged jurists in the 17th century. These common law jurists—it would be misleading to call them 'common law theorists'—were active participants in the legal practice of their day. They were lawyers, judges, royal counsellors and parliamentarians, not philosophers or scholars; they were legal practitioners, not detached observers."

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 168.

common law comme la retranscription d'une coutume immémoriale, demeurée inchangée depuis plusieurs siècles, Hale et Selden étaient opposés à cette représentation. Ainsi, ils refusaient de concevoir le *common law* comme un dépositaire de coutumes demeurées inchangées depuis des temps anciens. Ces deux auteurs avançaient plutôt que le *common law* était le fruit d'une constante évolution opérée à travers l'histoire.

317. Fonder le *common law* sur la coutume permettait au juge d'être en lien avec la société, lien qui perdure aujourd'hui notamment avec la théorie des *always speaking statutes*. Il endossait le rôle de protecteur, de gardien des coutumes de la société et ce faisant assurait sa légitimité, légitimité qui ne pouvait que renforcer son aura et son rôle dans la création du droit et du droit constitutionnel. « *Tout au long de son histoire, le common law a été compris comme étant la loi et les coutumes communes à tout le royaume d'Angleterre, c'est-à-dire à tous les hommes libres du royaume, administrées par un système judiciaire centralisé à compétence nationale.* »⁴⁸⁴. Le fait d'accorder au *common law* le statut de dépositaire des coutumes donne au juge un statut particulièrement intéressant observe Denis Baranger. Il est à la fois « *gouvernant et gouverné, détenteur d'autorité politique et jurisconsulte, c'est-à-dire porteur d'un savoir.* »⁴⁸⁵. Le juge « *qui dit le droit fait part d'un acte de contemplation en même temps qu'il donne le jour à un énoncé, qu'il le rend effectif et 'vivant'* »⁴⁸⁶.

318. Dès le XVII^{ème} siècle, le *common law* tirait sa force du discours des *common lawyers*. La doctrine dite de l'Ancienne Constitution est la parfaite illustration de cette glorification du *common law* en tant qu'outil de définition et de limitation du pouvoir. Elle est le fruit des juristes et trouve sa source principale dans la pensée du juriste Edward Coke, auteur des *Reports*, ont été publiés en onze parties entre 1600 et 1615, ainsi que des *Institutes of the Laws of England* (1628-1644)⁴⁸⁷. C'est J.A.G Pocock qui mit en lumière l'existence d'une telle doctrine au XVII^{ème} siècle⁴⁸⁸.

319. L'Ancienne Constitution érige le *common law* en droit fondamental, c'est-à-dire en droit qui préexiste et s'impose aux gouvernants. Denis Baranger observait ainsi que l'idée d'Ancienne Constitution « *a pour base la conviction que la common law doit être interprétée*

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 157 : “*Common law was understood throughout its history to be the law and customs common to the whole kingdom of England, that is, to all free men in the realm, administered by a centralized court system with nationwide competence*”.

⁴⁸⁵ BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 2008, 315 p., p. 25.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ BURNS HENDERSON James. *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 738 p., p. 341.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

comme un droit fondamental, à savoir un ensemble cohérent de règles et de procédures protectrices de la liberté auquel il faut reconnaître un statut de suprématie sur le reste du droit et sur l'action du gouvernant »⁴⁸⁹.

320. L'objectif d'un tel propos était d'asseoir le pouvoir institutionnel des juridictions et de lutter contre « l'extension du pouvoir monarchique »⁴⁹⁰. « L'Ancienne Constitution n'est pas une doctrine scientifique, mais une tentative pour ériger la common law en source exclusive du pouvoir »⁴⁹¹. « C'est dans ce creuset qu'Edward Coke, (...), est devenu le porteur quasi mystique de la common law comme puissance flottant au-dessus des hommes et régnant sur eux. »⁴⁹². L'Ancienne Constitution était le fruit d'une radicalisation de la pensée qui s'est opérée, comme l'observe Denis Baranger, « dans le contexte politique du règne des deux premiers rois Stuart. »⁴⁹³.

321. Cette doctrine reposait sur l'idée que le *common law* était le réceptacle de règles et de principes provenant d'une coutume immémoriale. C'était une manière comme le notait J.A.G Pocock d'affirmer que ces règles échappaient au pouvoir politique des gouvernants et à sa volonté car elles lui préexistaient, elles existaient depuis des temps immémoriaux⁴⁹⁴. Les coutumes ne faisaient toutefois partie de l'Ancienne Constitution qu'à condition de satisfaire à certains critères. Selon le *First Part of the Institutes* (1628) les coutumes acquéraient force de loi au vu d'une prescription. En effet comme le rappelle James Henderson Burns « pour être autorisées par le droit commun, ces coutumes devaient être en accord avec la raison et avec la volonté de Dieu exprimées dans les Écritures »⁴⁹⁵. Bien plus, « avant que des coutumes pussent être considérées comme prescriptibles, elles devaient avoir existé avant (ou antérieurement à) une époque dont on gardait la mémoire, sans qu'il existât de témoignage écrit en sens contraire »⁴⁹⁶. De manière générale, on se référait à la date du couronnement de Richard Ier, le 3 septembre 1189, « pour distinguer le temps antérieur à la mémoire du temps couvert par la

⁴⁸⁹ BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, op. cit., p. 37.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁹⁴ J.G.A. *The Ancient Constitution and the Feudal Law – A Study of English historical Thought in the Seventeenth Century*, London, New York, New Rochelle, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1987, 402 p, p. 46: "Put very briefly, what occurred was that belief in the antiquity of the common law encouraged belief in the existence of an ancient constitution, reference to which was constantly made, precedents, maxims and principles from which were constantly alleged, and which was constantly asserted to be in some way immune from the king's prerogative action".

⁴⁹⁵ BURNS HENDERSON James. *Histoire de la pensée politique moderne*, op. cit., p. 342.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

mémoire ; on disait que tout ce qui avait eu lieu depuis faisait partie du temps couvert par la mémoire »⁴⁹⁷. Il est donc requis que l'ancrage de la coutume dans la communauté échappe à la mémoire et à l'intervention des Hommes. Si la théorie de l'Ancienne Constitution semble prouver que le *common law* renferme depuis longtemps une logique propre à la justice constitutionnelle et au constitutionnalisme, celle-ci n'était que très peu mise en pratique. Elle est en plus tombée en désuétude à partir du XVIIIème siècle⁴⁹⁸.

322. La doctrine de l'Ancienne Constitution a participé au renforcement du statut du juge qui légitime son pouvoir par son rôle de gardien et énonciateur de la coutume immémoriale. En effet, « le statut du juge est ici particulièrement intéressant, parcequ'il est à la fois gouvernant et gouverné, détenteur d'autorité politique et jurisconsulte, c'est-à-dire porteur d'un savoir. »⁴⁹⁹. Ainsi, « le juge qui dit le droit fait part d'un acte de contemplation en même temps qu'il donne jour à un énoncé, qu'il le rend effectif et vivant »⁵⁰⁰.

323. D'un point de vue philosophique le *common law* renferme ainsi depuis longtemps certains éléments essentiels à la justice constitutionnelle moderne, notamment ceux relatifs à l'idée que les gouvernants oeuvrent dans un cadre qui les dépasse.

324. Cette doctrine de l'Ancienne Constitution avait néanmoins ses zones d'ombre : est souvent mise en avant, l'imprécision de ce que recouvrait réellement les termes « d'Ancienne Constitution » ou encore de « lois fondamentales », leur sens pouvant varier selon les acteurs qui l'utilisaient (roi, juges, Parlement). Ces dernières n'avaient ainsi pas le même sens précis tant juridique et politique que celui qui est attribué aux constitutions actuelles. La notion de « lois fondamentales » dans la tradition anglaise ne recouvre donc pas le sens qu'on leur attribue généralement aujourd'hui : lois qui ne peuvent être modifiées ni abrogées par une procédure législative ordinaire⁵⁰¹. Le caractère mystique de la doctrine de l'Ancienne Constitution explique également en quoi cette dernière a été et demeure vivement critiquée. Denis Baranger souligne ainsi l'importante ambiguïté de cette construction doctrinale⁵⁰².

325. Si la doctrine de l'Ancienne Constitution appartient désormais au passé, sa logique n'est pas totalement morte. Cette pensée du XVIIème siècle a en effet laissé des traces

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ GOUGH Wiedhofft John. *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1992, 250 p., p. 10.

⁵⁰² BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 37.

dans la manière de réfléchir au rôle du *common law*. Ce dernier trouve ainsi, toujours, selon certains sa force dans son ancrage dans la coutume c'est-à-dire dans les pratiques de la société, de la communauté.

2) *L'ancrage réaffirmé du common law dans la communauté*

326. Les partisans du *common law constitutionalism* font du *common law* le réceptacle des valeurs et opinions de la société. Elle exprime aussi l'idée que ces valeurs, provenant de la communauté ne peuvent être changées par le juge⁵⁰³. Elles lui préexistent et lui sont extérieures, en les énonçant et en les protégeant le juge accroît sa légitimité et ainsi son emprise sur la justice constitutionnelle. Trevor Allan, tout en faisant écho aux propos tenus par Edward Coke au XVII^{ème} siècle, rappelle que le développement du *common law* se produit dans le cadre de la « communauté », et que celui-ci est complètement dépendant de l'idée de « raison »⁵⁰⁴. Bien plus, il insiste sur le caractère « réceptif » du *common law* qui accueillerait finalement les visions morales de tous ceux qui contribuent à la prise de décision dans un cas donné, soit en avançant des arguments juridiques soit en donnant des jugements sur les questions constitutionnelles importantes⁵⁰⁵.

327. John Laws indique aussi le lien étroit entre *common law* et communauté, le premier ayant pour but de refléter « l'humeur du peuple »⁵⁰⁶. Ainsi, « le juge parle de sa propre voix, trouvant dans son propre sein les coutumes du peuple : le juge est l'interprète des coutumes du peuple ou des mœurs du peuple (...) »⁵⁰⁷. Mark Elliott aussi opère l'ancrage du *common law* dans la société : il n'est pour lui que la consécration judiciaire de coutumes issues des institutions ou même de la communauté⁵⁰⁸. On retrouve la même idée de « lien avec la communauté » dans les propos de Ronald Dworkin pour lequel les « principes », opposés aux « règles », sont finalement l'expression de valeurs fondées sur des exigences de « justice » et

⁵⁰³ GOLDSWORTHY Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 326 p., pp. 49-52.

⁵⁰⁴ ALLAN T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 344 p.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ LAWS John. *The Common law Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 90 p., p. 9: "The common law reflects and moderates the temper of the people as age succeeds age."

⁵⁰⁷ DAVID Edward. « Le rôle de la jurisprudence dans le common law », [en ligne], [consultée le 15/05/2020], <http://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/1999-le-role.pdf>.

⁵⁰⁸ ELLIOTT Mark. « Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention », *Legal Studies*, 2002, vol. 22, issue 3, pp. 340- 376.

« de moralité »⁵⁰⁹ et qui sont acceptées par la communauté. Ces principes expriment « des exigences de justice partagées par la communauté politique dont il s'agit et, en même temps, constituent le fondement moral, la justification éthico-politique, du droit positif »⁵¹⁰. Comme le note Jeffrey Goldsworthy, « les juges n'ont pas l'autorité de changer ces « principes », mais ont le pouvoir de déclarer soit que ces principes ont effectivement changés, soit que la compréhension que l'on avait traditionnellement d'eux était erronée »⁵¹¹. La jurisprudence, étudiée dans le premier chapitre, dans laquelle les juges rappellent la nature libérale et démocratique du régime politique britannique est un exemple du lien entre juges et communauté. Le juge, ici, exprime les traditions de la communauté politique qui apparaissent comme des éléments objectifs, extérieurs à la volonté du juge. Un tel rappel accroît la légitimité du juge qui se fait le gardien des manières de penser le pouvoir dans la société britannique.

328. Certains auteurs insistent également sur les vertus démocratiques du *common law* et mettent en avant des points de convergence entre la prise de décision jurisprudentielle et celle qui se déroule au sein des institutions démocratiques représentatives. De ce point de vue aussi, le *common law* est en lien avec la société qui l'entoure. Pour Stelein Matthew, on retrouve dans le *common law* les principes d'égalité et de participation qui sont au cœur des procédures démocratiques parlementaires, le juge et le législateur ont ainsi des points commun⁵¹².

329. Le prestige du *common law* et son importance dans la justice constitutionnelle s'explique également par la fondamentalité de ce droit jurisprudentiel dans la protection des règles constitutionnelles. Cette fondamentalité est encouragée par la doctrine, par le biais des représentations qu'elle en fait, notamment dans la société civile et dans les milieux académiques et universitaires. Parmi les pans influents et contemporains de la doctrine qui participent à

⁵⁰⁹ DWORKIN Ronald. *Taking Rights Seriously*, London and New York, Bloomsbury, 1977, 444 p., p. 39: "I call a 'principle' a standard that is to be observed, (...) because it is a requirement of justice (...) or some other dimension of morality".

⁵¹⁰ GUASTINI Riccardo. « Dworkin Donald (né en 1931) *Taking Rights Seriously* », *op. cit.*, p. 155.

⁵¹¹ GOLDSWORTHY Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, *op. cit.*, p. 52: "These principles may therefore change if other parts of the system change. Judges do not have authority to change them, but do have authority to declare either that they have changed, or that previous understandings of them were mistaken."

⁵¹² STELEIN Matthew. « The Democratic Common Law », *The Journal Jurisprudence*, 2011, pp. 437-485, p. 481 : "The appearance of contrast here is somewhat misleading. The institutional framework in which political deliberation takes place is in fact similar to that of the common law in the relevant respects. Deliberation between citizens can only go so far in a representative democracy. Eventually matters must come to a vote, and they typically do so within one or more legislative bodies. With respect to the views of those bound by a collective decision, legislators in these bodies operate much like judges on a panel; while they may aim to demonstrate to constituents that a collective decision is wise, the validity of the decision does not in any way turn on their successfully doing so. Nor are citizens entitled under positive law to simply go about their business and ignore a collective decision they regard as wrong-headed or unjust, if collective decisions are to serve their most basic function".

l'affirmation de l'aura du juge dans la protection des droits figurent deux mouvements : celui des positivistes du XIX^{ème} siècle et celui du *common law constitutionalism* réaffirmé au XX^{ème} siècle.

330. Bien plus que d'être ancré dans la raison et la coutume, il semble que le fait pour le *common law* de fonctionner dans la continuité et d'être -malgré les évolutions du droit constitutionnel britannique- toujours reconnu comme étant un droit utile pour la protection des droits, participe à sa légitimité, c'est-à-dire à son aptitude à être un outil de prise de décision constitutionnelle.

II) La légitimité du *common law* : de sa continuité à son utilité

331. L'emprise du *common law* sur la justice constitutionnelle repose sur la légitimité apparente du juge, ce dernier inscrivant sa démarche dans une continuité qui semble le dépasser (A). En outre, si le *common law* a pu être un outil considérable de justice constitutionnelle c'est bien parcequ'il est considéré depuis longtemps et encore aujourd'hui comme un outil particulièrement utile pour la protection des droits (B).

A) La légitimité du *common law* tirée de sa démarche dans la continuité

332. La force du *common law* comme source de règles constitutionnelles provient de son élaboration au fil du temps. Cette continuité inscrit l'œuvre du juge dans une tradition juridique et nourrit l'image d'un juge qui découvre plus qu'il ne crée le droit. Les juridictions, à travers ce droit jurisprudentiel, adaptent le droit aux circonstances nouvelles tout en conservant des principes fondamentaux (comme par exemple l'idée de la définition du pouvoir des représentants par la liberté qui est présente, par exemple, tant dans la doctrine de l'Ancienne Constitution, que dans la conception négative et résiduelle des libertés et dans la notion de droits et lois constitutionnels). « *Il apparaît ainsi que, dans toute son histoire, le 'common law' tout à la fois change et ne change pas, exactement comme un fleuve qui coule, qui reste toujours lui-même en n'étant jamais le même, (...).* »⁵¹³. Pour John Laws la méthode du *common law* repose sur quatre piliers : l'évolution, l'expérience, l'histoire et la distillation. Le *common law*

⁵¹³ PICARD Etienne. « Common Law », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 238-245, p. 242.

est un outil qui permet au juge de s'adapter aux évolutions de la société tout en restant ancré dans l'histoire, et ainsi dans la tradition⁵¹⁴.

333. Cette continuité peut s'expliquer, selon Denis Baranger, par le fait que « *Chaque époque du droit politique absorbe beaucoup d'éléments de la précédente* »⁵¹⁵. L'auteur distingue trois grandes périodes dans « *la formation des manières de parler en droit politique britannique* » : celle de « *l'Ancienne Constitution* », de la « *Constitution d'Angleterre* » et enfin du « *Droit constitutionnel* ». L'auteur met en avant cette continuité sans rupture fatale et précise que « *l'Ancienne Constitution* (...) *conserve une présence dans 'la Constitution de l'Angleterre' (...) et celle-ci est une manière de penser dont a besoin, par endroits, le 'Droit constitutionnel' (...)* »⁵¹⁶.

334. Cette démarche dans la continuité, fondée sur conservation et adaptation, s'explique par la règle du précédent⁵¹⁷. Elle s'est imposée avec rigueur depuis le XIX^{ème} siècle, précisent René David et Camille Jauffret-Spinosi⁵¹⁸. L'adoption des *Judicature Acts* en 1873 et 1875 bouleversa l'organisation juridictionnelle en établissant un système hiérarchique de juridictions afin d'éviter que les jugements rendus par différentes juridictions n'entrent en conflit⁵¹⁹. L'*Appellate Jurisdiction Act* de 1876 quant à lui créait la catégorie professionnelle

⁵¹⁴ LAWS John. *The Common law Constitution*, op. cit., p. 6: "the method of common law is fourfold: evolution, experiment, history and distillation."

⁵¹⁵ BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*, op. cit., p. 10.

⁵¹⁶ *Ibid.*, pp. 10–11.

⁵¹⁷ Lord Carnwath of Notting Hill JSC. "Judicial Precedent – Taming the Common Law", *NMLR Annual Lecture Series*, 7th june 2012, pp. 1-21, p. 2 : "The truth of the matter is that the doctrine of judicial precedent, or stare decisis, is central to the strength of the common law, as practised in both our countries. Without it, in the words of Lord Neuberger MR, "the notion of a corpus of law built up in a reasonably coherent and consistent way by the judiciary is a dead letter"."

⁵¹⁸ DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille. *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., p. 282.

⁵¹⁹ "The *Judicature Acts* of 1873 and 1875", *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicature_act/ : "The higher court system, which had existed since the Middle Ages, was completely reorganised by the *Judicature Acts* passed by Parliament in 1873 and 1875. (...)The demand for such reform came from Britain's leading industrial, commercial and financial interests who found that complex commercial cases often required the attention of different branches of law in different courts.

Under the 1873 Act the old higher courts were abolished and a new Supreme Court of Judicature was created consisting of the High Court of Justice and the Court of Appeal.

The High Court was divided into five specialist divisional courts based on the old central courts (King's Bench, Common Pleas, Exchequer, and Chancery), with the addition of the new Probate, Divorce and Admiralty division. Further trimming of the system took place in 1880 when the Common Pleas and Exchequer divisions were abolished. This radical restructuring did much to unify the system and allowed the ending of ancient and time-consuming practices.

The establishment of a single Court of Appeal above the High Court simplified the varied procedures of appeal in civil cases. But it was not until 1907, with the Criminal Appeal Act, that Parliament created the right of appeal against criminal convictions and created the Court of Criminal Appeal. Previously, decisions in criminal cases could only be reversed by the Home Secretary.

des *Law Lords* et excluait les Lords de la fonction judiciaire. Ces différentes lois ajoutées à la création des *Law Reports* en 1865 encouragèrent l'émergence de la théorie du précédent telle qu'on la connaît aujourd'hui.

335. La règle du précédent peut, comme le rappellent René David et Camille Jauffret-Spinosi, se résumer « *en trois propositions très simples* » : 1) les décisions rendues par la Cour suprême « *constituent des précédents obligatoires, dont la doctrine doit être suivie par toutes juridictions, sauf exceptionnellement elle-même* ; 2) les décisions rendues par la *Court of Appeal* constituent des précédents obligatoires pour toutes les juridictions inférieures dans la hiérarchie à cette Cour, et pour la *Court of Appeal* elle-même ; 3) les décisions rendues par un juge de la *High Court of Justice* s'imposent aux juridictions inférieures et, sans être strictement obligatoires, elles ont une grande valeur de persuasion et sont très généralement suivies par les différentes divisions de la *High Court of Justice* et par la *Crown Court* »⁵²⁰.

336. C'est en appliquant une telle théorie que, dès « *que la sûreté d'un sujet est menacée par la puissance exécutive, ce sont assez immédiatement des affaires du XVIIème siècle qui sont mobilisées* »⁵²¹. Cela laisse penser « *que ces affaires ont bien établi un droit fondamental sur lequel la common law n'est pas revenue* »⁵²². « *De plus, toutes les questions constitutionnelles, et notamment celles du judicial review, sont systématiquement traitées par référence aux cas du XVIIème siècle* »⁵²³. Céline Roynier poursuit en affirmant que « *la dimension coutumière de la common law* » vient « *renforcer l'idée d'un ancrage lointain de la liberté à cette même common law* »⁵²⁴.

337. Cet ancrage est visible à travers le rôle de conteur constitutionnel que le juge endosse fréquemment, il raconte l'histoire constitutionnelle et l'évolution des institutions. Il est un dépositaire du caractère évolutif des institutions, il est une voie d'énonciation d'une histoire constitutionnelle, qui apparaît alors comme un élément objectif, qui n'est pas le fruit de sa volonté ou d'une affirmation personnelle de pouvoir, perçu alors comme nécessaire au rendu de sa décision. Dans l'affaire *Jackson* par exemple, le juge endosse volontiers ce rôle de conteur de l'histoire constitutionnelle. Il dédie ainsi toute une partie de la décision à la restitution du

The role of the House of Lords as the highest court of appeal in the land was finally placed on a proper judicial footing by the Appellate Jurisdiction Act of 1876. The Act made provision for appointing lords of appeal in ordinary, a small body of senior and experienced judges who would consider and pronounce on appeal cases.”.

⁵²⁰ DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille. *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., p. 282.

⁵²¹ ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, op. cit., p. 47.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

contexte constitutionnel et historique de l'adoption du *Parliament Act* de 1911⁵²⁵. Dans l'affaire *Miller I*, le juge reprend ainsi l'évolution du terme « souveraineté » et ses implications : « À l'origine, la souveraineté était concentrée dans les mains de la Couronne, sous réserve de limitations qui étaient mal définies et qui changeaient en fonction des exigences pratiques. En conséquence, la Couronne a largement exercé tous les pouvoirs de l'État (bien qu'il semble que même au XI^{ème} siècle, le roi assistait rarement aux réunions de son Conseil, (...)). Cependant, au fil des siècles, ces pouvoirs, connus collectivement sous le nom de prérogative royale, ont été progressivement réduits au fur et à mesure que la démocratie parlementaire et l'État de droit se sont développés. »⁵²⁶.

338. Dans l'affaire *Miller II*, en 2019, le *common law* joue également ce rôle de conteur d'histoire constitutionnelle et tire aussi sa force de sa capacité à puiser dans des racines anciennes. Dans cette affaire, les juges s'appuient sur des exemples tirés des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles pour affirmer que même si les tribunaux ne peuvent « pas trancher les questions politiques, le fait qu'un litige porte sur la conduite des hommes politiques ou découle d'une question de controverse politique n'a jamais été une raison suffisante pour que les tribunaux refusent de l'examiner »⁵²⁷. Les exemples sont les jurisprudences *Proclamations* de 1611 et *Entick v. Carrington* de 1765 et le contexte historique de conflit entre les juges et le monarque ou de privation de libertés dans lequel elles s'inscrivent respectivement⁵²⁸. Ce faisant, le juge

⁵²⁵ *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent)* [2005] UKHL 56, par. 9-21.

⁵²⁶ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review* [2017] UKSC 5, par. 41 : “Originally, sovereignty was concentrated in the Crown, subject to limitations which were ill-defined and which changed with practical exigencies. Accordingly, the Crown largely exercised all the powers of the state (although it appears that even in the 11th century the King rarely attended meetings of his Council, albeit that its membership was at his discretion). However, over the centuries, those prerogative powers, collectively known as the Royal prerogative, were progressively reduced as Parliamentary democracy and the rule of law developed.”.

⁵²⁷ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 31 : “ (...) although the courts cannot decide political questions, the fact that a legal dispute concerns the conduct of politicians, or arises from a matter of political controversy, has never been sufficient reason for the courts to refuse to consider it.”.

⁵²⁸ *Ibid.*, par. 32 : “Two examples will suffice to illustrate the point. The 17th century was a period of turmoil over the relationship between the Stuart kings and Parliament, which culminated in civil war. That political controversy did not deter the courts from holding, in the *Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74, that an attempt to alter the law of the land by the use of the Crown's prerogative powers was unlawful. The court concluded at p 76 that “the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him”, indicating that the limits of prerogative powers were set by law and were determined by the courts. The later 18th century was another troubled period in our political history, when the Government was greatly concerned about seditious publications. That did not deter the courts from holding, in *Entick v Carrington* (1765) 19 State Tr 1029; 2 Wils KB 275, that the Secretary of State could not order searches of private property without authority conferred by an Act of Parliament or the common law.”.

fait du *common law* un instrument d'expression de l'histoire constitutionnelle et d'une continuité.

339. Dans la jurisprudence *R (On the application of Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* rendue en 2008 par la Chambre des Lords, les juges affirment le rôle du *common law* dans une continuité constitutionnelle. Lord Mance⁵²⁹ se réfère ici aussi au *Case of Proclamations* de 1610 pour « déterminer l'étendue de la prérogative royale »⁵³⁰. De même, dans l'affaire *Miller I*, en 2017, les juges de la Cour suprême se sont référés à des jurisprudences en date du XVII^{ème} siècle dont le *Case of Proclamations* de 1610. Ici encore, le *common law* intègre cette continuité en se faisant conteur de l'histoire constitutionnelle. En exerçant la justice constitutionnelle, et en employant une notion constitutionnelle le juge va ainsi raconter l'histoire et l'évolution de cette notion sur plusieurs siècles.

340. La notion de « *always speaking statute* » fait également du *common law* un outil adaptable aux circonstances⁵³¹. L'idée que le *common law* se doit de refléter les évolutions de la société en fait sa force. Lord Mance soulignait, dans la jurisprudence *Kennedy* rendue par la Cour suprême en 2014, la capacité du *common law* à s'adapter aux défis posés par la période d'accroissement des pouvoirs (notamment bureaucratiques) de l'État depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale⁵³².

341. Si le fait pour le juge d'insérer sa jurisprudence dans une continuité notamment historique, dont il est le traducteur, participe à forger la légitimité du juge à intervenir dans la justice constitutionnelle, celui de réaffirmer son utilité pour la protection des droits présente le même effet.

⁵²⁹ *R (On The Application of Bancoult) v. Secretary of State For Foreign and Commonwealth Affairs* [2008] UKHL 61, par. 149 : “Fourthly, the scope of the royal prerogative to legislate in council is “a pure question of English common law”: *Sammut v Strickland* at p 697. The principle goes back to *The Case of Proclamations* (1611) 12 Co Rep 74, 76, where Coke CJ said that ‘the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him’.”

⁵³⁰ ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, op. cit., p. 46.

⁵³¹ Voir. Chapitre I, Section I, II).

⁵³² *Kennedy (Appellant) v. The Charity Commission (Respondent)* [2014] UKSC 20, par. 133 : “The growth of the state has presented the courts with new challenges to which they have responded by a process of gradual adaption and development of the common law to meet current needs.”

B) La légitimité du common law tirée de son utilité

342. La légitimité et la force du *common law* reposent également sur sa grande utilité dans la protection des droits. Cette forte utilité est ancienne et historique et s'explique, en premier lieu, par le fait que le *common law* était pendant longtemps la première source du droit (1). À l'époque contemporaine, cette utilité s'observe notamment par la volonté des juges d'utiliser le *common law* et ce, malgré l'adoption du *HRA* 1998 (2).

1) La forte utilité historique du common law, source première du droit

343. Comme le rappelle Etienne Picard, la généralisation de la justice royale à l'ensemble du territoire, à partir du XII^{ème} siècle, et la perte de puissance des diverses justices seigneuriales et féodales, sont à l'origine de l'établissement d'une « *loi commune* », d'une « *common ley* »⁵³³. Selon Gerald Postema, « *tout au long de son histoire, le Common Law a été compris comme étant la loi et les coutumes communes à tout le royaume d'Angleterre, c'est-à-dire à tous les hommes libres du royaume, administrées par un système de tribunaux centralisés ayant une compétence nationale* »⁵³⁴. Le règne d'Henri II aurait permis l'émergence du *common law* en tant que droit rendu par des tribunaux centralisés à compétence nationale⁵³⁵.

344. L'importance du rôle du juge dans la justice constitutionnelle par le biais du *common law* s'explique donc par la place qu'occupe le *common law* dans la théorie classique des sources du droit au Royaume-Uni. Trevor Allan rappelle ainsi que le *statute law* a, de manière traditionnelle, joué un rôle secondaire⁵³⁶. Le fait que ce soit le juge et non un document constitutionnel codifié qui vienne consacrer toutes les règles constitutionnelles exposées au chapitre premier se justifie, entre autres par la place qu'occupait le *common law*, première source du droit dans la théorie classique du droit⁵³⁷ anglais. La loi occupait une place

⁵³³ PICARD Etienne. « Common Law », *op. cit.*, p. 239.

⁵³⁴ POSTEMA Gerald. "Classical Common Law Jurisprudence (Part 1)", *Op. Cit.*, p., p. 157 : "Common law was understood throughout its history to be the law and customs common to the whole kingdom of England, that is, to all free men in the realm, administered by a centralized court system with nationwide competence."

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 158 : "Historians credit Henry II, in the last third of the 12th century, with introducing the institutional innovations that gave birth to the common law."

⁵³⁶ ALLAN T.R.S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, *op. cit.*, p. 34: "Legislation has traditionally played a subsidiary role. While amending or revoking rules no longer regarded as desirable, it did not generally supplant the common law as the primary authoritative articulation of accepted principles of just conduct."

⁵³⁷ DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille. *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.*, p. 271.

secondaire, se limitant à apporter « *des correctifs ou des compléments à l'œuvre de la jurisprudence* »⁵³⁸.

345. Comme l'affirment René David et Camille Jauffret-Spinosi, « *le rôle de la jurisprudence n'a pas été seulement en Angleterre d'appliquer, mais bien de dégager les règles de droit* »⁵³⁹. En conséquence, « *il est naturel, dans ces conditions, que la jurisprudence se soit vue reconnaître (...) une autorité différente de celle qu'elle peut avoir sur le continent européen* »⁵⁴⁰. Les règles de droit, y compris celles qui viennent protéger les libertés sont donc issues du *case law* dont le fonctionnement est régi par la règle du précédent. Le juge appliquera à un cas d'espèce une solution qu'il a déjà consacrée pour un cas d'espèce similaire. Albert Venn Dicey écrit ainsi que contrairement aux états dotés d'une constitution écrite et rigide, c'est, au Royaume-Uni, de la jurisprudence consacrant des droits et libertés au gré des espèces que provient le droit constitutionnel et non l'inverse⁵⁴¹.

346. Dans la littérature française, Maurice Hauriou rappelait qu'il « *y a deux espèces de droit applicables par le juge* » en Angleterre : le *common law* et le *statute law*. « *De ces deux espèces de droit* », précise Maurice Hauriou, le *common law* est le plus ancien et le plus important. « *Ses principes dirigent le juge, même dans l'interprétation du statute law, toutes les fois que le Parlement n'a pas clairement marqué l'intention de rompre avec eux.* »⁵⁴².

347. L'importance du *common law* dans la justice constitutionnelle s'explique également par sa compatibilité avec le caractère évolutif de la Constitution britannique. L'importance du *common law* a, en effet, été confortée par l'absence d'événements révolutionnaires dont l'objectif aurait été la mise à mort d'un ancien ordre juridique et constitutionnel. Depuis le XVII^{ème} siècle, constate Martin Loughlin, il n'y a pas eu de rupture fondamentale forçant les Britanniques à se réinventer politiquement⁵⁴³. L'auteur observe que depuis la fin du XVIII^{ème} siècle les Britanniques ont réussi à parvenir à la transition vers la modernité sans qu'il n'y ait eu d'insurrection révolutionnaire⁵⁴⁴. Ce qui caractérise l'évolution constitutionnelle britannique c'est l'idée de ruptures dans la continuité, c'est-à-dire d'un régime

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 282

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, op. cit., p. 115.

⁵⁴² HAURIOU Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 225.

⁵⁴³ LOUGHLIN Martin. *The British Constitution - A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1st édition, 2013, 135 p., p. 16: "Since the 17th century, there has been no fundamental breakdown in governmental authority that would cause the English to reconstitute themselves politically".

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 14 : « *As it happens, since the 18th century the British have managed to make the transition to modernity without revolutionary insurrection.* ».

politique remodelé au gré des circonstances et dans le cadre des institutions existantes, et sans doute que cette continuité a grandi l'aura du *common law*. C'est cette continuité –surtout depuis le XVIIème siècle et notamment les épisodes des conflits entre parlementaires et monarques d'une part et la Glorieuse Révolution d'autre part–qui a permis au *common law* de jouer, sur le long terme, le rôle de gardien et de protecteur de principes et règles constitutionnelles.

348. L'utilité du *common law* pour la protection des droits a également particulièrement mise en avant par la pensée de Dicey qui, nous l'avons dit, exerce une influence considérable sur les manières d'étudier et de concevoir le droit public britannique, et partant, la justice constitutionnelle. Selon l'auteur, c'est par le *common law* que se réalise le *rule of law*. La jurisprudence est un outil à destinée libérale. D'abord, c'est par la soumission des individus comme celle des autorités publiques à un même droit, celui rendu par les juridictions ordinaires (le *common law*) que se réalise le *rule of law*. Ensuite, et Dicey en fait une spécificité britannique, les droits des individus ne découlent pas des principes généraux d'une constitution comme sur le Continent. Au contraire, les principes de la Constitution découlent des décisions de justice lorsqu'elles déterminent et protègent les droits des individus. Le *common law* a donc un rôle fondamental, celui de source de droit et libertés, de droit constitutionnel.

349. Si le *common law* n'est plus aujourd'hui considéré comme la première source du droit britannique, son utilité pour protéger les droits n'en est pas éteinte pour autant. Au contraire, elle a même été réaffirmée par la jurisprudence contemporaine.

2) L'utilité du *common law* réaffirmée malgré le HRA 1998

350. Le prestige du *common law*, s'explique aujourd'hui, notamment, par la volonté des juges d'en faire une source adaptée de protection des règles constitutionnelles et cela malgré l'adoption du HRA en 1998, inscrivant le Royaume-Uni dans une logique de déclaration de droits⁵⁴⁵. Le *common law* n'est ainsi pas un outil obsolète de protection des droits et d'exercice de la justice constitutionnelle.

⁵⁴⁵ Voir sur ce sujet FIKFAK Veronika. "English Courts and the 'Internalisation' of the European Convention of Human Rights", *UK Supreme Court Annual Review*, 2015, vol. 5, pp. 188-222. ; O'NEILL QC, Aidan. "Not waving, but drowning? Eu Law, Common Law Fundamental Rights and the UK Supreme Court", *UKSCblog*, 2015, [en ligne], [consultée le 10/04/2021], <http://ukscblog.com/wp-content/uploads/2015/06/Aidan-ONeill-QC-Not-Waving-But-Drowning-EU-Law-Common-Law-Fundamental-Rights-and-the-UK-Supreme-Court-11-May-2015.pdf> : "Thus is the common law resurrected, historic statutes and ancient charters deemed

351. En 2012, dans l'affaire *R (Guardian News and Media Ltd) v. City of Westminster Magistrates Court*, Toulson LJ rappela que le « *développement du common law n'a pas pris fin avec le passage du Human Rights Act 1998* »⁵⁴⁶. Dans l'affaire *Osborn v. Parole Board* rendue en 2013 par la Cour suprême, Lord Reed rappelait que les droits de l'Homme continuent d'être protégés par le droit interne et d'être interprétés et développés conformément à la loi de 1998⁵⁴⁷.

352. Il en est de même dans l'affaire *Kennedy v. Information Commissioner* rendue en 2014 par la Cour suprême : Lord Mance y rappela, qu'en dépit de la présence de la loi de 1998, le juge devait, dans la résolution d'un litige, commencer par se référer aux dispositions du droit interne et notamment du *common law*. Lord Mance poursuivit en indiquant que le but du *Human Rights Act 1998* n'était nullement de faire du *common law* un « *ossuaire* »⁵⁴⁸.

353. Les propos de Lord Mance seront confirmés et repris dans la jurisprudence *A v. BBC* de 2014 dans laquelle le juge affirmait que le principe de *common law* « *justice ouverte* » restait en vigueur, « *même quand les droits conventionnels sont applicables* »⁵⁴⁹. Le juge confirme la démarche décrite par Lord Mance, celle appelant à résoudre un litige en se fondant d'abord sur le *common law* et le droit interne. Dans la même mouvance, Lady Hale rappelait la même année que « *le common law n'offre peut-être pas une liste prescriptive de droits, mais cela ne signifie pas qu'elle ne constitue pas une source riche de droits et de valeurs*

'constitutional', old legal rules become fundamental principles, and rights discourse de-Europeanised, repatriated and rebranded as embodying the une certaine idée de l'Angleterre (or sometimes, even, de l'Écosse).”.

⁵⁴⁶ *Guardian News and Media Ltd, R (on the application of) v. City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420, par. 89: “*The development of the common law did not come to an end on the passing of the Human Rights Act. It is in vigorous health and flourishing in many parts of the world which share a common legal tradition.*”.

⁵⁴⁷ *Osborn (FC) (Appellant) v. The Parole Board (Respondent)* [2013] UKSC 61, par. 57 : “*The Act also provides a number of additional tools enabling the courts and government to develop the law when necessary to fulfil those guarantees, and requires the courts to take account of the judgments of the European court. The importance of the Act is unquestionable. It does not however supersede the protection of human rights under the common law or statute, or create a discrete body of law based upon the judgments of the European court. Human rights continue to be protected by our domestic law, interpreted and developed in accordance with the Act when appropriate.*”.

⁵⁴⁸ *Kennedy (Appellant) v. The Charity Commission (Respondent)* [2014] UKSC 20, par. 133: “*This has always been the way of the common law and it has not ceased on the enactment of the Human Rights Act 1998, although since then there has sometimes been a baleful and unnecessary tendency to overlook the common law. It needs to be emphasised that it was not the purpose of the Human Rights Act that the common law should become an ossuary.*”.

⁵⁴⁹ *A (Respondent) v. British Broadcasting Corporation (Appellant) (Scotland)* [2014] UKSC 25, par. 56 : “*It is apparent from recent authorities at the highest level, including Al Rawi and others v Security Service and others (JUSTICE and others intervening) [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531, Bank Mellat v Her Majesty's Treasury [2013] UKSC 38; [2013] 3 WLR 179 and Kennedy v The Charity Commission [2014] UKSC 20, that the common law principle of open justice remains in vigour, even when Convention rights are also applicable.*”. Voir sur cette affaire. ELLIOTT Mark. “*The 'vigour' of common law rights and values: A v BBC [2014] UKSC 25*”, *Public Law For Everyone*, 9th May 2014, [en ligne], [consultée le 20 mai 2015], <http://publiclawforeveryone.com/2014/05/09/the-vigour-of-common-law-rights-and-values-a-v-bbc-2014-uksc-25/>.

fondamentaux, ni que son développement a été en quelque sorte arrêté une fois la Convention incorporée dans le droit interne. »⁵⁵⁰.

354. Plus récemment, dans la jurisprudence *Elgizouli* rendue par la Cour suprême en 2020, Lord Kerr affirma que « *le HRA n'empêche pas le common law de faire respecter des droits ou des obligations qui ne relèvent pas du champ d'application ou de la compétence de la CEDH.* »⁵⁵¹. Le *common law* est donc considéré comme une source utile pour développer d'autres droits que ceux qui proviennent du *HRA* 1998.

355. De manière prospective, il n'est pas impossible, par ailleurs, que l'abrogation éventuelle du *HRA* 1998 conduise le juge à puiser dans le *common law* pour garantir une protection des droits adéquate. Pour David Jenkins, les juridictions dans ce cas possèderaient un droit à émettre des déclarations d'inconstitutionnalité, droit qui pour l'auteur est le prolongement naturel du pouvoir d'interprétation des juges⁵⁵².

356. Le *common law* a son importance dans la formation du droit et du droit constitutionnel car il semble adapté à l'histoire et au régime constitutionnel britannique. Comme ce dernier, le *common law* fonctionne sur l'idée d'évolution dans la continuité. Cette idée transparait dans l'utilisation des règles constitutionnelles par la jurisprudence. Cette continuité renforce l'aura du juge et du *common law* car elle lui offre une légitimité. Elle correspond à l'optique d'un juge qui découvre le droit plus qu'il ne le crée.

357. L'emprise que le juge exerce sur la justice constitutionnelle grâce au *common law* ne provient pas uniquement de son aptitude à paraître comme un droit légitime pour la détermination des questions constitutionnelles. En plus des représentations véhiculées sur le *common law*, les techniques jurisprudentielles utilisées dans ce dernier permettent aux juges d'exercer un rôle considérable dans la justice constitutionnelle.

⁵⁵⁰ Lady HALE. "UK Constitutionalism on the March?", *op. cit.*, p. 201: "The common law may not offer a prescriptive list of rights but this does not mean that it is not a rich source of fundamental rights and values, nor that its development has been somehow arrested once the Convention was incorporated into domestic law."

⁵⁵¹ *Elgizouli (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2020] UKSC 10, par. 105: "The common law will not develop in an area where Parliament has legislated definitively. But that is not the case here. The HRA does not prevent the common law from upholding rights or obligations that are outside the scope or jurisdiction of the ECHR."

⁵⁵² JENKINS David. « Common law declarations of unconstitutionality », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, issue 2, pp. 183-214, p. 186: "This article (...) suggests that courts have an inherent, discretionary power to declare when Parliament exercises its sovereign power in an 'unconstitutional' way; that is, when Parliament legislates against legal norms or fundamental baselines for political behavior deemed by courts of special significance within Britain's unwritten constitution. This common law 'declaration of unconstitutionality' - though legally unenforceable in light of parliamentary sovereignty - is a natural extension of the judicial process of interpreting, hierarchically ordering, and reconciling various legal sources."

Section II : La technique jurisprudentielle

358. Comme l'observe Trevor Allan, la signification, sinon la validité, des lois est toujours décidée en dernier ressort par les juridictions⁵⁵³. C'est ce qui fait d'elles des acteurs puissants de la justice constitutionnelle et des alliées de poids pour les citoyens souhaitant contester la constitutionnalité d'une loi ou d'une décision administrative, pour l'exercice de la justice constitutionnelle par le citoyen.

359. Si le *common law* a permis au juge d'affirmer sa place dans la justice constitutionnelle, c'est ainsi grâce à son pouvoir d'interprétation des législations primaire et secondaire, et à son contrôle efficace des décisions exécutives et législatives. Si le juge a une place prépondérante dans la justice constitutionnelle, c'est grâce aux techniques jurisprudentielles qui lui permettent d'assurer une protection efficace des règles et principes constitutionnels. Comme l'affirment Rupert Cross, John Bell et George Engle les « *canons d'interprétation représentent une position adoptée par les juges sur leur rôle constitutionnel par rapport à ceux qui établissent le programme politique* »⁵⁵⁴.

360. Ce pouvoir juridictionnel d'interprétation constitutionnelle est le premier pouvoir dont dispose le juge constitutionnel et doit ainsi être reconnu comme un critère d'identification de la justice constitutionnelle. Ce pouvoir permet au juge de contribuer à l'effectivité des règles constitutionnelles c'est-à-dire à leur application par les gouvernants et les citoyens-justiciables (I).

361. Les modalités de contrôle des actes de l'exécutif sont également déterminantes. Le juge exerce en effet, un contrôle plus poussé (*anxious scrutiny*) quand les droits des individus sont mis en cause par des décisions de l'exécutif et/ou de l'administration. Le test traditionnel *Wednesbury* (contrôle de l'irrationalité) a ainsi laissé progressivement place à un contrôle accru quand les droits sont concernés, contrôle qui lui permet de sanctionner plus facilement une décision qui contreviendrait aux droits (II).

⁵⁵³ ALLAN T.R.S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, op. cit., p. 207: "the meaning, if not the validity, of statutes is always ultimately a matter for courts (...).".

⁵⁵⁴ CROSS Rupert, BELL John, ENGLE George. *Statutory Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 211 p., p. 4: "Viewed as a whole, the canons of interpretation represent a position taken by the judiciary on their constitutional role in relation to those who establish the political programme, (...).".

I) L'importance du pouvoir d'interprétation des juges

362. Le pouvoir d'interprétation est crucial pour l'affirmation du rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Comme l'affirme Jeffrey Goldsworthy, les juges par leur pouvoir d'interprétation s'engagent à la fois dans une activité d'application et de création du droit⁵⁵⁵, qu'ils peuvent même conjuguer quand ils interprètent une même disposition. À travers ce pouvoir d'interprétation, le juge peut s'aménager une place de créateur du droit nuancée par sa mission essentielle d'application.

363. L'utilisation tempérée de ce pouvoir d'interprétation aide le juge à se maintenir dans un rapport de force avec le Parlement, car il l'aide à jongler entre création et application et, en cela, à s'autolimiter. C'est par cette autolimitation, ce dosage méticuleux de création et d'application, que le juge a pu, par le biais du *common law*, devenir une source essentielle de règles constitutionnelles.

364. Les juges ont utilisé le *common law* pour faire évoluer leurs méthodes d'interprétation des lois. Leur objectif reste inchangé quand ils interprètent une loi : déterminer et appliquer la volonté du législateur. Pour ce faire, les juridictions peuvent faire usage de différentes méthodes d'interprétations du texte législatif. Au fil de la jurisprudence, et de ces évolutions, le juge a affirmé la relégation de la méthode littérale d'interprétation au profit d'une méthode téléologique.

365. L'affaiblissement de la méthode littérale d'interprétation est révélateur de la modification des rapports entre les juges, le Parlement et le gouvernement. Elle est également un reflet du changement de la place du juge dans la justice constitutionnelle (A). Parallèlement à la méthode d'interprétation, la technique de la présomption a également été une arme efficace entre les mains des juges pour conférer une protection renforcée à certaines règles constitutionnelles (B).

⁵⁵⁵ GOLDSWORTHY Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, op. cit., p. 231: "Court engage in both clarifying and creative interpretation, sometimes in the course of interpreting the same provision".

A) La relégation d'une interprétation strictement littérale : une désacralisation des « mots » de la loi pour une liberté accentuée du juge

366. La relégation de la méthode d'interprétation strictement littérale est un élément fondamental expliquant l'importance du juge dans la justice constitutionnelle. Elle est une prise de liberté du juge par rapport à la volonté du Parlement consignée dans les mots de la loi. En dépit de l'attachement traditionnel du juge à la méthode littérale, et même si cette dernière est toujours utilisée, elle connaît depuis longtemps des aménagements (1). La perte d'importance de la méthode littérale s'explique aussi par l'adoption plus récente de la méthode téléologique d'interprétation par les juges (2).

367. Le juge modifie sa place dans les institutions et accroît sa liberté pour déterminer le sens de la loi. Il peut importer des éléments extérieurs pour ce faire.

1) L'attachement diminué à la méthode littérale d'interprétation

368. La relégation de la méthode strictement littérale s'est opérée par l'emploi de plusieurs autres méthodes d'interprétations par les juges : celles permises par la *Golden Rule* et la *Mischief Rule*, mais aussi celle découlant de la *purposive approach* (méthode téléologique d'interprétation).

369. Au XIX^{ème} siècle, l'interprétation littérale était la méthode employée par les juges britanniques⁵⁵⁶, dont ils étaient de fervents partisans. Les propos de Lord Tindal dans la jurisprudence *Sussex Peerage Case* de 1844 illustrent bien cette ferveur⁵⁵⁷. Les propos de Lord Bramwell dans la jurisprudence *Hill v. East and West India Dock Co* de 1884 la reflètent également bien⁵⁵⁸. Il affirmait ainsi qu'il était préférable de s'attacher aux termes employés

⁵⁵⁶ MCLEOD Ian. "Literal and Purposive Techniques of Legislative Interpretation : Some European Community and English Common Law Perspectives", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 29, issue 3, 2004, pp. 1109-1134, p. 1110 : "There can be no doubt that, in the Nineteenth Century, the English courts were strongly inclined towards a literal approach to legislative interpretation".

⁵⁵⁷ *The Sussex Peerage Case* [1844] 8 Eng. Rep., pp. 1034-1057, p. 1057: "My Lords, the only rule for the construction of Acts of Parliament is, that they should be construed according to the intent of the Parliament which passed the Act. If the words of the statute are in themselves precise and unambiguous, then no more can be necessary than to expound those words in their natural and ordinary sense. The words themselves alone do, in such case, best declare the intention of the lawgiver."

⁵⁵⁸ *Arthur Hill v. East and West India Dock Company* [1884] LR 9 AC 448.

dans la loi même si leur mise en application conduisait à une absurdité⁵⁵⁹. Cette dernière, dans tous les cas, n'était pas de la compétence des juges mais plutôt du Parlement. La doctrine du positivisme juridique dominait cette période.

370. Quelques années après, dans la décision *R v. The Judge of the City of London* rendue par le *Queen's Bench* en 1892, Lord Esher affirmait, de la même manière, que si les termes employés dans une disposition législative sont clairs, alors ils doivent être suivis par les juges même s'ils mènent à une absurdité⁵⁶⁰.

371. Selon Philipp Sales, trois facteurs contribuaient à donner autant d'importance aux termes choisis par le législateur : le premier est l'attachement au principe de souveraineté du Parlement tel qu'exposé par Dicey, le second est la démocratisation du régime politique britannique à travers l'extension du droit de suffrage et le troisième une perte de confiance envers les juges au profit du Parlement⁵⁶¹. L'attachement à la méthode littérale d'interprétation est aussi le reflet de la vision globale des acteurs du système de la nature de la Constitution.

372. Ainsi, selon Philipp Sales, un tel attachement traduit une préférence pour une représentation de la Constitution britannique, comme étant une constitution « *politique* » et non « *juridique* »⁵⁶². Si le choix de la méthode d'interprétation influe sur la nature de la Constitution, il influe donc également sur les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle. L'attachement à la méthode littérale confère au juge un rôle effacé, d'appliqueur, au profit des représentants considérés comme plus compétents pour prendre les décisions politiques.

373. Le détachement des juridictions de l'interprétation littérale a, néanmoins, des origines anciennes. La *Golden Rule* et la *Mischief Rule*, fondées respectivement au XIX^e et au XVI^e siècles peuvent être vues comme des méthodes permettant au juge de s'éloigner de l'examen des seuls mots de la loi. La première peut être définie grâce aux propos de Baron

⁵⁵⁹ *Ibid.*: "I think it is infinitely better, although an absurdity or an injustice or other objectionable result may be evolved as the consequence of your construction, to adhere to the words of an Act of Parliament and leave the legislature to set it right than to alter those words according to one's notion of an absurdity."

⁵⁶⁰ *R v. Judge of the City of London Court* [1892] 1 Q.B. 273: "If the words of an Act are clear, you must follow them, even though they lead to a manifest absurdity. The court has nothing to do with the question whether the legislature has committed an absurdity."

⁵⁶¹ SALES Philip. "Modern Statutory Interpretation", *Statute Law Review*, vol. 38, issue 2, 2017, pp. 125-132, p. 126: "This positivist approach to statutory interpretation was powerfully reinforced in the course of the nineteenth century. Three factors were particularly significant. First, growing adherence to a concept of parliamentary sovereignty and supremacy, culminating in the decisive theoretical exposition by Dicey. Secondly, the growing force of democratic ideology, linked to the expansion of the franchise. Thirdly, a loss of confidence on the part of the judiciary in the face of greater parliamentary expertise and access to sources of information regarding social problems."

⁵⁶² *Ibid.* : « The positivism of the English law approach to statutory interpretation reflected an acceptance of the desirability and legitimacy of political controls through Parliament over political power and a faith in customary conventions as stabilisers for the exercise of that power: the political constitution. »

Parke dans l'affaire *Grey* en 1857, selon lesquels le juge doit interpréter en fonction du sens « *grammatical et ordinaire* » des mots, « *à moins que cela ne mène à une absurdité* »⁵⁶³. La « *golden rule* » est destinée à prolonger l'interprétation littérale. Elle permettrait au juge de choisir une signification autre que celle qui découle des mots employés dans le texte qui mènerait à la violation d'un principe constitutionnel fondateur faisant l'objet d'un consensus parmi les acteurs politiques du système (citoyens, Parlement, gouvernement, juges).

374. La *Mischief Rule* est celle qui confère la plus grande liberté aux juges. Elle requiert de ces derniers de regarder l'état du droit avant que la loi interprétée ne soit adoptée, afin de découvrir quel « *trou* », quel « *méfait* » la loi devait réparer. Selon la jurisprudence *Heydon's Case* de 1584⁵⁶⁴, l'application de la *Mischief Rule* appelle à prendre en considération quatre choses : 1) quel était l'état du *common law* avant l'adoption de la loi, 2) quel était le méfait ou le défaut que le *common law* ne prévoyait pas, 3) quel remède a été apporté par le Parlement à ce méfait ou à ce défaut 4) la véritable cause du remède ; et ensuite l'idée que l'interprétation du juge supprimera le méfait.

375. Le détachement contemporain des juges de l'interprétation littérale a été amorcé avec la décision *Pepper v. Hart* rendue en 1992 par la Chambre des Lords⁵⁶⁵. Dans cette décision, les juges ont admis que la signification d'une disposition législative pouvait être déterminée non pas en fonction des seuls mots contenus dans le texte de la loi mais aussi en vertu de l'intention du législateur au moment de son adoption. Plus précisément la « *règle exclusive* » d'interprétation -selon laquelle les registres des débats parlementaires ne pouvaient être admis comme aides aux juges souhaitant déterminer la signification d'une disposition législative- a été remplacée par la « *règle inclusive d'interprétation* » selon laquelle les juges

⁵⁶³ *Grey v. Pearson* [1857] UKHL 9. : “*the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity*”.

⁵⁶⁴ *Heydon's Case* [1584] EWHC Exch J36, par. 2: “*And it was resolved by them, that for the sure and true interpretation of all statutes in general (be they penal or beneficial, restrictive or enlarging of the common law,) four things are to be discerned and considered: 1st. What was the common law before the making of the Act? 2nd. What was the mischief and defect for which the common law did not provide? 3rd. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth? And, 4th. The true reason of the remedy; and then the office of all the Judges is always to make such construction as shall suppress the mischief, and advance the remedy, and to suppress subtle inventions and evasions for continuance of the mischief, and pro privato commodo, and to add force and life to the cure and remedy, according to the true intent of the makers of the Act, pro bono publico.*”.

⁵⁶⁵ *Pepper v. Hart* [1993] AC 593.

peuvent en certaines circonstances⁵⁶⁶ utiliser le *Hansard*⁵⁶⁷ dans leur opération d'interprétation de la législation :

376. Si la méthode littérale d'interprétation paraît souvent insuffisante, elle demeure néanmoins utilisable et utilisée, notamment pour la justice constitutionnelle. Le juge va même souvent commencer sa mission d'interprétation en regardant les seuls mots employés par la législation pour, ensuite, employer d'autres outils d'interprétation.

377. C'était le cas de Lord Bingham of Cornhill dans l'affaire *Jackson* de 2005. Pour lui la législation adoptée en application du *Parliament Act* 1911 est bien de la législation primaire dans la mesure où le langage employé par la loi va clairement dans ce sens. Il affirme ainsi que le langage n'étant ni ambigu ni obscur, l'interprétation littérale suffit, et que la référence au *Hansard* permise par la jurisprudence *Pepper v. Hart* est alors inutile⁵⁶⁸. Dans la même jurisprudence, les propos de Lord Rodger of Earlsferry rappellent également que la méthode littérale d'interprétation est toujours un outil pertinent : « *Dans ce cas, il n'est pas nécessaire, et cela peut même induire en erreur, que les tribunaux aillent plus loin et caractérisent l'application de la loi de 1911 autrement qu'en fonction de ce qu'elle prévoit réellement.* »⁵⁶⁹. La méthode littérale est toujours pertinente pour l'interprétation des lois de nature constitutionnelle comme c'est le cas du *Parliament Act* de 1911.

378. En outre, il n'est pas interdit de voir, dans l'affaire *Miller* rendue par la Cour suprême en 2017, l'emploi d'une méthode littérale pour interpréter l'objectif poursuivi par le législateur dans le *Scotland Act* 2016⁵⁷⁰. Ainsi, le juge décida de la non justiciabilité de la clause

⁵⁶⁶ Les conditions pour pouvoir utiliser une déclaration d'un ministre comme une preuve de l'intention du Parlement sont au nombre de trois : 1) la signification de la législation en question doit être ambiguë, obscure ou conduire à une absurdité, 2) les éléments pouvant être utilisés sont uniquement des déclarations faites par les ministres au moment de la présentation et de la discussion du projet de loi et enfin 3) les dites déclarations se doivent d'être claires.

⁵⁶⁷ Le *Hansard* est le registre officiel des débats parlementaires quand un projet de loi est dans la procédure législative.

⁵⁶⁸ *Jackson & Ors v. Her Majesty's Attorney General* [2005] UKHL 56, par. 40: "I have reached my conclusion without reliance on statements made in the course of parliamentary debate on the 1911 or the 1949 Act. Were the language of the 1911 Act ambiguous or obscure it would have been necessary to decide, in the light of *Pepper v Hart* [1993] AC 593 and later authority, whether resort to *Hansard* would be permissible. In the event, I do not find the language of the 1911 Act to be ambiguous or obscure."

⁵⁶⁹ *Ibid.*, par. 136 : "This analysis may be thought unduly literal. But it identifies how Parliament set about tackling the constitutional problem in question: too much power in the hereditary House of Lords preventing the decisions of the elected House of Commons from taking effect as law. In this case there is no need, and it may indeed be misleading, for the courts to go further and characterise the operation of the 1911 Act otherwise than in terms of what it actually provides."

⁵⁷⁰ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union* (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review [2017] UKSC 5.

de la loi de 2016 codifiant la convention Sewel, en se fondant sur les mots employés par le législateur⁵⁷¹.

379. La méthode littérale d'interprétation constitue toujours un outil utilisé par le juge pour interpréter la législation. Elle a néanmoins perdu beaucoup de son prestige, et se trouve ainsi, fortement concurrencée par la méthode téléologique d'interprétation.

2) La généralisation de la méthode téléologique d'interprétation

380. La relégation de la méthode littérale d'interprétation a également pour cause l'adoption par les juges de la méthode téléologique d'interprétation (*purposive approach*). Cette méthode s'est généralisée au sein des juridictions britanniques depuis la Seconde guerre mondiale⁵⁷²- encouragée entre autre par le rapport⁵⁷³ émis en 1969 par la *Law Commission* et la *Scottish Commission*. La méthode téléologique a néanmoins des racines plus anciennes. En effet, comme le souligne Ian MacLeod, la jurisprudence *Heydon's Case* de 1584 proposait bien une méthode téléologique d'interprétation⁵⁷⁴.

381. L'interprétation téléologique fait partie comme l'observe Michel Fromont des « principales méthodes classiques d'interprétation » utilisées par tout juge constitutionnel. Comme l'affirmait Lord Denning en 1974, la *purposive interpretation* –qui est venue s'ajouter aux trois règles d'interprétations classiques⁵⁷⁵ utilisées par les juridictions britanniques- permet

⁵⁷¹ *Ibid.*, par. 148: “As the Advocate General submitted, by such provisions, the UK Parliament is not seeking to convert the Sewel Convention into a rule which can be interpreted, let alone enforced, by the courts; rather, it is recognising the convention for what it is, namely a political convention, and is effectively declaring that it is a permanent feature of the relevant devolution settlement. That follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words (“it is recognised” and “will not normally”), of the relevant subsection. We would have expected UK Parliament to have used other words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts.”.

⁵⁷² STYLES C. Scott. « The Rule of Parliament : Statutory Interpretation After *Pepper v. Hart* », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, vol. 14, issue 1, pp. 151-158, p. 152: “The reject of the exclusionary rule is a direct consequence of the move towards a purposive approach to statutory interpretation which has taken place in the UK since the war.”.

⁵⁷³ The Law Commission and the Scottish Commission. *The Interpretation of Statutes*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1974, 56 p. par. 8, p. 5: La Commission déplore ainsi qu'en dépit d'une plus grande place laissée à la “*purposive interpretation*”, les juges ont encore tendance à se contenter d'interpréter les seuls termes exprimés dans le texte de loi et à adopter une ‘interprétation littérale’ ; ce qui revient à laisser de côté des informations qui seraient pourtant bénéfiques à la détermination de la signification du texte de loi.

⁵⁷⁴ MCLEOD Ian. *Literal and Purposive Techniques of Legislative Interpretation : Some European Community and English Common Law Perspectives*”, *op. cit.*, p. 1112 : L'auteur précise que l'approche de la jurisprudence *Heydon's* avait en fait cédé la place à la méthode littérale pour réapparaître au XXème siècle avec la généralisation de la méthode téléologique.

⁵⁷⁵ VOLLANS Tim, ASQUITH Glenn. *English Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2nd edition, 2011, 193 p., pp. 26-29: ces trois méthodes utilisées par les juges sont la « *literal rule* », la « *golden rule* » et enfin la « *mischief rule* ».

au juge de se focaliser sur « *l'objectif ou l'intention du législateur* »⁵⁷⁶ et ainsi de s'intéresser non seulement aux mots du texte interprété mais aussi à l'esprit de la disposition interprétée. Pour déterminer l'objectif ou l'intention poursuivi(e) par le législateur, le juge va pouvoir s'appuyer sur nombre de ressources, certaines sont intrinsèques et d'autres extrinsèques à la loi⁵⁷⁷.

382. La méthode téléologique donne au juge une marge de manœuvre bien plus importante, celui-ci n'étant plus limité au respect strict des mots employés par le législateur. Cette marge de manœuvre donne au juge plus de liberté au juge, liberté qui est de nature à renforcer la place du juge dans la justice constitutionnelle.

383. Les propos de Lord Bingham dans la jurisprudence *Regina v Secretary of State for Health ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance)* rendue en 2003 par la Chambre des Lords en témoignent⁵⁷⁸. Lord Bingham affirmait ainsi que, « *la tâche fondamentale de la Cour est de vérifier et de donner effet au véritable sens de ce que le Parlement a dit dans le texte à interpréter. Mais cela ne veut pas dire qu'il faille se limiter à l'examen et à l'interprétation littérale des dispositions particulières qui suscitent des difficultés.* »⁵⁷⁹. Lord Bingham continuait et affirmait que « *toute loi autre qu'une loi de codification pure est promulguée pour apporter un changement, résoudre un problème, éliminer une imperfection ou apporter une amélioration à la vie nationale. La tâche de la Cour, dans les limites de l'interprétation autorisée, est de donner effet à l'objectif du Parlement.* »⁵⁸⁰. Pour ce faire, conclut Lord Bingham, les juges doivent interpréter les dispositions controversées en fonction

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ MCLEOD Ian. *Literal and Purposive Techniques of Legislative Interpretation: Some European Community and English Common Law Perspectives*, *op. cit.*, p. 1123: "Going beyond the confines of the statute itself, material may be conveniently divided into three categories (namely, pre-Parliamentary, Parliamentary and post-Parliamentary) in order to assess the extent to which material within each category may be used in order to identify the legislative purpose. Pre-Parliamentary, such as reports of official committees and Royal Commissions, are generally accepted as being relevant when seeking to establish the purpose - but not the meaning - of ensuing legislation. Parliamentary materials may normally be used for the purposes of statutory interpretation in only very limited circumstances, namely where (a) legislation is ambiguous or obscure, or leads to an absurdity; (b) the material relied upon consists of one or more statements by a minister or other promoter of the Bill together, if necessary with such other Parliamentary material as is necessary to understand such statements and their effect; (c) the statements relied upon are clear."

⁵⁷⁸ *Regina v. Secretary of State for Health (Respondent) ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance)* (Appellant) [2003] UKHL 13.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, par. 8 : "The basic task of the court is to ascertain and give effect to the true meaning of what Parliament has said in the enactment to be construed. But that is not to say that attention should be confined and a literal interpretation given to the particular provisions which give rise to difficulty."

⁵⁸⁰ *Ibid.*,: "Every statute other than a pure consolidating statute is, after all, enacted to make some change, or address some problem, or remove some blemish, or effect some improvement in the national life. The court's task, within the permissible bounds of interpretation, is to give effect to Parliament's purpose."

du « *contexte de la loi dans son ensemble* »⁵⁸¹. La loi dans son ensemble « *doit être lue dans le contexte historique de la situation qui a conduit à sa promulgation.* »⁵⁸². Lord Steyn, dans cette même jurisprudence, affirmait sans détour que « *le pendule a basculé vers des méthodes téléologiques d'interprétation* », qu'en « *tout état de cause, de nos jours, l'évolution vers l'interprétation téléologique ne fait aucun doute* »⁵⁸³.

384. De même, dans la décision *Odelola v Secretary of State for the Home Department* rendue par la Chambre des Lords en 2009, Lord Hoffmann affirme que l'interprétation d'une disposition de législation secondaire « *dépend de la formulation de la règle, interprétée en fonction du contexte pertinent* ». « *Cela implique de prendre en considération les règles d'immigration dans leur ensemble et la fonction qu'elles remplissent dans l'administration de la politique d'immigration. Le langage de la règle n'est pas d'un grand secours en soi.* »⁵⁸⁴. Que ce soit pour des dispositions de législation primaire ou de législation secondaire, le principe est le même, celui de l'interprétation en fonction du contexte.

385. La problématique du choix de la méthode d'interprétation s'est posée par rapport aux lois considérées par la jurisprudence comme constitutionnelles. Ainsi, dans le cadre de la dévolution, la jurisprudence a abordé la problématique de la technique d'interprétation à employer pour les lois instaurant les régimes gallois, écossais et nord-irlandais. La jurisprudence a évolué de l'affirmation d'une méthode d'interprétation spécifique pour les lois dites constitutionnelles à celle de l'emploi des méthodes d'interprétation classiques. Dans l'affaire *Robinson* rendue en 2002, la Chambre des Lords estimait ainsi qu'une loi constitutionnelle devait faire l'objet d'une approche interprétative spécifique. Ainsi, elle considérait qu'elle devait être « *interprétée généreusement et en fonction de l'objectif poursuivi par la législation, tout en gardant à l'esprit les valeurs que les dispositions constitutionnelles ont voulues consacrer* »⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ *Ibid.*,: “*So the controversial provisions should be read in the context of the statute as a whole, (...)*”.

⁵⁸² *Ibid.*,: “*(...)and the statute as a whole should be read in the historical context of the situation which led to its enactment.*”.

⁵⁸³ *Ibid.*, par. 21 : “*The pendulum has swung towards purposive methods of construction.*”; par. 21 : “*In any event, nowadays the shift towards purposive interpretation is not in doubt.*”.

⁵⁸⁴ *Odelola v. Secretary of State for the Home Department* [2009] UKHL 25, par. 4: “*Like any other question of construction, this depends upon the language of the rule, construed against the relevant background. That involves a consideration of the immigration rules as a whole and the function which they serve in the administration of immigration policy. The language of the rule is not in itself much help. It states the new rule but does not say anything expressly one way or the other about whether it is to apply to existing applications or not.*”.

⁵⁸⁵ *Robinson v. Secretary of State of State for Northern Ireland and Others (Northern Ireland)* [2002] UKHL 32, par. 11: “*The 1998 Act does not set out all the constitutional provisions applicable to Northern Ireland, but it is in effect a constitution. So to categorise the Act is not to relieve the courts of their duty to interpret the constitutional provisions in issue. But the provisions should, consistently with the language used, be interpreted*

386. Lord Hope, dans la décision *Tobacco* rendue par la Cour suprême en 2012, prenait le contrepied de cette décision. Il considérait que « *la description de la loi comme loi constitutionnelle ne peut être considérée, en soi, comme un guide pour son interprétation. Le statut doit être interprété comme n'importe quel autre statut.* »⁵⁸⁶. Bien plus, Lord Hope confirmait l'importance de la méthode téléologique d'interprétation pour interpréter la législation. Il rappelait qu'en l'espèce, l'objectif de la loi « avait éclairé » le langage utilisé dans cette dernière. De manière générale, Lord Hope insistait sur l'importance « *de tenir compte de l'objectif si l'aide est nécessaire quant à la signification réelle des mots* »⁵⁸⁷.

387. La théorie des *always speaking statutes* –présentée au chapitre précédent- est une application particulière de cette volonté de se détacher de l'interprétation du sens des mots employés dans le texte législatif au profit d'une interprétation prenant en compte le contexte dans lequel il s'inscrit.

388. Si la méthode d'interprétation a de fortes répercussions sur la place du juge dans la justice constitutionnelle, le mécanisme de la présomption constitue une arme redoutable et participe considérablement à l'emprise des juges sur la justice constitutionnelle.

B) L'efficacité des présomptions pour la protection des règles constitutionnelles

389. Les présomptions sont des outils que les juges peuvent utiliser quelle que soit la méthode d'interprétation. Rupert Cross, John Bell et George Engle observaient que les présomptions étaient déjà utilisées à l'époque où l'interprétation littérale prévalait⁵⁸⁸. Elles consistent à se référer à une intention fictive du législateur, à sa volonté présumée de se conformer à certaines règles constitutionnelles effectives.

generously and purposively, bearing in mind the values which the constitutional provisions are intended to embody. ». Voir aussi sur cette jurisprudence. TOMKINS Adam. “Adam Tomkins: Confusion and Retreat: The Supreme Court on Devolution”, *UK Constitutional Law Association*, 19th February 2015, [en ligne], [consultée le 19 février 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/02/19/adam-tomkins-confusion-and-retreat-the-supreme-court-on-devolution/>.

⁵⁸⁶ *Imperial Tobacco Limited (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent) (Scotland)* [2012] UKSC 61, par. 15 : “*Third, the description of the Act as a constitutional statute cannot be taken, in itself, to be a guide to its interpretation. The statute must be interpreted like any other statute.*”.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, : “*But the purpose of the Act has informed the statutory language.*”; “*That purpose provides the context for any discussion about legislative competence. So it is proper to have regard to the purpose if help is needed as to what the words actually mean.*”.

⁵⁸⁸ CROSS Rupert, BELL John, ENGLE George. *Statutory Interpretation*, *op. cit.*, p. 190: “*(...), the role of presumptions in interpretation is necessarily less important than in the days of more literal interpretation.*”.

390. Les juges ont utilisé la technique de la présomption pour identifier toute une série de droits et de lois de nature constitutionnelle et pour garantir leur protection (1). Bien plus, les juridictions ont fait usage de cette technique pour assurer la suprématie de règles de nature constitutionnelle, autres que celles reconnaissant des droits et libertés aux justiciables. Ainsi, par la présomption, le juge peut garantir le respect de règles constitutionnelles nécessaires pour empêcher l'arbitraire et limiter le pouvoir d'édiction normative des représentants (2).

1) La présomption et la protection des droits et lois de nature constitutionnelle

391. Si l'utilisation juridictionnelle de l'abrogation implicite est à la base appelée à être mise en œuvre dans un nombre restreint de cas (a), sa modulation par l'emploi de présomption en faveur de la protection des droits a quand même permis au juge de se faire un gardien remarquable des droits et libertés (b).

a) L'abrogation implicite, une technique rarement mise en œuvre

392. Les juridictions ont, en effet, tendance à appliquer une présomption générale qui va à l'encontre de l'*implied repeal*. Ainsi, les juges vont tenter de rendre la loi postérieure compatible avec la loi antérieure afin d'éviter de prononcer l'abrogation implicite. C'est donc en dernier recours, uniquement quand une telle mise en comptabilité est impossible, que les juges vont faire appel à la doctrine de l'*implied repeal*.

393. Les juges appliquent aussi la maxime, *generalis specialibus non derogant*, à savoir qu'une législation plus ancienne mais portant sur un objet spécifique ne pourrait être implicitement abrogée par une loi postérieure à portée générale⁵⁸⁹.

394. En outre, et comme l'affirme Adam Tomkins, l'abrogation implicite d'une loi antérieure par une loi postérieure ne peut s'opérer que quand elles traitent du même sujet⁵⁹⁰. Si cette proposition est généralement vraie, selon Alison Young, elle doit cependant être nuancée. Ainsi, l'abrogation implicite peut fonctionner entre deux dispositions législatives traitant du même sujet, alors qu'elles sont issues de deux lois qui de manière générale ne portent pas sur

⁵⁸⁹ Voir la décision *Henry Boot Construction (UK) Ltd v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd (Malmaison)* [2001] QB 388.

⁵⁹⁰ TOMKINS Adam. *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 231 p.

le même sujet⁵⁹¹. C'est d'ailleurs cette même interprétation de la doctrine de l'abrogation implicite que propose la décision *Thoburn* rendue en 2002 par la *High Court* : Lord Justice Laws y précise que l'abrogation implicite d'une loi antérieure par une loi postérieure est possible sans que les deux lois traitent du même sujet de manière générale. Il affirme ainsi que « *si le Parlement a créé des lois successives qui après l'interprétation véritable de chacune les transforme en dispositions inévitablement incompatibles, alors la législation antérieure se trouve implicitement abrogée par la législation postérieure* »⁵⁹².

395. Même si l'abrogation implicite est rarement mise en œuvre, sa modulation par la jurisprudence permet au juge d'être un protecteur efficace des droits et libertés.

b) Le juge protecteur des droits par la modulation de l'abrogation implicite

396. L'importance de la présomption dans la protection des droits a été beaucoup soulignée par la doctrine (b.1) et mise en pratique par les juridictions (b.2).

b.1) L'importance de la présomption dans la protection des droits soulignée par la doctrine

397. Dans la littérature, les auteurs insistent depuis longtemps sur les prérogatives que les juges tirent de leur pouvoir juridictionnel d'interprétation constitutionnelle dans le domaine de la protection des droits et libertés. C'est ainsi que Gough⁵⁹³ affirmait qu'Edward Coke, promoteur de l'idée d'« *Ancienne Constitution* », n'entendait pas, par son célèbre *obiter dictum*

⁵⁹¹ YOUNG Alison L. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, 180 p., p. 47: "(...) it is the case that the doctrine of implied repeal only applies when there is a specific contradiction between two statutory provisions on the same subject matter."

⁵⁹² *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) par.37: "The rule is that if Parliament has enacted successive statutes which on the true construction of each of them make irreducibly inconsistent provisions, the earlier statute is impliedly repealed by the later."

⁵⁹³ GOUGH Wiedhofft John. *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, op. cit., p. 57 : « Nous avons essayé de démontrer que ce que des juges comme Coke et Hobart soutenaient dans leurs jugements n'était pas que le judiciaire avait le pouvoir d'annuler les lois émanant du Parlement sous prétexte qu'elles s'opposeraient aux lois fondamentales. Ce qu'ils prétendaient, c'était en fait que les cours avaient le droit, et même le devoir, quand elles interprétaient ou appliquaient les lois écrites, de préserver de toute atteinte la 'raison de common law', ces principes de justice naturelle que l'on considérait généralement que la common law incarnait. ». Voir aussi. AUTEXIER Christian. « F.Wiedhofft Gough, L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 4, pp. 1225-1228.

exposé dans l'affaire *Bonham*, suspendre l'application d'une loi contraire au droit supérieur mais plutôt l'interpréter de manière à la rendre conforme à ce droit supérieur⁵⁹⁴.

398. Bien plus tard, Albert Venn Dicey, promoteur du courant normativiste qui domine encore la science juridique au Royaume-Uni, affirmait que si les juges ne pouvaient en aucun cas remettre en cause la volonté du Parlement, ils pouvaient user de ce même pouvoir juridictionnel d'interprétation constitutionnelle dans un objectif de protection des « *règles ordinaires de moralité* » ou « *des principes de droit international* »⁵⁹⁵.

399. C'est bien dans ce sens que s'orientent les trois courants doctrinaux intervenant dans le débat sur le fondement du *judicial review*⁵⁹⁶, qui ont pour volonté commune de s'opposer au modèle traditionnel de l'*ultra vires* et ainsi de « *se départir du modèle originnaire de la suprématie absolue du Parlement en subordonnant d'une façon ou d'une autre l'activité législative aux exigences substantielles de la Rule of law en somme au respect des droits et libertés individuels...* »⁵⁹⁷.

400. La vision proposée par les théoriciens de l'*ultra vires* modifié tels que sont Christopher Forsyth⁵⁹⁸ ou Mark Elliott⁵⁹⁹ correspond explicitement à l'utilisation par le juge de présomptions, d'intentions attribuées au législateur, pour la protection des droits. Ces auteurs tiennent à ce que le référentiel du contrôle et du pouvoir d'interprétation du juge soit l'intention du Parlement, que celle-ci soit cependant présumée, en cas d'incertitude ou d'ambiguïté, conforme au *rule of law* entendu au sens matériel c'est-à-dire à un ensemble de principes reposant sur la dignité et l'égalité entre les individus. Pour ces auteurs, la doctrine traditionnelle de l'*ultra vires*⁶⁰⁰ n'est pas viable ; les juges vont ainsi devoir présumer que le Parlement n'a pas entendu conférer à l'exécutif des pouvoirs qui, dans leur existence ou dans leur application, seraient contraires aux exigences portées par l'ordre constitutionnel.

⁵⁹⁴ SMITH P. George. "Dr Bonham's Case and the Modern Significance of Lord's Coke Influence", *Washington Law Review*, 1966, vol. 41, pp. 297-314.

⁵⁹⁵ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁹⁶ FORSYTH Christopher. *Judicial Review and the Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, 442 p.

⁵⁹⁷ MUIR-WATT. "Le problème du 'constitutional review': le modèle du Royaume-Uni", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2008, n°24, [en ligne], [consultée le 15/06/2020], <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/le-probleme-du-constitutionalreview-le-modele-du-royaume-uni.51744.html>.

⁵⁹⁸ FORSYTH Christopher. *Judicial Review and the Constitution*, *op. cit.*

⁵⁹⁹ ELLIOTT Mark. « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law », In *Judicial Review and the Constitution*, edited by Christopher FORSYTH, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, pp. 83-109.

⁶⁰⁰ Théorie qui fait du juge un simple vérificateur et applicateur des limites aux pouvoirs de l'administration et de l'exécutif précisées dans le texte de loi votée par le Parlement.

401. Pour Mark Elliott, il est alors parfaitement raisonnable d'affirmer, qu'en « l'absence de disposition contraire claire, l'intention du Parlement est de légiférer conformément au Rule of law »⁶⁰¹. Pour l'auteur, reconnaître que le juge puisse attribuer au Parlement une intention pourtant non exprimée permet de résoudre la difficulté issue du fait que les juges tout en appliquant la volonté du Parlement d'un côté, se permettent de l'autre de développer des règles relatives au principe de bonne administration⁶⁰². Autrement dit, pour Mark Elliott, les protections accordées aux droits et lois constitutionnels sont parfaitement compatibles avec le principe de souveraineté du Parlement⁶⁰³.

402. Ces présomptions représentent, par ailleurs, le courant doctrinal *constructivist* qui lui-même est une variante du *purposivism*. Selon Jeffrey Goldsworthy, le « *constructivism* » se sert d'une intention fictive du Parlement qui serait celle de se conformer à tout un ensemble de règles et de principes de nature constitutionnelle qui seraient au fondement de la société, ceux relatifs à la liberté et à la dignité des citoyens⁶⁰⁴. C'est la fameuse « *interprétation constructive* » qui selon Ronald Dworkin revient à « *imposer un objectif à un objet ou à une pratique afin d'en faire le meilleur exemple possible de la forme ou du genre auquel il est supposé appartenir* »⁶⁰⁵. Ces présomptions consistent pour les juges à attribuer au législateur une intention, non expressément formulée, celle de ne pas remettre en cause des principes ou règles constitutionnelles fondamentaux.

403. L'impossibilité de l'interprétation littérale d'une loi et la liberté du juge dans la détermination de la signification de la norme législative à travers le *common law* est défendue par les promoteurs de la théorie réaliste de l'interprétation. John Laws affirme ainsi qu'une loi

⁶⁰¹ ELLIOTT Mark. « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law », *op. cit.*, p. 95: « *It is entirely reasonable to assume that, in the absence of clear contrary enactment, Parliament intends to legislate in conformity with the rule of law.* ».

⁶⁰² *Ibid.* p. 96: « *Consequently there is a relationship between parliamentary intention and the grounds of review. However, whereas the traditional ultra vires doctrine conceptualises the relationship as direct in nature, the present approach maintains that the relationship exists in indirect form. While the details of the principle of review are not attributed to parliamentary intention, the judicially-created rules of good administration should nevertheless be viewed as having been made pursuant to a constitutional warrant granted by Parliament.* ».

⁶⁰³ ELLIOTT Mark. « Embracing 'Constitutional' Legislation: Towards Fundamental Law? », *Legal Studies Research Paper Series*, 2014, n°48, pp. 1-21., p. 10 : « *In this manner, the interpretative machinery invoked by the doctrines of constitutional rights and constitutional legislation facilitates legal recognition of a hierarchy of constitutional norms without, for the time being, disturbing the orthodox principle of parliamentary sovereignty.* ».

⁶⁰⁴ GOLDSWORTHY Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, *op. cit.*, p. 254: « *Constructivists agree that the meaning of a statutory provision cannot sensibly be confined to the literal meaning of its words. But since it cannot be enriched by evidence of the legislature's intentions or purposes, (...) it must be enriched by something else, such as the moral principles of the community as a whole, or 'true' moral principles.* ».

⁶⁰⁵ DWORKIN Ronald. *Law's Empire*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, 470 p., p. 52: « *Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.* ».

votée par le Parlement n'est que « *mots sur une page* »⁶⁰⁶ et que seul le *common law* est en mesure de lui donner sens.

404. L'importance de la présomption pour la protection des droits par les juges n'a pas été que soulignée par la doctrine, elle a également été mise en œuvre par la jurisprudence elle-même.

b.2) La protection des droits par les juges grâce au principe of legality

405. En ce qui concerne le respect des droits et du *rule of law*, la présomption applicable est celle selon laquelle les représentants sont présumés légiférer dans le cadre du *principle of legality*. La consécration jurisprudentielle de ce principe remonterait notamment à la jurisprudence *Entick v. Carrington* de 1765 affirmant le principe selon lequel l'exécutif ne peut entreprendre aucune action qui ne soit expressément autorisée par la loi. Ce principe émergeait avec son corollaire, à savoir la « *présomption de liberté* »⁶⁰⁷ selon laquelle les individus sont libres de faire toutes choses qui ne sont pas clairement prohibées par la loi.

406. Les juges ont développé un certain nombre de présomptions⁶⁰⁸ qui permettent aux juges d'identifier et de protéger des droits et principes constitutionnels⁶⁰⁹.

407. C'est grâce à cette technique de la présomption que le juge a pu, à travers le *common law*, moduler la doctrine de l'abrogation implicite (*implied repeal*) qui est pourtant un

⁶⁰⁶ LAWS John. *The Common law Constitution*, op. cit., p. 6: "An Act of Parliament is words on a page. Only the common law gives it life."

⁶⁰⁷ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., p. 70: "In cases such as *Entick v. Carrington*, the common law sets out the principle of legality – (...). The corollary of this principle also emerged – the presumption of liberty, whereby individuals were free to do anything not clearly prohibited by law."

⁶⁰⁸ Voir DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 63 et s.

⁶⁰⁹ *Ibid.* : « Au Royaume-Uni, les libertés ont longtemps été élaborées par référence à un ensemble de présomptions. Le Parlement étant souverain aucune limite ne s'impose à lui, y compris dans le domaine des droits et libertés qu'il peut librement moduler. Pour limiter ces abus, les Cours ont reconnu une présomption selon laquelle une loi ne peut abroger les droits fondamentaux à moins qu'elle le précise expressément : *Pyx Granite C Ltd v. Ministry of Housing and Local Government* 1960, AC. Cette règle d'interprétation implique notamment qu'en l'absence de dispositions claires, l'État ne peut... priver qqun du droit de propriété à moins de lui verser une compensation (arrêts *Hall and Co. Shoreham by the Sea* UDC WLR 1964, R v. *Hillington Borough Council*, ex parte *Royco Homes QB* 1974, *Yorkshire Water Services Limited v. Sheffield CC* WLR1991) (...) s'immiscer dans le droit au respect de la vie privée ou dans le droit de propriété d'un individu ; limiter la liberté contractuelle, priver un individu de sa liberté, mettre sa vie ou sa santé en danger, limiter le droit à la vie familiale, la liberté de réunion et d'association (*Beatty v. Gillbanks* 1882 QBD), restreindre la liberté de parole, de religion ou de conscience (*Wheeler v. Leicester City Council* 1985 AC) ou encore obliger quelqu'un à s'autoincriminer. ».

corollaire de la doctrine traditionnelle de la souveraineté du Parlement telle qu'exposée par Albert Venn Dicey pour lequel, le Parlement est en mesure d'adopter toute loi sans limitation d'ordre juridique. Un Parlement ne peut se trouver lié par une législation antérieure, par conséquent une loi postérieure contraire l'emporte sur une loi antérieure dont l'objet est identique.

408. La neutralisation de la doctrine de l'abrogation implicite est le fait de l'emploi d'une présomption au terme de laquelle, en l'absence d'indications claires et expresses dans la législation, le Parlement a entendu se conformer aux règles exprimées par le *rule of law*. Ainsi, la mise à l'écart de l'abrogation implicite a permis d'assurer la protection des droits et lois identifiés par les juges comme étant constitutionnels.

409. L'emploi de cette présomption permet au juge de « rigidifier » les droits et les lois qu'il identifie comme constitutionnels⁶¹⁰. Ils ne peuvent être remis en cause que par l'emploi d'une procédure spécifique, qui néanmoins fait partie des règles de procédure législative ordinaires : l'abrogation explicite. De ce fait, la présomption est l'arme ultime du juge pour faire de la démocratie britannique une démocratie constitutionnelle, dans laquelle la loi n'est pas le résultat que de règles de vote et de procédures, mais aussi de principes (principe de libéralisme, principe de démocratie) qui sont au fondement de l'ordre constitutionnel et qui sont présumés constituer le cadre dans lequel agit le législateur. Ainsi, cela conduit à relativiser, comme le fait d'ailleurs Robert Leckey⁶¹¹, l'importance d'un pouvoir de suspendre l'application d'une loi ou d'en déclarer son invalidité pour une protection effective des droits. La démocratie constitutionnelle a le potentiel de se réaliser dans le pouvoir d'interprétation du juge.

410. L'utilisation de cette présomption permet surtout au juge de dynamiser la responsabilité constitutionnelle du Parlement et du gouvernement. L'exigence d'un langage direct pour enfreindre des droits ou lois constitutionnels oblige, en effet, les représentants à assumer clairement et devant l'opinion publique leur volonté d'aller à l'encontre des règles

⁶¹⁰ YOUNG Alison L. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, op. cit., pp. 31-32: « *The chapter aims to investigate the constitutional orthodoxy. It does so by investigating the scope of the doctrine of the implied repeal. The doctrine of implied repeal only applies when two statutory provisions contradict one another. However, such contradiction does not occur if the later statute that appears to contradict an earlier statute can instead be interpreted so as to remove this apparent contradiction. The scope of the doctrine of the implied repeal depends on principles of statutory interpretation. The argument will be made that interpretation can be used to achieve an entrenchment effect.* ».

⁶¹¹ LECKEY Robert. *Bill of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 256 p., p. 10: « *Third, emphasizing the judicial capacity to declare legislation invalid (...) has led scholars attuned to legitimacy and power to neglect the myriad other exercises of judicial power during rights litigation.* ».

constitutionnelles. Ce faisant, la présomption est un outil qui, potentiellement, pourrait activer d'autres outils de justice constitutionnelle, comme les élections par exemple. En effet, si le législateur se voit contraint d'exprimer clairement sa volonté d'aller à l'encontre des règles constitutionnelles et agit dans ce sens, celui-ci pourrait être sanctionné lors des élections par les citoyens. Ces derniers, exerçant la justice constitutionnelle par le biais du vote démocratique, considèreront que le parti et le gouvernement au pouvoir, en ayant violé des règles constitutionnelles fondamentales, ne sont pas dignes d'être réélus.

411. Au regard de ces éléments (la rigidification et la dynamisation de la responsabilité constitutionnelle), la présomption est donc un élément constitutif du rapport de force entre les représentants et les juges. C'est pour cela que ces derniers reconnaissent parallèlement que les représentants peuvent contourner les règles constitutionnelles s'ils en affirment clairement la volonté. Le rapport de force unit influence et respect.

412. Cette présomption, et cette exigence d'un langage clair et explicite pour abroger des droits constitutionnels, ont été affirmées dès la jurisprudence *Raymond v. Honey* de la Chambre des Lords en 1981. Lord Wilberforce y affirma « *que le droit du citoyen à un accès sans entrave aux tribunaux ne peut être supprimé que par un acte exprès* »⁶¹². Dans l'arrêt *Leech* rendu en 1993 par la Cour d'appel, Lord Steyn affirmait, tout en confirmant la jurisprudence *Raymond v. Honey*, qu'il acceptait que les droits identifiés comme constitutionnels « *puissent, par principe juridique, être retirés par implication nécessaire* »⁶¹³. Dans la jurisprudence *Witham* rendue par le *Queen's Bench* en 1998, John Laws indique que la notion de « *droit constitutionnel* » implique que ce droit ne puisse être abrogé à moins que cela soit exprimé dans une disposition législative spécifique.

413. Dans la décision *Simms* rendue par la Chambre des Lords en 1999, figure également l'idée selon laquelle les droits fondamentaux ne peuvent être remis en cause par des mots généraux et ambigus⁶¹⁴. C'est dans cette même jurisprudence que Lord Hoffmann définit

⁶¹² *Raymond v. Honey* [1981] UKHL 8.

⁶¹³ *R. v. Secretary of State for the Home Department ex p. Leech No.2* [1993] EWCA Civ 12: "It is a principle of our law that every citizen has a right of unimpeded access to a court. In *Raymond v. Honey*, supra, at 13A, Lord Wilberforce described it as a "basic right". Even in our unwritten constitution it must rank as a constitutional right. (...) and we accept that such rights can as a matter of legal principle be taken away by necessary implication."

⁶¹⁴ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115: "In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual. In this way the courts of the United Kingdom, though acknowledging the sovereignty of Parliament, apply principles of constitutionality little different from those which exist in countries where the power of the legislature is expressly limited by a constitutional document."

le *principle of legality* par l'exigence que le Parlement se confronte directement à ce qu'il fait et à ses répercussions politiques, qu'ainsi les droits fondamentaux ne peuvent être remis en cause par des mots ambigus ou généraux⁶¹⁵. Lord Hoffmann parle de « *coût politique* »⁶¹⁶, ce qui fait écho au principe de responsabilité politique –et ainsi de responsabilité constitutionnelle.

414. Dans la jurisprudence *Thoburn* de 2002, le juge exige une volonté expresse pour qu'une loi postérieure puisse remettre en cause une loi antérieure de nature constitutionnelle. Cette volonté expresse peut être caractérisée, en reprenant les termes du Lord Justice Laws dans l'affaire *Thoburn*, a) quand l'intention parlementaire est expressément inscrite dans les mots de la loi ou b) quand le Parlement utilise des mots si spécifiques qu'on ne peut en déduire une volonté contraire⁶¹⁷. Comme l'affirme Alison Young, les juges peuvent par leur pouvoir juridictionnel d'interprétation constitutionnelle interpréter la loi postérieure de manière à la rendre conforme à la loi antérieure⁶¹⁸. Ainsi si la loi antérieure –qui devrait être implicitement abrogée par la loi postérieure- porte sur une matière constitutionnelle, le juge grâce à la présomption a la pouvoir de faire en sorte que la loi postérieure ne soit pas interprétée comme abrogeant implicitement la loi antérieure, mais comme pouvant être compatible avec cette dernière.

415. Dans la jurisprudence *Axa* de 2011, le juge rappelle également l'impossibilité de l'abrogation implicite des droits et règles constitutionnels en affirmant que « *le principe de légalité signifie (...) que le Parlement ne peut pas lui-même passer outre aux droits fondamentaux ou à l'État de droit par des mots généraux ou ambigus* »⁶¹⁹. Allant même plus loin, il souligne une deuxième implication du principe de légalité, celle selon laquelle le Parlement « *ne peut conférer à un autre organisme, par des termes généraux ou ambigus, le pouvoir de le faire.* »⁶²⁰.

⁶¹⁵ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115: “*But the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost. Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words.*”.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), par. 63: « *Ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not. For the repeal of a constitutional Act or the abrogation of a fundamental right to be effected by statute, the court would apply this test: is it shown that the legislature's actual – not imputed, constructive or presumed – intention was to effect the repeal or abrogation? I think the test could only be met by express words in the later statute, or by words so specific that the inference of an actual determination to effect the result contended for was irresistible.*”.

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ *AXA General Insurance Limited and others (Appellants) v. The Lord Advocate and others (Respondents)* (Scotland) [2011] UKSC 46, par. 152: “*The principle of legality means not only that Parliament cannot itself override fundamental rights or the rule of law by general or ambiguous words (...)*”.

⁶²⁰ *Ibid.*: “*(...) but also that it cannot confer on another body, by general or ambiguous words, the power to do so.*”.

416. Dans la jurisprudence *Axa* rendue par la Cour suprême en 2011, le juge rappelle également que la présomption selon laquelle le Parlement ne puisse pas remettre pas en cause des droits fondamentaux fait bien partie de ses méthodes d'interprétation des lois. Lord Reed précisait ainsi, que « *le tribunal détermine les pouvoirs du Parlement écossais en appliquant les principes d'interprétation des lois, en tenant compte de la nature et de l'objectif de la loi considérée.* »⁶²¹. Il affirme l'attachement des juges, notamment, à des méthodes téléologiques d'interprétation. Il poursuit ensuite, affirmant qu' « *un principe familier de l'interprétation des lois est le principe de légalité* »⁶²². Parmi ces présomptions figurent celle selon laquelle « *chacun est libre d'entreprendre ce qui n'est pas spécifiquement interdit par la loi ou la common law.* »⁶²³ dont le juge va se faire protecteur de la liberté individuelle⁶²⁴. Les juges ont également mis en place une présomption à l'encontre de l'application rétroactive des lois ou encore celle selon laquelle est présumée l'intention du Parlement de ne pas remettre en cause les droits de propriété à moins qu'il ne l'indique clairement.

417. Le juge utilise également la technique de la présomption pour assurer, par le biais du *common law*, une protection à des droits incorporés dans des conventions internationales, non applicables à défaut de reprise par une loi dans le système juridique britannique. Ainsi, avant que la CEDH ne soit incorporée par l'adoption du *Human Rights Act* 1998, la Convention a été souvent évoquée et utilisée par les juridictions. C'est ainsi, qu'à partir de la décision *Waddington v. Miah* de 1974⁶²⁵, a été consacré l'interprétation conforme des lois à la CEDH en application de la présomption selon laquelle « *le Parlement n'a pas l'intention de légiférer de façon contraire à ses obligations dérivées du droit international.* »⁶²⁶. Cette présomption a été rappelée notamment dans la décision *Brind* rendue en 1991 par la Chambre des Lords⁶²⁷.

⁶²¹ *Ibid.*, par. 151 : “*As I have said, the court determines the powers of the Scottish Parliament by applying the principles of statutory interpretation, taking into account the nature and purpose of the statute under consideration.*”.

⁶²² *Ibid.*: “*One familiar principle of statutory interpretation is the principle of legality.*”.

⁶²³ Voir JUSSIAUME Anne. *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien-Contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, op. cit.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ *Waddington v. Miah* [1974] UKHL 6.

⁶²⁶ DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 42.

⁶²⁷ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] UKHL 4.

418. La présomption est la technique par excellence de protection des droits individuels, mais pas seulement. Elle est aussi utilisée pour l'élaboration de différents principes permettant de lutter contre l'arbitraire des représentants.

2) La présomption et la lutte contre l'arbitraire

419. Le juge a affirmé sa place dans la détermination et la protection de règles constitutionnelles fondamentales pour limiter l'arbitraire du pouvoir. Par le biais du *common law* et de la technique de la présomption, les juridictions ont pu déterminer une série de principes de nature constitutionnelle auxquels le Parlement et le gouvernement sont présumés se conformer.

420. Ces principes correspondent aux exigences du *rule of law* entendu d'un point de vue formel. En effet, ils sont relatifs à la manière dont le droit peut être adopté et peut évoluer⁶²⁸. Ces principes font également partie du *rule of law* entendu d'un point de vue matériel en ce qu'ils sont une traduction du libéralisme politique.

421. La présomption de non rétroactivité de la loi trouve son équivalent dans la CEDH à l'article 7. Pour que le juge applique la présomption, il faut que la loi en question affecte des droits acquis ou viennent pénaliser des agissements passés qui au moment de leurs commissions ne faisaient pas l'objet d'une sanction pénale⁶²⁹. Dans la jurisprudence *Secretary of State for Social Security v Tunncliffe* rendue par la Cour d'appel en 1991 Staughton LJ rappela le principe de non rétroactivité de la loi. Il expliqua ainsi que « *le véritable principe est que le Parlement est présumé ne pas avoir eu l'intention de modifier le droit applicable aux événements et transactions passés d'une manière qui soit injuste pour les personnes concernées par ceux-ci, sauf si une intention contraire apparaît.* ».⁶³⁰

⁶²⁸ CRAIG Paul. "Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical Framework", *Public Law*, 1997, pp. 467-487, p. 467 : "Formal conceptions of the rule of law address the manner in which the law was promulgated (was it by a properly authorised person, in a properly authorised manner, etc.); the clarity of the ensuing norm (was it sufficiently clear to guide an individual's conduct so as to enable a person to plan his or her life, etc.); and the temporal dimension of the enacted norm (was it prospective or retrospective, etc.). Formal conceptions of the rule of law do not however seek to pass judgment upon the actual content of the law itself."

⁶²⁹ CROSS Rupert, BELL John, ENGLE George. *Statutory Interpretation*, op. cit., p. 187.

⁶³⁰ *Secretary of State for Social Security v. Tunncliffe* [1991] 2 All ER 712 : "the true principle is that Parliament is presumed not to have intended to alter the law applicable to past events and transactions in a manner which is unfair to those concerned in them, unless a contrary intention appears."

422. Dans la jurisprudence *Arnold v Central Electricity Generating Board* rendue en 1987 par la Chambre des Lords, Lord Bridge précisait les implications de cette présomption et de la présence d'une intention législative contraire. Il posait des limites aux conséquences d'une volonté législative expresse de rétroactivité : « *Conformément à la présomption selon laquelle une loi affectant des droits substantiels ne doit pas être interprétée comme ayant un effet rétroactif à moins qu'elle ne semble clairement avoir été conçue à cette fin, il me semble tout à fait approprié, dans un cas où un certain effet rétroactif était clairement prévu, de présumer également que l'effet rétroactif de la loi ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour donner effet soit à son libellé clair, soit à son objectif manifeste.* »⁶³¹. Dans le cas où le législateur a clairement énoncé la rétroactivité, le juge fait donc application d'une seconde présomption.

423. Dans la jurisprudence *McDonnell v Congregation of Christian Brothers Trustees (Formerly Irish Christian Brothers) and others* rendue en 2003 par la Chambre des Lords, les juges refusaient l'application rétroactive d'une loi qui aurait eu pour effet de supprimer le délai de prescription applicable au moment des faits⁶³². Les juges firent application de la jurisprudence *Yew Bon Tew* rendue par le *Privy Council* en 1983, qui rappelait qu'un droit « *acquis de faire valoir une prescription, qui est acquis après l'expiration du délai légal, est dans tous les sens un droit, même s'il découle d'une loi qui est procédurale. Il s'agit d'un droit qui ne doit pas être supprimé en conférant à la loi un effet rétroactif, sauf si une telle interprétation est inévitable* »⁶³³.

424. Le *common law* a permis aux juridictions de mettre en place une présomption d'interprétation stricte des lois pénales. Dès 1887, dans l'affaire *Tuck and Sons v Priester*, Lord Esher précisait les implications d'une telle présomption, les « *règles établies pour l'interprétation de sections pénales* »⁶³⁴. Il affirmait que s'il existe une interprétation raisonnable qui permet d'éviter la peine dans un cas particulier, cette interprétation doit être

⁶³¹ *Arnold v. Central Electricity Generating Board* [1988] AC 228 : “Consistently with the presumption that a statute affecting substantive rights is not to be construed as having retrospective operation unless it clearly appears to have been so intended, it seems to me entirely proper, in a case where some retrospective operation was clearly intended, equally to presume that the retrospective operation of the statute extends no further than is necessary to give effect either to its clear language or to its manifest purpose.”.

⁶³² *McDonnell v. Congregation of Christian Brothers Trustees & Ors* [2003] UKHL 63.

⁶³³ *Ibid.*, par. 17: “Mr Michael Ogden QC, sitting as a deputy judge of the Queen's Bench Division, resolved the issue in favour of the widow. He referred to *Knipe*, by which he was of course bound, and bore in mind the Privy Council judgment in *Yew Bon Tew v Kenderaan Bas Mara* [1983] 1 AC 553, 563, where Lord Brightman (on behalf of the Board) said: ‘an accrued right to plead a time bar, which is acquired after the lapse of the statutory period, is in every sense a right, even though it arises under an Act which is procedural. It is a right which is not to be taken away by conferring on the statute a retrospective operation, unless such a construction is unavoidable.’”.

⁶³⁴ *Tuck and Sons v. Priester* [1887] 19 QBD 629.

préférée. Il poursuivait en indiquant que s'il existe deux interprétations raisonnables d'une même disposition, alors les juridictions doivent retenir l'interprétation la plus indulgente⁶³⁵.

425. Les juges ont également utilisé le *common law* pour mettre en place une présomption à l'encontre des clauses excluant les possibilités de recours devant des juridictions. Il s'agit ici aussi d'une présomption relative à une règle de nature constitutionnelle, destinée à empêcher l'arbitraire. Un exemple frappant est la jurisprudence *Anisminic*⁶³⁶ rendue en 1968 dans laquelle la Chambre des Lords interpréta la section 4(4) du *Foreign Compensation Act* voté en 1950 comme ne pouvant immuniser des décisions illégales du contrôle des juges par voie de *judicial review*. En effet, cette disposition prévoyait que les résolutions adoptées par la Commission de compensation étrangère ne pouvaient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Néanmoins, les juges ont affirmé que le Parlement entendait ici « *résolutions* » comme des actes légaux c'est-à-dire non viciés et adoptés selon les bonnes procédures. Or en l'espèce, la Commission avait pris une décision illégale, entachée donc de nullité et qui ne pouvait être considérée comme étant une « *résolution* » désignée par la section 4(4) de la loi de 1950.

426. Dans la jurisprudence *Cart* rendue en 2011 par la Cour suprême, Lady Hale interprétait le *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* et mettait en œuvre la présomption contre l'exclusion par le législateur du contrôle juridictionnel. Lady Hale affirmait que « *rien dans la loi de 2007 ne vise à évincer ou à exclure le contrôle juridictionnel des décisions sans appel de l'Upper Tribunal. Il faudrait pour cela des mots clairs et ils ne sont pas là.* »⁶³⁷.

427. Dans la décision *R (on the application of Evans) and another (Respondents) v. Attorney General (Appellant)* rendue en 2015 par la Cour suprême, les juges firent également application de cette présomption⁶³⁸. Ils considéraient que la disposition en question, la section 53 du *Freedom of Information Act 2000*, ne pouvait être interprétée, à défauts de mots allant

⁶³⁵ *Ibid.*: 'If there is a reasonable interpretation which will avoid the penalty in any particular case, we must adopt that construction. If there are two reasonable constructions we must give the more lenient one. That is the settled rule for the construction of penal sections.'.

⁶³⁶ *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC.

⁶³⁷ *R (on the application of Cart) (Appellant) v. The Upper Tribunal (Respondent)* [2011] UKSC 28, par. 37 : "First, there is nothing in the 2007 Act which purports to oust or exclude judicial review of the unappealable decisions of the Upper Tribunal. Clear words would be needed to do this and they are not there."

⁶³⁸ *R (on the application of Evans) and another (Respondents) v. Attorney General (Appellant)* [2015] UKSC 21.

clairement dans ce sens, comme autorisant les membres de l'exécutif à passer outre une décision de justice au motif qu'ils sont en désaccord avec elle⁶³⁹.

428. L'exigence de mots clairs de la loi pour exclure la possibilité d'un contrôle juridictionnel a été également rappelé dans la jurisprudence *Investigatory Powers Tribunal and others (Respondents)* rendue par la Cour suprême en 2019. Lord Carnwath interprétait le *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* en appliquant la présomption et la jurisprudence *Cart* précitée. Il affirmait alors que « *le contrôle juridictionnel ne peut être exclu que par 'les mots les plus clairs et les plus explicites' (Cart, paragraphe 31)* ». Par conséquent, « *Si le Parlement n'a pas fait connaître son intention de manière suffisamment claire, il ne nous appartient pas d'étendre les mots utilisés au-delà de leur sens naturel* »⁶⁴⁰.

429. Le principe de transparence de la justice, ou de « *justice ouverte* », fait également partie des règles constitutionnelles dont le juge assure la protection par le biais de la présomption. Comme l'affirmait Lord Justice Toulson dans la jurisprudence *Guardian News and Media Ltd* rendue par la Cour d'appel en 2012, sauf si la loi en dispose clairement, le juge va présumer que le législateur n'a pas entendu restreindre la capacité des juridictions à déterminer l'étendue du principe de « *justice ouverte* »⁶⁴¹.

430. Enfin, le *common law* a utilisé la technique de la présomption pour interpréter les lois conformément à l'exigence d'une composante « *morale* » de l'infraction pour établir la responsabilité pénale d'un individu. Le juge a mentionné et utilisé une telle présomption dans la décision *Sweet v. Parsley* rendue par la Chambre des Lords en 1969. En l'espèce, comme l'affirmait Lord Reid, il « *y a eu pendant des siècles une présomption que le Parlement n'avait pas l'intention de faire des criminels, de personnes qui n'étaient en aucun cas responsables de ce qu'elles faisaient* »⁶⁴². Le juge rappelait ensuite les implications de cette présomption. A

⁶³⁹ *Ibid.*, par. 58 : “Accordingly, if section 53 is to have the remarkable effect argued for by Mr Eadie QC for the Attorney General, it must be ‘crystal clear’ from the wording of the FOIA 2000, and cannot be justified merely by ‘general or ambiguous words’. In my view, section 53 falls far short of being ‘crystal clear’ in saying that a member of the executive can override the decision of a court because he disagrees with it.”

⁶⁴⁰ *R (on the application of Privacy International) (Appellant) v. Investigatory Powers Tribunal and others (Respondents)* [2019] UKSC 22, par. 111: “Judicial review can only be excluded by “the most clear and explicit words” (*Cart*, para 31). If Parliament has failed to make its intention sufficiently clear, it is not for us to stretch the words used beyond their natural meaning.”

⁶⁴¹ *Guardian News and Media Ltd, R (on the application of) v. City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420, par. 73 : “More fundamentally, although the sovereignty of Parliament means that the responsibility of the courts for determining the scope of the open justice principle may be affected by an Act of Parliament, Parliament should not be taken to have legislated so as to limit or control the way in which the court decides such a question unless the language of the statute makes it plain beyond possible doubt that this was Parliament's intention.”

⁶⁴² *Sweet v. Parsley* [1969] UKHL 1: “In such cases there has for centuries been a presumption that Parliament did not intend to make criminals of persons who were in no way blameworthy in what they did.”

« chaque fois qu'un article est muet quant à la 'mens rea', il existe une présomption selon laquelle, pour donner effet à la volonté du Parlement, nous devons y lire les mots appropriés pour exiger la 'mens rea' »⁶⁴³.

431. C'était également le cas dans la jurisprudence *B v. Director of Public Prosecutions* rendue par la Chambre des Lords en 2000. Dans cette affaire, Lord Nicholls of Birkenhead précisait que « le point de départ pour un tribunal est la présomption établie en common law selon laquelle un élément mental, traditionnellement appelé 'mens rea', est un ingrédient essentiel, à moins que le Parlement n'ait indiqué une intention contraire, soit expressément, soit par implication nécessaire »⁶⁴⁴. « Le common law présume que, sauf indication contraire du Parlement, l'élément mental approprié est un ingrédient non exprimé de toute infraction légale »⁶⁴⁵. Bien des années plus tard, Lord Kerr, dans la décision *Brown* rendue par la Cour suprême en 2013, rappelait que « Le principe constitutionnel selon lequel la 'mens rea' est présumée être nécessaire pour établir la responsabilité pénale est fort. Il ne doit pas être écarté en l'absence d'un langage législatif clair ou d'une implication indubitablement nécessaire. »⁶⁴⁶.

II) L'évolution du contrôle dans le *judicial review* : du *Wednesbury test* à l'*anxious scrutiny*

432. Dans le cadre de la procédure de *judicial review*, le juge a utilisé le *common law* pour mettre en place des modalités de contrôle lui permettant d'assurer la protection des droits des individus et d'affirmer encore sa place dans la justice constitutionnelle. Ces modalités de contrôle ont néanmoins des faiblesses, parmi lesquelles figure leur caractère vague et

⁶⁴³ *Ibid.*: "That means that whenever a section is silent as to mens rea there is a presumption that, in order to give effect to the will of Parliament, we must read in words appropriate to require mens rea."

⁶⁴⁴ *B v. Director of Public Prosecutions* [2000] UKHL 13: "In these circumstances the starting point for a court is the established common law presumption that a mental element, traditionally labelled mens rea, is an essential ingredient unless Parliament has indicated a contrary intention either expressly or by necessary implication."

⁶⁴⁵ *Ibid.*: "The common law presumes that, unless Parliament indicated otherwise, the appropriate mental element is an unexpressed ingredient of every statutory offence."

⁶⁴⁶ *R v. Brown (Appellant) (Northern Ireland)* [2013] UKSC 43, par. 26: "The constitutional principle that mens rea is presumed to be required in order to establish criminal liability is a strong one. It is not to be displaced in the absence of clear statutory language or unmistakably necessary implication."

indéterminé. Tant le test *Wednesbury* dans son acception originelle que dans son acception modifiée (*anxious scrutiny*) patissent de leur caractère indéterminé.

433. Des doutes entourent le contenu de ces deux types de contrôle. Le premier contrôle est le test *Wednesbury* –dans son acception originelle- qui, en tant que contrôle substantiel des décisions prises par l'exécutif et l'administration, constitue théoriquement un fondement permettant une prise en compte des droits des individus (A). Cette protection des droits, en pratique a été très timide.

434. A été mis en place un second contrôle -une version plus forte du test *Wednesbury*- le contrôle de l'*anxious scrutiny*, consistant en un contrôle accru des décisions de l'administration et de l'exécutif en cas de mise en cause d'un droit. (B).

A) La version originelle du test Wednesbury : une création du common law aux implications incertaines

435. Le test *Wednesbury* a été créé dans la jurisprudence *Associated Provincial Picture Houses Ltd Wednesbury Corporation* du King's Bench de 1948; même si, précise Hilaire Barnett, il trouve une première expression dans les jurisprudences *Rooke's Case* de 1598 et *Keighley's case* de 1609. Cette phrase de Peiris résume parfaitement en quoi consiste ce test : «*L'essentiel du principe de Wednesbury est que la décision attaquée doit être non seulement erronée, mais aussi déraisonnablement erronée, à tel point qu'aucune personne raisonnable ne pourrait raisonnablement y parvenir* »⁶⁴⁷. Dans la jurisprudence précitée de 1948, Lord Greene rappelle le bien fondé de l'intervention des juges lorsqu'ils sont confrontés à une décision administrative irraisonnable : «*bien que l'autorité locale soit restée dans les limites des questions qu'elle devait prendre en considération, elle est néanmoins parvenue à une conclusion si déraisonnable qu'aucune autorité raisonnable n'aurait jamais pu y parvenir. Dans un tel cas, encore une fois, je pense que le tribunal peut intervenir.*»⁶⁴⁸. Une autre définition de référence du *Wednesbury test* sera livrée par Lord Diplock dans la jurisprudence

⁶⁴⁷ PEIRIS Gamini Lakshman. "Wednesbury Unreasonableness : The Expanding Canvas", *Cambridge Law Journal*, vol. 46, issue 1, 1997, pp. 53-82, p. 56 : "The gist of the Wednesbury principle is that the decision assailed must be not only wrong, but unreasonably wrong, so wrong that no reasonable person could sensibly reach it."

⁶⁴⁸ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1: "Once that question is answered in favour of the local authority, it may be still possible to say that, although the local authority have kept within the four corners of the matters which they ought to consider, they have nevertheless come to a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it. In such a case, again, I think the court can interfere."

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service rendue en 1985 par la Chambre des Lords. Pour Lord Diplock constitue une décision sanctionnable au titre du contrôle *Wednesbury* : « une décision qui est si scandaleuse dans son mépris de la logique ou des normes morales acceptées qu'aucune personne sensée ayant appliqué son esprit à la question à trancher n'aurait pu arriver à une telle décision »⁶⁴⁹.

436. Ce contrôle fait partie des outils utilisables par le juge pour garantir les droits des individus dans la mesure où, comme l'affirme Hilaire Barnett, il permet au juge d'effectuer un contrôle plus poussé que celui que suppose le *judicial review*. Ce dernier, en effet, a pour but de vérifier non pas que la décision prise est correcte mais plutôt que les procédures qui ont mené à son édicton ont été respectées. Le contrôle *Wednesbury* s'éloigne de l'acception traditionnelle de *l'ultra vires* selon laquelle, l'objectif du *judicial review* est de vérifier que l'autorité publique n'excède pas les compétences et procédures directement prescrites par la loi. Or, le test mis en place par la jurisprudence de 1948, permet au juge de considérer qu'une décision est déraisonnable alors même qu'elle est parfaitement légale. Le juge peut ainsi, en utilisant le *common law*, accroître son influence sur les décisions de l'exécutif et/ou de l'administration.

437. Le lien entre contrôle *Wednesbury* et exercice de la justice constitutionnelle est également établi à la lecture des propos de Jeffrey Jowell. Ce dernier considère, en effet, que peuvent être considérées comme déraisonnables les décisions défectueuses au regard des procédures par lesquelles elles ont été adoptées, les décisions qui ne se conforment pas aux principes généraux gouvernant l'exercice du pouvoir public, et enfin celles qui ont un impact manifestement oppressif sur les droits et les intérêts des individus⁶⁵⁰. Tant les règles constitutionnelles relatives à l'exercice du pouvoir que celles relatives aux droits et libertés peuvent théoriquement trouver protection via le contrôle *Wednesbury*. Ce dernier témoigne de la créativité du *common law* pour aménager des modes de contrôle permettant la prise en compte des droits.

⁶⁴⁹ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9: "By 'irrationality' I mean what can by now be succinctly referred to as 'Wednesbury unreasonableness' (*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223). It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it."

⁶⁵⁰ JOWELL Jeffrey. "In the Shadow of *Wednesbury*", *Judicial Review*, 1997, vol. 2, issue 2, pp. 75-80, p. 76 : "Despite the inherent and in some ways desirable vagueness of the *Wednesbury* formulation, it is useful practically to delineate three distinct ways in which power may be unreasonably exercised: (a) defects in the process of reaching or justifying a decision; (b) failure to observe general principles governing the exercise of public power; and (c) decisions having a manifestly oppressive impact on a person's rights or interests."

438. Si théoriquement, le test *Wednesbury* (tel que formulé par Lord Diplock) peut servir à l'exercice de la justice constitutionnelle, le constat est qu'il n'a joué qu'un faible rôle dans l'affirmation des juges dans la justice constitutionnelle. Cela s'explique d'abord par le fait que la définition fournie par Lord Diplock est très souvent contestée et dénoncée comme étant vague ou inappropriée. Ensuite, si l'on regarde la jurisprudence, il n'y a que très peu d'arrêtés dans lesquels le *Wednesbury test* dans sa version originelle a été utilisé.

439. Lord Carnwath fait partie de ceux qui dénoncent ouvertement l'acceptation de Lord Diplock du test *Wednesbury*. Pour le premier, la prise en compte des aspects « *scandaleux, (...) illogique (...) et immoral* »⁶⁵¹ d'une décision d'une autorité publique, confère à ce test un contenu vague qui ne permet pas d'apprécier correctement la décision en cause. Il considère ainsi qu'il ne fournit pas aux juges « *de boîte à outils conceptuelle suffisante* »⁶⁵² pour déterminer si une décision est substantiellement défectueuse. Selon lui, le caractère raisonnable d'une décision peut être trouvé « *soit dans la loi, expressément ou implicitement, soit dans un autre principe général mais séparément identifiable du common law.* »⁶⁵³. Il va, d'ailleurs, dans le même sens que Jeffrey Jowell et donne un champ étendu et substantiel à la notion de « *déraisonnable* »⁶⁵⁴. Mark Elliott plaide également pour une acceptation large du « *caractère*

⁶⁵¹ Lord CARNWARTH. "From judicial outrage to sliding scales – where next for *Wednesbury*?", *ALBA Annual Lecture*, 12th November 2013, pp. 1-20, p. 4: "As I said in 1996, it is hard to see how "outrage" can ever be an appropriate or acceptable part of the judicial armoury? And why "logic"? The hallmark of a sound administrative decision, surely, is not so much logic, as informed judgment, which may take account of all sort of "illogical" factors such as political considerations and a democratic mandate? And how do 'moral standards' come into this formulation? There may be many ways in which the conduct of public authorities can be morally objectionable -perhaps bribery, nepotism, even maintaining a public brothel? Such activities may be illegal, but not because they are "irrational", still less because judges find them outrageous."

⁶⁵² ELLIOTT Mark. « Where next for the *Wednesbury* principle? A brief response to Lord Carnwath », *UK Constitutional Law Association*, 20th November 2013, [en ligne], [consultée le 09/04/2014], <https://ukconstitutionallaw.org/2013/11/20/mark-elliott-where-next-for-the-wednesbury-principle-a-brief-response-to-lord-carnwath/>: "However, Carnwath argues that the Diplock formulation of irrationality fails to supply judges with a suitable conceptual toolkit by which to determine whether a decision is flawed on substantive grounds."

⁶⁵³ Lord CARNWARTH. "From judicial outrage to sliding scales – where next for *Wednesbury*?", *op. cit.*, p. 17: "The important question is not whether the decision is beyond the range of reasonable responses, but why? The reason must be found either in the statute, expressly or by implication, or in some other general but separately identifiable principle of the common law."

⁶⁵⁴ ELLIOTT Mark. « Where next for the *Wednesbury* principle? A brief response to Lord Carnwath », *op. cit.*: "Following his criticism of other approaches, Carnwath endorses the attempt of Sir Jeffrey Jowell to ascribe greater structure to the notion of unreasonableness. Jowell observes that decisions are likely to be judged to be unreasonable when they: disclose particular characteristics, such as being illogical; lack a rational connection with the evidence; exhibit unduly uncertain or excessively vague reasoning; place too much or too little weight on a legally-relevant consideration; result from the application of a policy that amounts to a fettering of discretion; result from ignorance of or a mistake concerning a material fact; breach the rule of law, a legitimate expectation or the principle of consistency; or are unduly harsh."

déraisonnable » et considère que la recherche de la justification de la décision a sa place dans tous les fondements substantiels du *judicial review*⁶⁵⁵.

440. Le test *Wednesbury* a engendré d'autres incertitudes. En témoignent en 2019, les propos de Yossi Nehushtan, qui déplorait ainsi une confusion –issue de la définition fournie par Lord Diplock- souvent opérée entre le caractère « *raisonnable* » et « *rationnel* » d'une décision⁶⁵⁶. Pour lui, il faudrait reconnaître que le droit anglais et britannique comprend le caractère « *raisonnable* » et « *rationnel* » comme deux fondements distincts du *judicial review*.

441. Enfin, la version originale du test *Wednesbury* n'est été que peu appliquée par les juridictions pour les questions constitutionnelles. C'est ce qu'affirme Lord Carnwath qui rappelle que la jurisprudence *Wheeler*⁶⁵⁷ rendue en 1985 par la Chambre des Lords fait partie des rares décisions de justice qui mettent en œuvre le contrôle *Wednesbury* dans sa version originelle. Les juridictions s'en éloignent ou en proposent d'autres versions. Beaucoup plus récemment, la jurisprudence rappelait par ailleurs, la perte d'intérêt pour le juge d'utiliser la version traditionnelle du contrôle *Wednesbury*. Ainsi, dans la décision *Kennedy v The Charity Commission* rendue par la Cour suprême en 2014, Lord Neuberger précisait que « *The common law n'insiste plus sur l'application uniforme du critère rigide de l'irrationalité, autrefois considéré comme applicable en vertu du principe dit de Wednesbury. La nature du contrôle juridictionnel dans chaque cas dépend du contexte.* »⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ ELLIOTT Mark. « The super-Wednesbury principle is alive and well : R (Rotherdam MBC) v Business Secretary », *Public Law for everyone*, 17th February 2014, [en ligne], [consultée le 12/11/2020], <https://publiclawforeveryone.com/2014/02/17/the-super-wednesbury-principle-is-alive-and-well-r-rotherham-mbc-v-secretary-of-state-for-business-innovation-skills-2014-ewhc-232-admin/>.

⁶⁵⁶ NEHUSHTAN Yossi. «The Unreasonable Perception of Rationality and Reasonableness in UK Public Law», *UK Constitutional Law Association*, 1st July 2019, [en ligne], [consultée le 12/11/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2019/07/01/yossi-nehushtan-the-unreasonable-perception-of-rationality-and-reasonableness-in-uk-public-law/>.

⁶⁵⁷ *Wheeler v. Leicester City Council* [1985] UKHL 6.

⁶⁵⁸ *Kennedy (Appellant) v. The Charity Commission (Respondent)* [2014] UKSC 20, par. 51: «*The common law no longer insists on the uniform application of the rigid test of irrationality once thought applicable under the so-called Wednesbury principle. The nature of judicial review in every case depends upon the context.* ». Sur cette jurisprudence voir notamment. ELLIOTT Mark. «Common law constitutionalism and proportionality in the supreme court: Kennedy v. the Charity Commission», *Public Law For Everyone*, 31th March 2014, [en ligne], [consultée le 20 mai 2015], <http://publiclawforeveryone.com/2014/03/31/common-law-constitutionalism-and-proportionality-in-the-supreme-court-kennedy-v-the-charity-commission/>; VAHURAS Jason N.E. «Jason N.E. Vahuras: Should the common law of review and the law under the Human Rights Act 1998 be synthesised?», *UK Constitutional Law Association*, 28th April 2014, [en ligne], [consultée le 29 avril 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/04/28/jason-n-e-varuhas-should-the-common-law-of-review-and-the-law-under-the-human-rights-act-1998-be-synthesised/>.

B) Le contrôle de l'anxious scrutiny : une version améliorée du test Wednesbury pour une protection accrue des droits

442. Ce second test est apparu à partir des années 1980 et correspond à l'idée, résumée par Lord Sumption, que certains droits dans le *common law* sont fondamentaux et que l'interférence des gouvernants doit, alors, être plus difficile à justifier. Ce test est une arme permettant d'augmenter l'influence du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle dans la mesure où il lui permet de sanctionner plus facilement les décisions qui violeraient les droits identifiés en *common law*. Ce test de l'*anxious scrutiny* est également un moyen pour le juge d'accroître sa sphère d'influence dans le rapport de force qui le lie au Parlement et au gouvernement. Il permet théoriquement de contraindre davantage les autorités publiques quand les droits et libertés sont menacés. Ce type de contrôle dynamise la responsabilité constitutionnelle du gouvernement et de l'administration. Enfin, la mise en place de cet *anxious scrutiny* montre également en quoi l'affirmation des juges dans la justice constitutionnelle sert celle des citoyens. En effet, l'utilisation de ce contrôle par le juge contribue à une meilleure protection des droits, et font de ces derniers et des juridictions des outils renforcés à disposition des justiciables.

443. L'*anxious scrutiny* a été mis en place dans l'*obiter dictum* de Lord Bridge dans la décision rendue par la Chambre des Lords en 1986, la décision *Bugdaycay*⁶⁵⁹. En l'espèce Mr Musisi contestait la décision de refus d'autorisation d'entrer et de séjourner au Royaume-Uni émise par le Secrétaire d'État. Le requérant se plaignait du fait que cette prise de décision n'avait pas tenu compte de son argument selon lequel, s'il était renvoyé au Kenya, il serait ensuite envoyé en Ouganda où il serait tué. Dans l'appréciation et dans le contrôle de la décision contestée, Lord Bridge mit en avant le caractère fondamental du droit à la vie du requérant. Il affirmait ainsi que « *lorsqu'une décision administrative contestée est considérée comme pouvant mettre la vie du demandeur en danger, le fondement de la décision doit certainement faire l'objet de l'examen le plus minutieux* »⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Bugdaycay* [1986] UKHL 3.

⁶⁶⁰ *Ibid.*: "The most fundamental of all human rights is the individual's right to life and when an administrative decision under challenge is said to be one which may put the applicant's life at risk, the basis of the decision must surely call for the most anxious scrutiny."

444. Cette logique, soulignée dans la décision *Bugdaycay*, fut suivie et approfondie dans la jurisprudence postérieure. Dans la décision *Brind*⁶⁶¹ de 1991 rendue par la Chambre des Lords, ce dernier, bien que refusant expressément d'inclure le contrôle de proportionnalité dans les techniques employées par les juges, accepta l'idée de mettre en place un contrôle accru dans la lignée de la décision *Bugdaycay*. Ce contrôle accentué « *a été conçu à l'origine pour élargir le critère de contrôle de fond en common law en important certains éléments de la doctrine de la proportionnalité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.* »⁶⁶².

445. En 1996, dans la jurisprudence *R v. Ministry of Defence, Ex p. Smith* rendue par le *Queen's Bench*, Lord Bingham confirma et justifia l'emploi par le juge d'un contrôle plus minutieux quand les droits des administrés sont menacés. Il commença pour ce faire, par rappeler que le rôle constitutionnel des juges n'est pas un rôle de décideur politique et qu'ainsi ce n'est pas à lui que revient la tâche de réglementer les conditions du service au sein des armées de la Couronne⁶⁶³. Le juge poursuivit en affirmant néanmoins que relève de son rôle constitutionnel celui de « *veiller à ce que les droits des citoyens ne soient pas abusés par l'exercice illégal du pouvoir.* »⁶⁶⁴.

446. La mise en place de l'*anxious scrutiny* a eu un effet à la fois sur l'exercice de la justice constitutionnelle par les juges mais également sur l'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants. Comme le souligne Paul Craig, « *Il était implicite dans Bugdaycay et explicite dans WM qu'un examen minutieux peut être applicable à la fois au décideur principal lorsqu'il prend la décision initiale et au tribunal lorsqu'il exerce un contrôle judiciaire.* »⁶⁶⁵.

447. Cette idée est présente dans la décision *Brind* dans laquelle Lord Bridge affirmait que, « *toute restriction du droit à la liberté d'expression doit être justifiée et que rien de moins*

⁶⁶¹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] UKHL 4.

⁶⁶² Lord SUMPTION. "Anxious Scrutiny", *Administrative Law Bar Association Lecture*, 4th November 2014, [en ligne], [consultée le 14/04/2015], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-141104.pdf>, p. 4: "Anxious scrutiny was originally designed to broaden the test for substantive review at common law by importing some element of the doctrine of proportionality from the case-law of the European Court of Human Rights."

⁶⁶³ *R v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] QB 517: "This does not of course mean that the court is thrust into the position of the primary decision-maker. It is not the constitutional role of the court to regulate the conditions of service in the armed forces of the Crown, nor has it the expertise to do so."

⁶⁶⁴ *Ibid.*: "But it has the constitutional role and duty of ensuring that the rights of citizens are not abused by the unlawful exercise of executive power. While the court must properly defer to the expertise of responsible decision-makers, it must not shrink from its fundamental duty to 'do right to all manner of people'."

⁶⁶⁵ CRAIG Paul. "Judicial Review and Anxious Scrutiny: Foundations, Evolution and Application", *Public Law*, 2015, vol.20, issue 1, pp. 60-78, p. 62: "It was implicit in *Bugdaycay* and explicit in *WM* that anxious scrutiny can be applicable both to the primary decision-maker when making the initial determination and also to the court when exercising judicial review."

qu'un important intérêt public concurrent ne sera suffisant pour la justifier. »⁶⁶⁶. Le juge poursuivait en affirmant que l'appréciation de la pertinence de l'intérêt public justifiant la restriction d'une liberté revenait à deux acteurs. Ces deux acteurs émettent chacun un jugement. Lord Bridge rappelait ainsi que l'appréciation de la pertinence de l'argument de l'intérêt public relevait avant tout de l'autorité publique qui a pris la décision. C'est à elle que revient ici le premier exercice de justice constitutionnelle⁶⁶⁷. Le second acteur en droit d'intervenir selon Lord Bridge, est la juridiction qui « *a le droit d'exercer un jugement secondaire en demandant si un secrétaire d'État raisonnable, sur la base des éléments dont il dispose, pourrait raisonnablement porter ce jugement primaire* »⁶⁶⁸. La mise en place de ce contrôle plus minutieux bouscule la prise de décision *ab initio* des représentants, les droits des individus devant être pris en compte. L'exercice de la justice constitutionnelle par le juge, par le biais de la mise en place de ce contrôle, stimule l'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants ; elle stimule leur responsabilité constitutionnelle.

448. L'*anxious scrutiny* est encore aujourd'hui un outil utilisé par le juge pour exercer la justice constitutionnelle. L'adoption du *HRA* 1998 ne l'a pas rendu obsolète et permet toujours au *common law* d'être un moyen pour le juge de protéger les droits. En 2014, Lord Sumption observait ainsi que pendant la décennie, le concept d'*anxious scrutiny* avait été utilisé 598 fois par les juges et dans la plupart des cas dans des affaires relatives à l'immigration ou au droit d'asile, mettant en jeu des principes de *common law*⁶⁶⁹.

449. L'apparition du contrôle de proportionnalité des décisions administratives provoquée par l'adoption du *HRA* 1998 a néanmoins complexifié les choses. Deux types de raisonnements coexistent alors : « *celui de la proportionnalité* » issu du droit de la CEDH (qui sera étudié dans le second titre de cette première partie) et « *celui de l'anxious scrutiny* », qui ne sont pas toujours simples à différencier. Pour Paul Craig, ils partagent de nombreux points

⁶⁶⁶ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] UKHL 4 : “*But again, this surely does not mean that in deciding whether the Secretary of State, in the exercise of his discretion, could reasonably impose the restriction he has imposed on the broadcasting organisations, we are not perfectly entitled to start from the premise that any restriction of the right to freedom of expression requires to be justified and that nothing less than an important competing public interest will be sufficient to justify it.*”

⁶⁶⁷ *Ibid.*: “*The primary judgment as to whether the particular competing public interest justifies the particular restriction imposed falls to be made by the Secretary of State to whom Parliament has entrusted the discretion.*”

⁶⁶⁸ *Ibid.*: “*But we are entitled to exercise a secondary judgment by asking whether a reasonable Secretary of State, on the material before him, could reasonably make that primary judgment.*”

⁶⁶⁹ Lord SUMPTION. “*Anxious Scrutiny*”, *op. cit.*, p. 6: “*In fact, notwithstanding these developments, anxious scrutiny is still very much with us, even in cases concerning Convention rights. A search on Westlaw, admittedly a rather crude measure, suggests that in the last ten years the concept has been deployed by judges in 598 cases.*”

communs. L'auteur considère comme inexact le critère qui est souvent proposé pour distinguer le contrôle du caractère raisonnable de celui de la proportionnalité. Il considère erronée l'argumentation qui consiste à dire que « *le poids et l'équilibre ne font pas partie du contrôle du caractère raisonnable* »⁶⁷⁰.

450. Bien plus, la question s'est posée de l'émergence de la proportionnalité en tant que motif de contrôle de *common law* et non en tant que motif de contrôle imposé par le droit de la CEDH. La décision *Pham* précitée est l'exemple phare d'une telle réflexion. Mark Elliott considère qu'elle pose des jalons pour l'émergence de la proportionnalité comme motif de contrôle issu du seul *common law*⁶⁷¹. Dans cette jurisprudence, tous les *Justices* n'avaient pas la même opinion sur la question. Lord Mance, lui, prônait explicitement l'adoption de la proportionnalité comme outil de contrôle issu du *common law*⁶⁷². Il considérait que « *l'outil de la proportionnalité* » était à la fois « *disponible et utile* » pour contrôler l'exercice du pouvoir de déchoir quelqu'un de la nationalité britannique, pouvoir ici conféré par la section 40(2) du *British Nationality Act* de 1981⁶⁷³.

451. Néanmoins, l'hypothèse de la mise en place d'un contrôle de proportionnalité issu du seul *common law* semble connaître des résistances. Dans la jurisprudence *Keyu v. Foreign Secretary* rendue en 2015, Lord Neuberger of Abbotsbury montra son hostilité à la mise en place par le *common law* d'un tel contrôle. En l'espèce, les requérants appelaient expressément à la mise en place d'un contrôle de proportionnalité pour remplacer le test *Wednesbury* dans son sens traditionnel⁶⁷⁴. Pour Lord Neuberger of Abbotsbury « *Le passage de la rationalité à la proportionnalité, tel que préconisé par les requérants, semble avoir des conséquences potentiellement profondes et étendues, car il impliquerait que le tribunal examine le bien-fondé de la décision en cause : en particulier, il exigerait que les tribunaux prennent en*

⁶⁷⁰ CRAIG Paul. « The Nature of Reasonableness Review », *Legal Research Paper Series*, 2013, n°78, pp. 1-37, p. 1: « *There is the claim that weight and balancing form no part of reasonableness review, this being regarded as an important distinguishing feature between reasonableness and proportionality.* ».

⁶⁷¹ ELLIOTT Mark. « Proportionality and contextualism in common law review: the Supreme Court's judgement in *Pham* », *Public Law for Everyone*, 17th April 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <http://publiclawforeveryone.com/2015/04/17/proportionality-and-contextualism-in-common-law-review-the-supreme-courts-judgment-in-pham/>.

⁶⁷² *Pham v. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19.

⁶⁷³ *Ibid.*, par. 98 : « *A correspondingly strict standard of judicial review must apply to any exercise of the power contained in section 40(2), and the tool of proportionality is one which would, in my view and for the reasons explained in *Kennedy v Charity Commission*, be both available and valuable for the purposes of such a review.* ».

⁶⁷⁴ *Keyu and others (Appellants) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (Respondents)* [2015] UKSC 69, par. 131 : « *The appellants raise the argument that the time has come to reconsider the basis on which the courts review decisions of the executive, and in particular that the traditional *Wednesbury* rationality basis for challenging executive decisions should be replaced by a more structured and principled challenge based on proportionality.* ».

considération l'équilibre que le décideur a trouvé entre des intérêts concurrents (souvent un intérêt public contre un intérêt privé) et le poids à accorder à chacun de ces intérêts »⁶⁷⁵. Lord Neuberger of Abbotsbury tempère un peu la gravité de son propos en affirmant que « (...) dans certains cas, le droit national peut déjà s'écarter dans une certaine mesure du critère d'irrationalité. »⁶⁷⁶.

452. Ce contrôle accentué présente néanmoins d'indéniables faiblesses qui nuancent son potentiel d'affirmation du pouvoir judiciaire dans la justice constitutionnelle. Lord Sumption précise ainsi que ce contrôle ne pouvait s'apparenter à un contrôle de constitutionnalité. *« En effet, l'examen minutieux est resté une technique d'évaluation du processus décisionnel, plutôt qu'un examen de la compatibilité du résultat avec une norme externe. »⁶⁷⁷.*

⁶⁷⁵ *Ibid.*, par. 133 : “The move from rationality to proportionality, as urged by the appellants, would appear to have potentially profound and far-reaching consequences, because it would involve the court considering the merits of the decision at issue: in particular, it would require the courts to consider the balance which the decision-maker has struck between competing interests (often a public interest against a private interest) and the weight to be accorded to each such interest.”

⁶⁷⁶ *Ibid.* : “Furthermore, as the passages cited by Lord Kerr from *Kennedy v Charity Commission* (Secretary of State for Justice intervening) [2014] UKSC 20, [2015] AC 455, paras 51 and 54, and *Pham v Secretary of State for the Home Department* (Open Society Justice Initiative intervening) [2015] UKSC 19, [2015] 1 WLR 1591, paras 96, 113 and 115 show, the domestic law may already be moving away to some extent from the irrationality test in some cases.”

⁶⁷⁷ Lord SUMPTION. “Anxious Scrutiny”, *op. cit.*, p. 4: “In effect, anxious scrutiny remained a technique for evaluating the decision-making process, rather than a review of the compatibility of the result with some external standard.”

Conclusion du chapitre II

453. Le *common law* a été pour le juge un outil particulièrement efficace pour affirmer sa place dans la justice constitutionnelle. Cette source du droit britannique bénéficie en premier lieu d'un prestige qui explique l'autorité dont bénéficient les juges. Ce prestige donne au *common law* et au juge une image de médiateur entre la société, son histoire constitutionnelle et le droit. En second lieu, les juridictions ont puisé dans le *common law* pour contraindre, par leur pouvoir d'interprétation et le contrôle de leurs décisions, l'activité du Parlement et du gouvernement. Les juges font ainsi régulièrement usage d'un pouvoir d'interprétation de la législation qui leur permet d'exercer une influence considérable sur la signification des lois votées par le Parlement. Ce pouvoir d'interprétation est ce qui donne au juge la possibilité de limiter et contraindre les actions du Parlement et du gouvernement. Dans le cadre des activités de l'administration et de l'action du gouvernement, les juges ont à leur disposition une palette de modalités de contrôle dans le cadre du *judicial review*.

454. Le *common law* est un outil expliquant l'emprise du juge dans la justice constitutionnelle mais il n'est pas le seul, la législation a également joué un rôle dans l'affirmation de l'influence du juge dans la justice constitutionnelle.

CONCLUSION DU TITRE I

455. Le juge utilise le *common law* pour jouer un rôle actif dans la justice constitutionnelle et pour façonner l'ordre constitutionnel britannique. Il en est depuis longtemps un architecte majeur, et est en mesure d'imposer aux justiciables et aux gouvernants des règles relatives aux droits des individus, au fonctionnement du pouvoir politique monarchique, gouvernemental et parlementaire.

456. Néanmoins, le juge doit également sa position influente à l'intervention d'un autre acteur de la justice constitutionnelle : le Parlement et le gouvernement. En effet ces derniers en adoptant des lois majeures de réforme constitutionnelle, ont non seulement exercé la justice constitutionnelle, mais ont aussi conféré aux juges de nouvelles prérogatives renforçant leur emprise sur cette même justice.

TITRE II : L'EMPRISE DU JUGE ET L'ACTION DU LÉGISLATEUR

457. L'adoption de nombreuses lois encadrant la matière constitutionnelle depuis les années 1970 et la fin des années 1990 exerce une influence considérable sur la place du juge dans la justice constitutionnelle. Parmi ces lois figurent notamment : l'*European Community Act* 1972, le *Human Rights Act* 1998, le *Scotland Act* 1998, le *Northern Ireland Act* 1998, le *Government of Wales Act* 1998, le *Constitutional Reform Act* 2005 ou encore les *European Withdrawal Act* 2018 et l'*European (Withdrawal Agreement) Act* 2020.

458. Ces lois bousculent l'ordre constitutionnel⁶⁷⁸ et influencent considérablement la place du juge⁶⁷⁹ dans la justice constitutionnelle. Le juge joue désormais un rôle accru dans le contrôle de la législation et des actes de l'administration grâce à l'existence de procédures juridictionnelles et de garanties statutaires renforcées -comme l'indépendance de la justice-.

459. Ces lois témoignent du fait que la place du juge dans la justice constitutionnelle découle de celle des représentants dans cette même justice. C'est en effet en livrant, par le biais des lois étudiées ici, leurs interprétations sur les insuffisances et les évolutions de la Constitution que les représentants ont non seulement exercé la justice constitutionnelle mais ont aussi stimulé le rôle des juges dans le système de protection des règles constitutionnelles. En outre, ces lois témoignent des liens entre les représentants, les juges et les citoyens. Les

⁶⁷⁸ DELANEY Erin F. "Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom", *Northwestern University Law Review*, 2014, vol. 108, n° 02, pp. 543-606. L'auteur parle de ces réformes comme venant chambouler un ordre constitutionnel inchangé depuis plusieurs siècles, p. 543 : "*Britain is experiencing a period of dramatic change that challenges centuries-old understandings of British constitutionalism. In the past fifteen years, the British Parliament enacted a quasi-constitutional bill of rights; devolved legislative power to Scotland, Wales, and Northern Ireland; and created a new Supreme Court.*".

⁶⁷⁹ Sur cette question voit notamment. FRIEDMAN GOLDSTEIN Leslie. «From Democracy to Juristocracy », *Law and Society Review*, 2004, vol 38, n°3, pp. 611-629.

premiers, en augmentant les prérogatives constitutionnelles des juges ont également conforté la place du citoyen dans la justice constitutionnelle, disposant de juridictions renforcées pour protéger ses droits et libertés et pour contrôler les autorités publiques.

460. Ces lois bouleversent la nature de la Constitution britannique, devenant encore plus écrite et juridictionnalisée. Bien plus, ces réformes ont eu d'importantes répercussions sur trois grands principes constitutionnels : le *rule of law*, la suprématie du Parlement et la séparation des pouvoirs.

461. En premier lieu, ces réformes en augmentant le rôle de contre-pouvoir du juge œuvrent, en effet, dans le sens du principe du *rule of law* dont l'objectif est la limitation du pouvoir politique des représentants, contre l'arbitraire. Elles ont renforcé le principe selon lequel les gouvernants et donc le Parlement de Westminster doivent être contraints par des règles substantielles et procédurales. Ces dernières visent à limiter l'arbitraire potentiel des gouvernants et à assurer une meilleure protection des droits et libertés ainsi que de la séparation des pouvoirs. Ces réformes viennent ré-affirmer la prépondérance du *rule of law* entendu tant d'un point de vue matériel que d'un point de vue formel, ces deux aspects étant essentiels à l'encadrement et à la limitation du pouvoir politique des représentants et par conséquent à l'exercice de la justice constitutionnelle.

462. En second lieu, ces lois constitutionnelles questionnent profondément l'idée, défendue par Dicey, que la souveraineté du Parlement doit être conçue comme un pouvoir juridique illimité d'édiction des normes⁶⁸⁰. Par ces lois, le Parlement est encore davantage contraint d'œuvrer dans le sens de la préservation d'un ordre constitutionnel et libéral, sa responsabilité constitutionnelle se trouve renforcée. Dans cette perspective, le juge s'est vu octroyer de nouvelles prérogatives⁶⁸¹ et une indépendance renouvelée lui permettant d'avoir un rôle plus fort dans le rapport de force avec les représentants. Certes le Parlement peut toujours abroger la loi de 1998, mais tant qu'il ne le fait pas il demeure contraint et responsable constitutionnellement dans le cadre du *HRA*.

463. Enfin, ces réformes ont accentué le rôle du juge dans la séparation horizontale et verticale des pouvoirs. Elles ont en effet, d'une part, accru l'influence du juge dans les fonctions

⁶⁸⁰ Voir là-dessus notamment. TASNIM Ali. "The Demise of Parliamentary Sovereignty and the Uprise of Constitutional Supremacy", *The Student Journal of Law*, 2014, issue 6, [en ligne], [consultée le 12/04/2021], <https://sites.google.com/site/349924e64e68f035/issue-6/the-demise-of-parliamentary-sovereignty-and-the-uprise-of-constitutional-supremacy>.

⁶⁸¹ Cette montée en puissance du juge ne serait pas un phénomène isolé mais s'inscrit parfaitement dans le climat d'ascension des juges dans les pays occidentaux ces dernières décennies. Voir. HILBINK Lisa. "Assessing the New Constitutionalism", *Comparative Politics*, 2008, vol. 40, n° 2, pp. 227-245.

législative et exécutive exercées à Westminster. Elles ont alors redéfini la mise en application de la théorie de la balance des pouvoirs au Royaume-Uni, les juridictions y prenant plus de place. D'autre part, elles ont fait du juge suprême un juge en charge du contentieux de la répartition des compétences entre le central et le local (Pays de Galles, Écosse, Irlande du Nord), et ont alors doté la Cour suprême de prérogatives supplémentaires pour assurer la limitation à la fois du pouvoir de Westminster et des entités dévolues. En redéfinissant le rôle du juge dans la séparation des pouvoirs, ces réformes ont par conséquent redéfini la place du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

464. Ces réformes ont aussi des implications sur la manière dont s'exerce la démocratie au Royaume-Uni. Elles contribuent, avec le *common law* étudié dans le premier titre, à éloigner la démocratie britannique d'une logique majoritaire au profit d'une logique constitutionnelle dans laquelle la loi et l'institution qui l'édicte sont présumées se conformer à des règles et principes constitutionnels.

465. Si ces « intégrations européennes » sont responsables d'un important gain de prérogatives constitutionnelles par le juge par rapport aux droits de la CEDH, elles sont simultanément les causes d'une baisse d'une place du juge, ce dernier se voyant retirer le pouvoir qu'il tirait du principe de suprématie du droit de l'UE (Chapitre I). Par ailleurs, la problématique de l'organisation territoriale britannique interne est à la source d'un enrichissement limité du rôle du juge dans la justice constitutionnelle (Chapitre II).

466. En dehors des lois qui ont porté ces grandes réformes constitutionnelles, le législateur stimule régulièrement la place du juge dans la justice constitutionnelle. En effet, le Parlement de Westminster adopte beaucoup de lois dont l'objectif est d'assurer la protection de droits, lois dont l'application sera, notamment, du fait des juridictions. Ainsi, ces dernières sont par exemple devenues, interprètes et protectrices de lois relatives à la lutte contre les discriminations raciales, tel que le *Race Relations Act 1976*, et ont contribué à une lutte efficace contre les discriminations, se fondant sur une interprétation large des dispositions de la loi⁶⁸². En outre, comme l'observe Aurélie Duffy-Meunier, des lois peuvent être adoptées dans l'objectif de compléter les garanties offertes par le *HRA*⁶⁸³ et ainsi offrir aux juges des dispositions et dispositifs complémentaires de protection des droits. C'était le cas par exemple

⁶⁸² BINDMAN Geoffrey. "The Right to Racial Equality", In *Rights of Citizenship*, edited by Robert Blackburn, London, Mansell Publishing Limited, 1993, pp. 139-155, p. 147.

⁶⁸³ DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 121.

du *Gender recognition Act 2004*, qui permet à un individu transsexuelle ayant au moins 18 ans, « de changer d'état civil et de se marier avec une personne de sexe opposé »⁶⁸⁴. On peut également citer le *Civil Partnership Act 2004*, qui revient à reconnaître aux couples homosexuels des droits comparables à ceux des couples hétérosexuels.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

Chapitre I : Le juge et les « intégrations européennes »

467. L'*European Community Act* 1972, le *Human Rights Act* 1998, le *Constitutional Reform Act* 2005 ou encore les *European Withdrawal Act* 2018 et l'*European (Withdrawal Agreement) Act* 2020 ont un point commun: elles ont trait aux relations entre le Royaume-Uni et la sphère européenne, englobant l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Elles sont relatives à la problématique des intégrations européennes du Royaume-Uni, ces dernières renvoyant alors non seulement à des phénomènes d'inclusion de l'État britannique dans un ensemble européen plus vaste (le Royaume-Uni a rejoint la CEE -Communauté économique européenne, qui deviendra l'Union européenne le 1^{er} novembre 1993- le 1^{er} janvier 1973, et a signé et ratifié la CEDH respectivement le 4 novembre 1950 et le 8 mars 1951), mais aussi à des logiques d'exclusion dans lesquelles les gouvernants britanniques décident de quitter une structure européenne de gouvernance et/ou de protection des droits (il s'agit ici de la sortie du Royaume-Uni de l'UE par le processus du Brexit, sortie actée de manière définitive le 31 décembre 2020).

468. Ces intégrations européennes ont un fort impact sur la place du juge dans la justice constitutionnelle. Le Parlement de Westminster a mené à bien ces intégrations successives, en adoptant en 1972 une loi relative aux Communautés européennes et en 1998 une loi insérant dans le droit national certains droits de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si la loi de 1972 n'existe désormais plus du fait de son abrogation par l'*European Union (Withdrawal) Act* voté en 2018 et du long processus du Brexit, et si la survie de celle de 1998 est menacée; ces deux lois ont néanmoins profondément impacté la place du juge dans la justice constitutionnelle.

469. La loi de 1972 a conféré au juge le pouvoir de suspendre l'application d'une loi votée par le Parlement en raison de sa non-conformité avec le droit de l'UE. Ce faisant, le législateur consacrait le principe de suprématie du droit de l'UE. Elle a ainsi octroyé au juge une prérogative de contrôle lui permettant d'exercer une influence considérable sur la législation votée à Westminster. Cette loi est désormais abrogée par la loi de 2018, et les règles européennes de nature constitutionnelle que le juge pouvait auparavant utiliser ont maintenant soit disparues, du fait de la non intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, soit été transposées dans le droit national pour être soumises à d'autres modalités d'applications jurisprudentielles. Au regard de l'ensemble de ces éléments, il est possible

d'affirmer que les intégrations européennes font du juge un acteur fluctuant de la justice constitutionnelle, dont les prérogatives et la place évoluent avec les réformes.

470. Le *HRA* de 1998 et le *CRA* de 2005 ont par la suite également contribué au renforcement de l'influence des juges sur les lois et décisions administratives au nom des droits et libertés. Ces deux lois sont le symbole de l'intégration de la CEDH dans le droit interne britannique⁶⁸⁵. Par la loi de 1998, les juges se voient reconnaître des prérogatives qui leur confèrent davantage d'influence d'une part, sur les décisions de l'administration ou de l'exécutif par le biais de la procédure transformée du *judicial review*⁶⁸⁶, et d'autre part sur le sens des lois votées à Westminster, à travers des mécanismes de contrôles des législations primaire et secondaire au regard des droits de la CEDH. C'est pour répondre aux exigences de la CEDH, que le législateur a voté le *Constitutional Reform Act* 2005, visant à protéger davantage l'appareil judiciaire des influences organiques et institutionnelles du Parlement et du gouvernement. Alors que la loi de 1998 a pour effet de bouleverser la séparation des pouvoirs entendue comme « *balance des pouvoirs* », celle de 2005 accentue l'aspect « *non cumul des pouvoirs* » (le « *principe négatif* ») de ce principe. Si la loi de 1998 n'est pour l'instant pas réellement menacée, elle fait l'objet de nombreuses critiques et pourrait ainsi disparaître de l'ordonnement juridique ces prochaines années. Une autre reconfiguration d'ampleur de la justice constitutionnelle britannique est donc prochainement possible..

471. Les influences européennes impactent considérablement le rôle du juge⁶⁸⁷ et le rendent fluctuant. Si la suprématie du droit de l'UE a constitué pour le juge une prérogative constitutionnelle d'importance, le retrait du Royaume-Uni impacte cette prérogative en la diminuant et en la livrant aux incertitudes⁶⁸⁸ (Section I). De son côté le droit de la CEDH, par

⁶⁸⁵ En effet, jusqu'à l'adoption et l'entrée en vigueur du *HRA* 1998, la Convention européenne des droits de l'Homme ne pouvait être directement utilisée et protégée par les juges nationaux. En raison de la nature dualiste du système britannique, il faut une loi pour incorporer en droit interne et rendre applicable par les juges internes le droit supranational. Avant 1998, le Royaume-Uni était quand même partie à la CEDH, l'ayant signée le 4 novembre 1950, ratifiée le 8 mars 1951 et ayant ouvert le droit de recours individuel le 14 janvier 1966.

⁶⁸⁶ SUMPTION Jonathan. "Judicial and Political Decision-Making-The Uncertain Boundary", *the F.A Mann Lecture, Judicial Review*, 2011, pp. 301-315, p. 315: "One of the most important constitutional changes to occur in Britain since the Second World War has been the rise in the political significance of the judiciary, as a result of the increasingly vigorous exercise of its powers of judicial review."

⁶⁸⁷ Voir là-dessus. Lord NEUBERGER, President of the Supreme Court. "The British and Europe", *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture* 2014, 12th February 2014, [en ligne], [consultée le 05 mai 2014], <http://www.supremecourt.uk/docs/speech-140212.pdf>; Lord NEUBERGER, President of the Supreme Court. "The Supreme Court and the Rule of Law", *The Conkerton Lecture* 2014, *Liverpool Law Society*, 9th October 2014, [en ligne], [consultée le 20 novembre 2014], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-141009-lord-neuberger.pdf>.

⁶⁸⁸ DOUGLAS-SCOTT Sionaidh. "Sionaidh Douglas-Scott: Constitutional Implications of a UK Exit from the EU: Some Questions That Really Must Be Asked", *UK Constitutional Law Association*, 17th April 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/04/17/sionaidh-douglas-scott-constitutional-implications-of-a-uk-exit-from-the-eu-some-questions-that-really-must-be-asked/>.

le biais de l'adoption du *Human Rights Act* 1998, a considérablement stimulé le rôle du juge dans la justice constitutionnelle (Section II). Enfin, le *Constitutional Reform Act* 2005 et autres lois, ont modifié l'organisation juridictionnelle britannique de façon à améliorer le déroulement de la fonction judiciaire, de le rendre davantage indépendant (Section III).

Section I : Les législations sur l'UE, de la suprématie au Brexit

472. Le droit de l'UE a joué un rôle certain dans l'affirmation du rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Il lui a conféré, pendant plus de 40 ans, une prérogative forte d'interprétation et de contrôle des lois votées par Westminster et ce en vertu du principe de suprématie du droit de l'UE entériné par l'ECA de 1972. Le législateur est ainsi venu stimuler l'exercice de la justice constitutionnelle par les juges et par conséquent par les justiciables, disposant de nouvelles règles et procédures invocables devant les juridictions (I).

473. Si le Brexit vient balayer la loi de 1972, le juge peut toujours, dans l'exercice de la justice constitutionnelle, se référer au droit de l'UE adopté avant l'expiration de la période de transition. En effet, même si le principe de suprématie du droit de l'UE disparaît, ces deux lois instaurent une continuité en permettant aux juges de continuer à appliquer des règles héritées du droit de l'UE, règles parmi lesquelles certaines ont une nature constitutionnelle (II).

474. Ces lois ont néanmoins pour effet de limiter la place du juge dans la justice constitutionnelle. Le juge doit s'incliner devant des réformes parlementaires, le rapport de force est ici explicitement à l'avantage du Parlement et du gouvernement.

I) Les pouvoirs du juge et le principe de suprématie du droit de l'UE

475. La loi de 1972 et les jurisprudences *Factortame* sont venues poser les premiers jalons du principe de suprématie du droit de l'UE (A). Par la suite, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000, a permis malgré les controverses, d'accorder une protection juridictionnelle à des droits contre les empiètements du législateur (B).

A) La loi de 1972 et les jurisprudences Factortame : les premiers pas de la suprématie du droit de l'UE

476. Les débuts de la suprématie du droit de l'UE ont été marqués par deux étapes importantes : l'adoption de la loi de 1972 qui pose, comme contrainte supplémentaire au

pouvoir des représentants, le principe de suprématie du droit de l'UE (1) et les décisions *Factortame* qui ont marqué par leurs répercussions, à savoir la suspension de l'application d'une loi primaire (2).

1) *L'adoption de la loi de 1972, la suprématie du droit de l'UE et la souveraineté du Parlement*

477. Le Royaume-Uni, étant un pays dualiste et non moniste, l'intervention du législateur est ainsi nécessaire pour que s'imposent des droits consacrés à un niveau supranational. Le principe de suprématie du droit de l'Union européenne sur le droit britannique a ainsi été consacré par la section 2(1) de l'*European Community Act 1972*⁶⁸⁹. Il a conduit les juges à interpréter des lois conformément au droit de l'UE et donc aussi aux droits et libertés de nature constitutionnelle qui en font partie. La section 2(4) de la dite loi dispose : « *toute disposition qui a été adoptée ou qui va être adoptée (...) doit être interprétée et prendre effet selon les dispositions de cette section.* »⁶⁹⁰. C'est d'ailleurs cette obligation d'interprétation qui a encouragé l'emploi par le juge de la méthode téléologique d'interprétation, cette dernière laissant plus de libertés aux juges que la méthode littérale pour décider de la conformité d'une loi nationale avec le droit de l'UE. La jurisprudence *Pickstone v Freemans* rendue par la Chambre des Lords en 1988 illustre bien ce point⁶⁹¹.

478. Ce pouvoir d'interprétation représente une contrainte supplémentaire pour le législateur et une arme pour le juge, ce dernier pouvant modifier le sens de la loi afin de la

⁶⁸⁹ *European Community Act 1972*, section 2 (1): "All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression [FI "enforceable EU right"] and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies."

⁶⁹⁰ *European Community Act 1972*, section 2 (4): "(...)any enactment passed or to be passed (...)shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section".

⁶⁹¹ *Pickstone v. Freemans Plc* [1988] UKHL 2: "In the instant case, the strict and literal construction of the section does indeed involve the conclusion that the Regulations, although purporting to give full effect to the United Kingdom's obligations under Article 119, were in fact in breach of those obligations. The question, following Lord Diplock's formulation of principle, is whether they are reasonably capable of bearing a meaning which does in fact comply with the obligations imposed by the Treaty. (...)That doubt removed, I am satisfied that the words of section 1(2)(c), whilst on the face of them unequivocal, are reasonably capable of bearing a meaning which will not put the United Kingdom in breach of its Treaty obligations. This conclusion is justified, in my judgment, by the manifest purpose of the legislation, by its history, and by the compulsive provision of section 2(4) of the Act of 1972."

rendre conforme au droit de l'UE. Cette prérogative contribue à la limitation du pouvoir du Parlement et du gouvernement.

479. L'interprétation conforme posée à la section 2(4) peut ainsi conduire le juge à se poser la question de la compatibilité d'une loi avec une règle constitutionnelle. Cela s'est vérifié, par exemple, en matière de discrimination fondée sur le sexe. Le principe de primauté du droit de l'UE a fait du juge un protecteur du principe d'égalité⁶⁹² entendue comme égalité réelle, égalité qui figure parmi les droits et principes fondamentaux de nature constitutionnelle. L'égalité réelle peut être rangée au rang des « *principes généraux du droit* » protégés par la CJUE, tel qu'affirmé dans sa jurisprudence *International Handelsgesellschaft mbH* de 1970, les « *droits fondamentaux font partie intégrantes des principes généraux du droit protégés par la Cour de justice* »⁶⁹³.

480. Le domaine de cette discrimination est particulièrement large, comme le précise Hilaire Barnett, dans la mesure où elle a vocation à affecter les salaires, l'accès à l'emploi ou à une promotion, la sécurité sociale ou encore l'âge de départ à la retraite⁶⁹⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Macarthy v Smith* rendue par la Cour d'appel en 1981, la question posée au juge était de savoir si une femme devait percevoir le même salaire qu'un homme pour un même métier, dans lequel elle lui succéderait. Dans son jugement, Lord Denning affirma que si « *après examen la législation nationale apparaît déficiente ou incompatible avec le droit communautaire alors il ressort des devoirs du juge de donner priorité au droit communautaire.* »⁶⁹⁵.

481. La loi de 1972 n'a été qu'une première étape dans l'affirmation de la suprématie du droit de l'UE sur le droit britannique. Les décisions *Factortame* des années 1990 ont, en effet, poursuivi l'installation de cette suprématie dans le droit national.

2) Les décisions *Factortame* et la souveraineté du Parlement

482. Les décisions rendues dans le cadre de l'affaire *Factortame* sont aussi significatives de l'influence du principe de primauté du droit de l'UE sur la position des juges

⁶⁹² C'était le cas par exemple dans la jurisprudence *Macarthy v Smith* rendue par la Cour d'appel en 1980, dans la jurisprudence *Litster and Others v. Forth Dry Dock and Engineering Co Ltd* rendue en 1989 par la Chambre des Lords ou encore dans la jurisprudence *Pickstone v Freemans plc* rendue par la Chambre des Lords en 1988.

⁶⁹³ *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11-70.

⁶⁹⁴ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit.

⁶⁹⁵ *Macarthy Ltd v. Smith* [1980] CA.

dans la justice constitutionnelle. En effet, ce principe a permis au juge d'avoir une emprise sur les lois votées par le Parlement de Westminster au nom du nécessaire respect du droit de l'UE. Certains auteurs, comme Nick Barber, en concluaient même que ces décisions avaient signé l'arrêt de mort du principe de souveraineté parlementaire⁶⁹⁶.

483. Il paraît nécessaire, tout d'abord, de rappeler les faits d'espèce : le *Merchant Shipping Act* voté en 1988 avait pour objectif d'imposer de nouvelles limites à l'enregistrement des navires de pêches comme étant britanniques. Par conséquent et au regard des nouveaux critères établis dans la loi de 1988, *Factortame* n'était plus en mesure d'enregistrer ses navires comme étant britanniques, dans la mesure où la majorité des dirigeants et des actionnaires de l'entreprise étaient de nationalité espagnole. L'entreprise considérait que cette loi était contraire à plusieurs principes du droit communautaire, parmi lesquels figurent le droit de ne pas être discriminé sur la base de la nationalité mais aussi les droits à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement.

484. L'affaire arriva devant la Chambre des Lords, qui, dans sa décision *Factortame I*⁶⁹⁷ de 1989, s'acharna à répondre à la question de savoir si les juges avaient la compétence de suspendre l'application d'un *Act of Parliament*. Si la Chambre des Lords considérait qu'elle n'en avait pas la compétence au regard du droit britannique (notamment au regard de la section 21(2) du *Crown Proceedings Act* voté en 1947), elle conservait un doute en ce qui concerne le droit communautaire. C'est pour cette raison qu'elle a saisi la CJUE d'une question préjudicielle, qui a considéré que les requérants avaient le droit d'obtenir la suspension de la loi de 1988 sur le fondement du droit communautaire. Comme le précise Adam Tomkins, la Chambre des Lords a ordonné la suspension des effets de la loi de 1988 non pas en tant que juridiction anglaise, mais en tant que juridiction compétente pour trancher des litiges relatifs au droit communautaire⁶⁹⁸. La Chambre des Lords a ainsi refusé d'appliquer le *Merchant Shipping Act* voté en 1988, jugé incompatible avec le droit de l'UE qui devait être respecté et appliqué en vertu de la section 2(1) du *ECA* de 1972 précité. Par conséquent, la Chambre des Lords a accepté dans sa décision *Factortame II*⁶⁹⁹ en 1990, d'accorder à l'entreprise requérante la

⁶⁹⁶ BARBER Nick. "The afterlife of Parliamentary sovereignty", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp.144-154, p. 144 : "Whatever the precise content of Parliamentary sovereignty was, it ceased to be a feature of the United Kingdom's Constitution in 1991".

⁶⁹⁷ *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1990] 2 AC 85.

⁶⁹⁸ TOMKINS Adam. *Public Law*, op. cit., p. 116: "The House of Lords decided in *Factortame II* that, in the light of the ruling from the ECJ, the applicants were as a matter of Community law entitled to the protection of interim relief. In other words, the House of Lords granted the remedy not in its capacity as a court of English law, but in its capacity as a court empowered to determine questions of Community Law."

⁶⁹⁹ *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No 2)* [1991] 1 AC 603.

suspension des effets de la loi, et a ainsi empêché le Secrétaire d'État d'exercer les pouvoirs qu'il détenait au regard de la section 14 du *Merchant Shipping Act*.

485. Cette jurisprudence a eu l'effet d'un séisme et a provoqué un vif débat dans la doctrine, notamment sur la question de savoir si elle remettait en cause le principe présenté comme une implication de la vision diceyenne de la souveraineté du Parlement, à savoir qu'une loi antérieure est implicitement abrogée par une loi postérieure qui lui est contraire. Ces décisions ont fait l'objet de deux grandes approches doctrinales qui s'opposent frontalement : l'approche constructiviste⁷⁰⁰ et l'approche révolutionnaire⁷⁰¹.

486. La première approche consiste à insérer le principe de suprématie du droit de l'UE dans une vision traditionnelle de l'ordre constitutionnel britannique. Selon cette approche, la conformité du droit national au droit européen s'opère à travers une règle d'interprétation - une présomption- selon laquelle les incompatibilités du droit national avec le droit de l'Union devront être réglées en faveur de ce dernier, sauf si le Parlement a clairement et sans ambiguïté indiqué qu'il entendait déroger au droit de l'UE⁷⁰². Selon la seconde approche, prônée par Wade, les juges auraient, par ces jurisprudences, opéré un changement dans la règle de reconnaissance qui, dans la pensée de Hart, est la règle ultime fondant la validité du droit et consistant en un fait social. La règle de reconnaissance ne serait plus « *ce qui est adopté par la Reine en son Parlement est du droit* » mais plutôt « *ce qui est adopté par la Reine en son Parlement conformément aux règles du droit de l'UE est du droit* ».

487. Les années 1970-1990 ont été déterminantes pour l'installation du principe de suprématie du droit de l'UE dans le droit britannique. Les années 2000 vont conférer à ce principe une nouvelle saveur comme en témoigne la forte production constitutionnelle de la jurisprudence.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 117 : "There was no revolution here. *Factortame II* could be read as revolutionary only if it were read as a case decided under the rules of English public law, and such a reading would be in grave error, as the opening paragraph of Lord Bridge's speech in the case shows."

⁷⁰¹ JOWELL Jeffrey, OLIVER Dawn, COLM O'Conneide. *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2011, 420 p.; WADE H. W. R. "Sovereignty- Revolution or Evolution?", *Law Quarterly Review*, 1996, vol. 112, pp. 568-575. Voir là dessus également. ADAMS Thomas. "Thomas Adams: Wade's *Factortame*", *UK Constitutional Law Association*, 24th February 2014, [en ligne], [consultée le 17 juin 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/24/thomas-adams-wades-factortame/>.

⁷⁰² CRAIG Paul. "Britain in the European Union" In *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O'Conneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, pp. 104-133, p. 121.

B) Les années 2000 ou la forte production constitutionnelle de la jurisprudence

488. La jurisprudence a été remarquable dans les années 2000, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en étant un des principaux facteurs. Cette Charte a, en effet, doté le juge d'un pouvoir de protection inédit des droits (1). À partir de l'arrêt *Thoburn* de 2002, les juges ont été également amenés à interpréter la nature des interactions entre l'ordre juridique de l'UE et l'ordre juridique national. Le droit de l'UE a, ainsi, stimulé leur rôle d'interprète et d'auteur de la hiérarchie des normes (2).

1) La Charte : de nouveaux droits protégés par un contrôle juridictionnel puissant

489. En droit britannique, la Charte, avant le Brexit, avait un statut ambigu en ce qu'elle ne disposait pas de la reconnaissance accordée à la Convention européenne des droits de l'Homme. C'était ce que soulignait la Commission de contrôle européen de la Chambre des Communes dans un rapport publié en 2014⁷⁰³. Elle pointait la « *confusion* » sur la question de l'application et de l'applicabilité de la Charte au Royaume-Uni, qui s'expliquait notamment par le désaccord entre des parlementaires et le juge sur la place de celle-ci dans le droit britannique.

490. Cette confusion s'expliquait notamment par le fameux Protocole No 30 de 2008, relatif à l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni. Les juridictions ont néanmoins rappelé le fait que la Charte faisait bien partie du droit national malgré les contestations. En effet, la Cour de Justice de l'Union européenne dans la jurisprudence *C-411/10 et C-493/10 N S v Secretary of State for the Home Department and M.E and Others v Refugee Applications Commissioner and the Minister of Justice, Equality and Law Reform* de 2011, précisa que l'article 1(1) du Protocole No 30 « *n'avait pas pour objectif d'exempter la République de Pologne ou le Royaume-Uni de l'obligation de se conformer aux provisions de la Charte ou d'empêcher une juridiction d'un de ces États membres d'assurer la conformité avec ces dispositions.* »⁷⁰⁴.

⁷⁰³ House of Commons European Scrutiny Committee. *The application of the EU Charter of Fundamental Rights in the UK: a state of confusion*, session 2013-2014, 43rd report, 72 p.

⁷⁰⁴ *N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-411/10.

491. En outre, dans l'affaire *R (on the application of AB)* rendue en 2013, la *High Court* affirma que la Charte liait juridiquement le Royaume-Uni⁷⁰⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un demandeur d'asile qui invoquait un droit à la protection de données à caractère personnel, qui par ailleurs ne faisait pas l'objet de protection dans la CEDH et donc dans le *HRA* de 1998. Le juge Mostyn affirma ainsi que, lors de l'adoption du *HRA* en 1998, le législateur n'avait pas (volontairement) intégré dans la loi de 1998, la CEDH en son entier, et que, par conséquent, la Charte -considérée comme faisant partie intégrante du droit national- venait explicitement compenser cette carence⁷⁰⁶.

492. L'applicabilité de la Charte par les juges a été confirmée par le Secretary of State for Justice et *Lord Chancellor*, Michael Gove qui, à l'occasion d'un témoignage auprès de la Sous Commission pour la Justice de la Chambre des Lords, concédait que « *la Charte peut être invoquée devant les tribunaux britanniques lorsque la demande entre dans le champ d'application du droit communautaire* », et « *que la législation nationale qui contredit la Charte pourrait être écartée* »⁷⁰⁷.

493. La Charte a permis la consécration de nombreux droits qui ont ainsi pu faire l'objet d'une reconnaissance et d'une protection juridictionnelle⁷⁰⁸. De manière générale, la primauté de la Charte a permis la réalisation de droits et de principes qui n'ont pas leur égal en droit constitutionnel britannique à savoir le droit à la non-discrimination, le principe de protection des intérêts de l'enfant ou encore le droit à la dignité humaine. C'est donc l'action

⁷⁰⁵ *R (on the application of AB) v. Secretary of State for the Home Department* [2013] EWHC (Admin) 3453, par. 14: "Notwithstanding the endeavours of our political representatives at Lisbon it would seem that the much wider Charter of Rights is now part of our domestic law."

⁷⁰⁶ *Ibid.*, par. 14 : "The Human Rights Act 1998 incorporated into our domestic law large parts, but by no means all, of the European Convention on Human Rights. Some parts were deliberately missed out by Parliament. The Charter of Fundamental Rights of the European Union contains, I believe, all of those missing parts and a great deal more. Notwithstanding the endeavours of our political representatives at Lisbon it would seem that the much wider Charter of Rights is now part of our domestic law."

⁷⁰⁷ YOUNG Alison L. "Benkharbouche and the Future of Disapplication", *UK Constitutional Law Association*, 24th October 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://ukconstitutionalaw.org/2017/10/24/alison-young-benkharbouche-and-the-future-of-disapplication/>.

⁷⁰⁸ European Union (Withdrawal) Bill – E.U. Charter of Fundamental Rights, *Equality Human Rights Commission*, Opinion, [en ligne], [consultée le 20/01/2021], <https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/eu-withdrawal-bill-legal-advice-jason-coppel-qc.pdf> : "Even a cursory examination of the subsequent application of the Charter will demonstrate that significant developments in human rights protection have resulted from Charter rights. Again, one example will suffice. In *Google Spain (C-131/12 Google Spain SL v Agencia Espanola de Proteccion de Datos* [2014] QB 1022), the CJEU relied upon Articles 7 and 8 of the Charter, the rights to respect for private and family life and to protection of personal data, as the basis for a newly recognised "right to be forgotten" (which, in that case, enabled a complainant to prevent certain historic material concerning him from appearing in the results of internet searches). This was undeniably a new right, albeit one which was based on existing rights to private life and data protection."

du législateur par le biais de la loi de 1972, qui a eu pour effet d'accroître le rôle constitutionnel du juge via la reconnaissance et la protection de droits supplémentaires.

494. Bien plus, cette loi a permis d'accentuer le pouvoir des juges à l'égard de législations allant à l'encontre de droits consacrés dans la Charte. Dans certaines jurisprudences, les juges se sont autorisés à ne pas appliquer les lois nationales jugées en contradiction avec la Charte⁷⁰⁹. C'était le cas dans la jurisprudence *Davis and Ors* rendue par la *High Court* en 2015⁷¹⁰. En l'espèce, les requérants contestaient la compatibilité des pouvoirs de rétention de données à caractère personnel prévus par le *Data Retention and Investigatory Powers Act* de 2014, notamment, avec les articles 7 et 8 de la Charte. La loi de 2014 avait été adoptée conformément à une directive européenne (*Data Retention Directive* 2006/24/EC) que la CJUE avait déclarée contraire à la Charte.

495. Les juges de la *High Court* intervenaient après cette décision de la CJUE, et estimèrent ainsi que la loi de 2014 était contraire aux articles 7 et 8 de la Charte⁷¹¹ et au droit de l'UE pour les raisons suivantes : a) « *elle ne fixe pas de règles claires et précises prévoyant que l'accès aux données de communication conservées en vertu d'une notification de conservation et leur utilisation doivent être strictement limitées à la prévention et à la détection d'infractions graves précisément définies ou à la conduite de poursuites pénales relatives à ces infractions* »⁷¹², b) « *l'accès aux données n'est pas subordonné à un contrôle préalable par un tribunal ou un organe administratif indépendant dont la décision limite l'accès aux données et leur utilisation à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.* »⁷¹³.

496. Dans cette même jurisprudence, Lord Justice Bean rappelait d'ailleurs l'emprise que les juges ont sur les lois votées par Westminster au nom de l'exigence de respect du droit

⁷⁰⁹ Voir notamment SPEAIGHT Anthony. « Trying to Keep the Charter is Senseless », *Society of Conservative lawyers*, November 2017, [en ligne], [consultée le 15/06/2020], <https://www.conservativelawyers.com/publications>, p. 15: “The Charter has been treated by courts as empowering them to do the very thing which Parliament chose against in the Human Rights Act –to deem primary legislation invalid. This has occurred both in Luxembourg and in our domestic courts.”.

⁷¹⁰ *Davis & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department & Ors* [2015] EWHC (Admin) 2092.

⁷¹¹ *Ibid.*, par. 89 : “The solution to the conundrum, in our view, and the ratio of *Digital Rights Ireland*, is that legislation establishing a general retention regime for communications data infringes rights under Articles 7 and 8 of the EU Charter unless it is accompanied by an access regime (laid down at national level) which provides adequate safeguards for those rights.”.

⁷¹² *Ibid.*, par. 114 a) : “it does not lay down clear and precise rules providing for access to and use of communications data retained pursuant to a retention notice to be strictly restricted to the purpose of preventing and detecting precisely defined serious offences or of conducting criminal prosecutions relating to such offences;”.

⁷¹³ *Ibid.*, par. 114 b) : “access to the data is not made dependent on a prior review by a court or an independent administrative body whose decision limits access to and use of the data to what is strictly necessary for the purpose of attaining the objective pursued.”.

de l'UE, emprise inégalable par le *common law*. En effet, les juridictions peuvent au nom d'une non-conformité avec le droit de l'UE suspendre l'application d'une loi, ce qu'elles ne peuvent nullement faire lorsqu'elles se fondent sur le seul *common law*⁷¹⁴. C'est ainsi, que les juges décidèrent de suspendre l'application de la loi de 2014, tout en en différant la date. Cette dernière s'est vue, ainsi, privée d'application au 31 mars 2016. L'objectif de ce décalage dans le temps était de laisser au législateur le temps nécessaire pour se conformer au droit de l'UE⁷¹⁵.

497. Le pouvoir que le juge possédait à l'égard des lois violant la Charte s'observait également dans la jurisprudence *Benkharbouche* rendue par la Cour suprême en 2017⁷¹⁶. Dans cette affaire, la question posée à la juridiction suprême était de savoir si les sections 4(2)(b) et 16(1)(a) du *State Immunity Act* de 1978 étaient compatibles avec la CEDH (art. 6) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art.47), sur la question du droit d'accès à la justice. La Cour suprême conclut que la loi de 1978 était illégale « *car elle empêche tous les employés des ambassades étrangères d'introduire des demandes d'indemnisation contre les États employeurs, quelle que soit la nature du travail de l'employé* »⁷¹⁷. Il était donc jugé que la loi en question était contraire aux articles respectifs précités de la Convention et de la Charte.

498. La différence entre l'effet de l'incompatibilité d'une disposition législative avec la Convention et celui de l'incompatibilité d'une disposition avec la Charte était, par ailleurs, rappelée. Le juge confirmait, ainsi, le pouvoir important de désapplication du droit national qu'il disposait grâce à la Charte. En effet, le juge indiquait « *qu'un conflit entre le droit communautaire et le droit interne anglais doit être résolu en faveur du premier, et le second doit être écarté ; alors que le recours en cas d'incompatibilité avec l'article 6 de la Convention des droits de l'homme est une déclaration d'incompatibilité.* »⁷¹⁸. Par conséquent,

⁷¹⁴ *Ibid.*, par. 4 : “*At common law, Acts of the United Kingdom Parliament are not open to challenge in the courts. But the position under EU law is different. Decisions of the CJEU as to what EU law is are binding on the legislatures and courts of all Member States.*”.

⁷¹⁵ *Ibid.*, par. 121 : “*We consider that an order for disapplication is appropriate, but that a date of 1 January 2016 for it to come into effect is too soon. The Government has already announced its intention to legislate in the current session of Parliament to replace DRIPA (as it must, given the sunset clause). (...)The courts do not presume to tell Parliament for how long and in what detail Bills should be scrutinised, but it is right to say (to put it no higher) that legislation enacted in haste is more prone to error, and it would be highly desirable to allow the opportunity of thorough scrutiny in both Houses.*”; par. 122 : “*We will make an order disapplying s 1 of DRIPA to the extent that it permits access to retained data which is inconsistent with EU law in the two respects set out in our declaration, but suspend that order until 31 March 2016.*”.

⁷¹⁶ *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Libya v. Janah* [2017] UKSC 62.

⁷¹⁷ GIBBS Emmy. “*Janah v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (“SSFCA”) and Libya, and Benkharbouche v SSFCA*”, ATLEU - *Anti Trafficking and Labour Exploitation Unit*, 18th October 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://atleu.org.uk/cases/2017/10/18/janah-v-secretary-of-state-for-foreign-and-commonwealth-affairs-ssfca-and-libya-and-benkharbouche-v-ssfca>.

⁷¹⁸ *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Libya v. Janah* [2017] UKSC 62, par. 78: “*The only difference that it makes is that a conflict between EU law and English domestic law*

l'incompatibilité des dispositions avec la Charte entraînait l'inapplication des deux sections concernées aux « *plaintes pour discrimination, harcèlement et violation des règlements sur le temps de travail, qui découlent du droit communautaire.* »⁷¹⁹.

499. Sans conclure à l'inapplication d'une loi au nom de la Charte⁷²⁰, l'arrêt *Tariq* rendu par la Cour suprême en 2011 avait conduit le juge à confronter des dispositions de législation secondaire avec des règles du droit de l'UE protectrices de droits et libertés⁷²¹. En l'espèce, une des questions posées à la juridiction suprême était de savoir si des règlements (*regulations*), adoptés par le ministre au nom de la section 10(6) d'une loi de 1996 pour instaurer une « *procédure matérielle fermée* » quand la sécurité nationale l'exige, étaient contraires au droit de l'UE et la CEDH. Le juge a, ainsi, rappelé que « *l'un des principes de base du droit communautaire est que le droit national doit assurer une protection juridique efficace des droits de l'UE.* ». « *Ces droits comprennent le droit de ne pas être discriminé pour des raisons de race ou de religion.* »⁷²². La Cour suprême rappelait qu'elle devait évaluer l'efficacité de la protection juridique en question, à l'aune la jurisprudence de la CourEDH⁷²³.

500. La Charte des droits fondamentaux de l'UE représentait une arme particulièrement efficace entre les mains des juges. Les années 2000 avait également stimulé l'exercice de la justice constitutionnelle par les juridictions en ce qu'elles les avaient amenées à interpréter les relations et imbrications entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre juridique national.

2) *Le juge et les imbrications entre droit de l'UE et droit national*

501. Les années 2000 ont également amené le juge à résoudre la question de la relation entre le droit de l'UE et le droit national, c'est-à-dire la question de la place du principe

must be resolved in favour of the former, and the latter must be disapplied; whereas the remedy in the case of inconsistency with article 6 of the Human Rights Convention is a declaration of incompatibility.”.

⁷¹⁹ *Ibid.*, par. 79 : “*I would dismiss the Secretary of State’s appeal and affirm the order of the Court of Appeal. The result is that sections 4(2)(b) and 16(1)(a) of the State Immunity Act 1978 will not apply to the claims derived from EU law for discrimination, harassment and breach of the Working Time Regulations.*”.

⁷²⁰ En effet, en l'espèce la Cour suprême estimait que les règlements en question étaient compatibles avec l'article 6 de la CEDH et avec le droit de l'UE.

⁷²¹ *Home Office (Appellant) v. Tariq (Respondent)* [2011] UKSC 35.

⁷²² *Ibid.*, par. 61 : “*The principles of European Union law which arise for consideration in this case are clear. There must in particular be effective legal protection in respect of the rights not to be discriminated against which Mr Tariq invokes, and, (...)*”.

⁷²³ *Ibid.* : “*(...)so far as guidance is necessary, it is to be found for the relevant purposes in the European Convention on Human Rights and the case law of the European Court of Human Rights.*”.

de suprématie du droit de l'UE dans le droit national. Le juge s'est ainsi prononcé sur les rapports entre la CJUE et les juridictions nationales. Le principe de suprématie du droit de l'UE a amené le juge à réfléchir et à se positionner sur la hiérarchie des normes et ainsi à exercer la justice constitutionnelle.

502. La notion de « *loi constitutionnelle* », forgée par le *common law* et étudiée dans le premier chapitre, a d'ailleurs été créée à cette occasion. Lors de l'arrêt *Thoburn* de 2002, le juge s'est en effet prononcé sur ces questions en précisant que la nature des relations constitutionnelles entre l'UE et le Royaume-Uni ne pouvait être identifiée en ayant recours à la jurisprudence de la CJUE. Autrement dit, selon Paul Craig, cette jurisprudence n'a pas eu pour effet de renforcer la place du droit de l'UE au sein du droit national⁷²⁴. Au contraire, la nature des relations entre l'UE et le Royaume-Uni ne peut se comprendre que dans le cadre du *common law*, en prenant en compte l'arsenal législatif interne⁷²⁵. Autrement dit, la suprématie du droit de l'Union n'a de sens que si elle était comprise à l'aune du droit britannique et notamment, du droit constitutionnel britannique.

503. On retrouve la même logique en 2014, dans la jurisprudence *HS2*, dans laquelle la Cour suprême était également conduite à se positionner sur les relations entre le droit de l'UE et le droit national. Elle précisait ainsi, que le principe de suprématie du droit de l'UE ne pouvait être appliqué et analysé que comme un sujet de droit constitutionnel et qu'ainsi tout conflit entre le droit de l'UE et le droit national devait être résolu en tenant compte du droit constitutionnel, c'est-à-dire notamment de l'arsenal législatif interne⁷²⁶.

504. Si le principe de primauté du droit de l'UE a eu de profondes répercussions sur le rôle du juge dans la justice constitutionnelle, l'épisode du Brexit rabat complètement les cartes, entourant le rôle futur des juridictions d'incertitudes.

⁷²⁴ CRAIG Paul. "Britain in the European Union" In *The Changing Constitution*, *op. cit.*, p. 118.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v. The Secretary of State for Transport and another (Respondents)* [2014] UKSC 3, par. 79: "Contrary to the submission made on behalf of the appellants, that question cannot be resolved simply by applying the doctrine developed by the Court of Justice of the supremacy of EU law, since the application of that doctrine in our law itself depends upon the 1972 Act. If there is a conflict between a constitutional principle, such as that embodied in article 9 of the Bill of Rights, and EU law, that conflict has to be resolved by our courts as an issue arising under the constitutional law of the United Kingdom."

II) Le Brexit : bouleversement et incertitudes pour le rôle du juge dans la justice constitutionnelle

505. Pour mettre en œuvre le Brexit, le Parlement de Westminster a adopté une série de lois afin de remettre en cause le principe de suprématie du droit de l'UE et ses conséquences, et de préparer le Royaume-Uni à vivre sans le droit de l'Union. Deux lois retiennent ici particulièrement l'attention : l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* et l'*European (Withdrawal Agreement) Act 2020*, celle de 2020 modifiant et complétant celle de 2018⁷²⁷.

506. Une telle réforme législative avait été rendue nécessaire par l'inadéquation de la loi de 2018 avec l'Accord de retrait (*Withdrawal Agreement*) du 31 janvier 2020⁷²⁸. Ce dernier incluait en effet une période de transition après le jour de sortie, pendant laquelle les effets de l'ECA continueraient à s'appliquer malgré son abrogation⁷²⁹, ainsi qu'en disposait la section 1(2) de la loi de 2020⁷³⁰.

507. L'Accord de retrait avait également pour objectif de pallier à la remise en cause par le Brexit des quatre grandes libertés de l'UE, à savoir les libertés de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. L'Accord dédie ainsi sa deuxième partie aux « *Droits des citoyens* » dans le contexte post-Brexit, à savoir les droits des ressortissants britanniques qui ont un lien avec un pays de l'UE mais aussi les droits des citoyens de l'UE qui ont un lien avec le Royaume-Uni.

508. Comme le précisent Graeme Cowie, Sylvia De Mars, Richard Kelly et David Torrance, la loi de 2018 « *offrait un cadre législatif pour une sortie sans accord, mais ne*

⁷²⁷ COWIE Graeme, DE MARS Sylvia, KELLY Richard, TORRANCE David. *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, Briefing Paper, House of Commons Library, n° 08805, 2020, 82 p., p. 7: "In January 2020, the current UK Parliament passed a further Act, which substantially modified and supplemented the EU (Withdrawal) Act 2018."

⁷²⁸ *Ibid.*: "For a variety of reasons, EUWA was unsuitable, on its own, to implement the WA that the UK Government and the EU had negotiated. EUWA did not take account of the possibility that the UK would leave the EU but continue to follow EU law dynamically during a transition period."

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 49: "Since the Withdrawal Agreement includes a transition period, and this is given effect to by preserving the effect of the ECA despite its repeal, these arrangements now must be postponed."

⁷³⁰ *European (Withdrawal Agreement) Act 2020*, section 1(2): "The European Communities Act 1972, as it has effect in domestic law or the law of a relevant territory immediately before exit day, continues to have effect in domestic law or the law of the relevant territory on and after exit day so far as provided by subsections (3) to (5)".

convenait pas à la mise en œuvre d'un accord »⁷³¹. Elle réglementait notamment le statut du droit de l'UE « après le jour de sortie » (31 janvier 2020) ; alors que celle de 2020 le faisait jusqu'à la fin de la période de transition. La « période de transition » commençait le 31 janvier 2020 pour se finir le 31 décembre 2020. Elle correspondait à « la période convenue dans l'accord de retrait entre le Royaume-Uni et l'UE, au cours de laquelle le Royaume-Uni n'est plus membre de l'UE mais continue à être soumis aux règles de l'UE et reste membre du marché unique et de l'union douanière. »⁷³². L'*European (Withdrawal Agreement) Act 2020* vient ainsi modifier la loi de 2018. Dans cette perspective, sa section 25 « retarde le processus de conversion et l'entrée en vigueur du droit communautaire retenu »⁷³³. Au lieu que ces derniers n'aient lieu « après le jour de la sortie », elles ont lieu « après le jour d'achèvement de la période de mise en œuvre ».

509. Le Brexit bouleverse le rôle que le juge pouvait exercer dans la justice constitutionnelle dans le cadre de l'application du droit de l'UE. La sortie de l'UE engendre un bouleversement, mais aussi des incertitudes sur l'utilisation que les juges feront du droit constitutionnel de l'UE « retenu » dans le droit national. De minces et fragiles fenêtres sont laissées aux juges, des fenêtres qui leur permettent encore d'utiliser, dans certains cas, certaines normes européennes constitutionnelles pour exercer la justice constitutionnelle. Le bouleversement et les incertitudes se vérifient tant au regard de l'utilisation future par les juges des principes généraux du droit de l'UE et des droits fondamentaux hors Charte (A), qu'au regard des droits et principes résultant de la Charte elle-même (B).

510. Le juge a une compétence particulière à l'égard des citoyens de l'UE (et de leur famille) qui, dans le cadre de l'Accord de retrait entre l'Union et le Royaume-Uni, ont le droit de résider au Royaume-Uni après le Brexit. Dans ce contexte, le juge a le pouvoir de protéger des droits et principes qui ont des implications constitutionnelles évidentes et qui sont prévus par l'Accord de retrait, à savoir : des droits liés au séjour⁷³⁴, à l'entrée et à la sortie du

⁷³¹ COWIE Graeme, DE MARS Sylvia, KELLY Richard, TORRANCE David. *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, op. cit., p. 16: "EUWA provided a legislative framework for a no-deal exit but was unsuitable for the implementation of a deal, for several reasons which are elaborated upon below."

⁷³² "Brexit transition period", *Institute for Government – Working to make government more effective*, [en ligne], [consultée le 13/11/2020], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/brexit-transition-period>.

⁷³³ COWIE Graeme, DE MARS Sylvia, KELLY Richard, TORRANCE David. *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, op. cit., p. 52: "First and foremost, section 25 of WAA delays the conversion process and the coming into force of retained EU law. It does this because the UK will continue to follow EU law on a dynamic basis as though most of the ECA had not been repealed until the end of the transition period."

⁷³⁴ Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, Journal Officiel de l'Union européenne, 31

territoire⁷³⁵ mais aussi des droits liés à l'exercice d'une activité professionnelle⁷³⁶ et les principes de non discrimination⁷³⁷ et d'égalité de traitement⁷³⁸. A cet égard, une procédure de *judicial review* pourra notamment être enclenchée par l'IMA (*Independent Monitoring Authority*), créée par la section 15 de l'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*⁷³⁹, afin de faire respecter les droits dont bénéficient les citoyens de l'UE dûment établis au Royaume-Uni.

janvier 2020, art. 13 : « Les citoyens de l'Union et les ressortissants du Royaume-Uni ont le droit de séjourner dans l'État d'accueil dans les limites et conditions énoncées aux Articles 21, 45 ou 49 du TFUE et à l'Article 6, paragraphe 1, à l'Article 7, paragraphe 1, point a), b) ou c), à l'Article 7, paragraphe 3, à l'Article 14, à l'Article 16, paragraphe 1, ou à l'Article 17, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE. ».

⁷³⁵ Ibid., art. 14.1 : « Les citoyens de l'Union et les ressortissants du Royaume-Uni, les membres de leur famille respective et les autres personnes qui séjournent sur le territoire de l'État d'accueil dans les conditions énoncées au présent titre ont le droit de quitter l'État d'accueil et le droit d'y entrer, conformément à l'Article 4, paragraphe 1, et à l'Article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004/38/CE, s'ils sont munis d'un passeport ou d'une carte d'identité nationale en cours de validité pour les citoyens de l'Union et les ressortissants du Royaume-Uni, et d'un passeport en cours de validité pour les membres de leur famille respective et les autres personnes qui ne sont pas citoyens de l'Union ou ressortissants du Royaume-Uni. ».

⁷³⁶ Ibid., art. 24 : « Sous réserve des limitations prévues à l'Article 45, paragraphes 3 et 4, du TFUE, les travailleurs salariés dans l'État d'accueil et les travailleurs frontaliers dans l'État ou les États de travail jouissent des droits garantis par l'Article 45 du TFUE et des droits accordés par le règlement (UE) n o 492/2011 du Parlement européen et du Conseil(8). Ces droits sont notamment:

- a) le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et d'emploi;
- b) le droit d'accéder à une activité et de l'exercer conformément aux règles applicables aux ressortissants de l'État d'accueil ou de l'État de travail;
- c) le droit à la même assistance que celle que les bureaux d'emploi de l'État d'accueil ou de l'État de travail accordent à leurs propres ressortissants;
- d) le droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et, en cas de chômage, de réintégration professionnelle ou de réemploi;
- e) le droit à des avantages sociaux et fiscaux;
- f) les droits collectifs;
- g) les droits et avantages accordés aux travailleurs salariés nationaux en matière de logement;
- h) le droit de leurs enfants d'être admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État d'accueil ou de l'État de travail, si ces enfants résident sur le territoire où travaille le travailleur salarié. ».

⁷³⁷ Ibid., art. 12.1 : « Dans le champ d'application de la présente partie, et sans préjudice des dispositions particulières qu'elle prévoit, toute discrimination exercée en raison de la nationalité au sens de l'Article 18, premier alinéa, du TFUE est interdite dans l'État d'accueil et dans l'État de travail à l'égard des personnes visées à l'Article 10 du présent accord. ».

⁷³⁸ Ibid., art. 23.1 : « Conformément à l'Article 24 de la directive 2004/38/CE, sous réserve des dispositions spécifiques prévues au présent titre et aux titres I et IV de la présente partie, tous les citoyens de l'Union ou les ressortissants du Royaume-Uni qui séjournent sur le territoire de l'État d'accueil en vertu du présent accord bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État dans le domaine d'application de la présente partie. Le bénéfice de ce droit s'étend aux membres de la famille de citoyens de l'Union ou ressortissants du Royaume-Uni qui bénéficient du droit de séjour ou du droit de séjour permanent. ».

⁷³⁹ *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, section 15(1): "A body corporate called the *Independent Monitoring Authority for the Citizens' Rights Agreements* is established."

A) La question de l'utilisation par le juge des principes généraux et droits fondamentaux existant en dehors de la Charte

511. Les lois votées dans le cadre du Brexit, à savoir ici l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* et l'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, ont fait en sorte d'intégrer dans le droit national post-Brexit le droit de l'UE qui s'appliquait jusqu'alors. Le Brexit a permis de conserver dans le droit national des droits et principes du droit de l'UE hors Charte, ces derniers seront ainsi toujours utilisables par le juge après la fin de la période de transition. La section 5(5) de la loi de 2018 précise ainsi que l'exclusion de la Charte des droits fondamentaux de l'UE n'empêche pas la conservation dans le droit national de « *droits et de principes fondamentaux qui existent indépendamment de la Charte* »⁷⁴⁰.

512. Il s'agit ici des droits garantis par les traités, les règlements, les directives de l'UE et des principes généraux du droit de l'UE. Ces droits et principes sont donc intégrés dans le droit national et deviennent du « *droit de l'Union retenu* ». Ce droit « *retenu* » correspond à celui en application au Royaume-Uni avant l'expiration de la période de transition, et qui devient par l'effet de la loi de 2018, du droit national. Dans cette perspective, la section 2(1) de l'*European Withdrawal Act* voté en 2018 pose le principe de la conservation dans le droit national des législations adoptées pour transposer les directives (*EU-derived domestic legislation*)⁷⁴¹ et la section 3(1) de la même loi, le principe d'intégration dans le droit national des législations directes de l'UE (*direct EU legislation*)⁷⁴².

513. Enfin, la section 4(1) précise que tous droits, obligations, restrictions, remèdes ou procédures qui ont été, avant le jour de sortie, reconnus comme faisant partie du droit national en vertu de la section 2(1) du *ECA*, continuent, au moment et après le jour de sortie, à faire partie du droit national⁷⁴³. Cette disposition a été modifiée par la loi de 2020 qui intègre l'ensemble de ces droits, obligations, restrictions, remèdes ou procédures dans le droit national après l'expiration de la période de mise en œuvre. La section 7(1) précise le statut juridique du

⁷⁴⁰ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 5(5): “Subsection (4) does not affect the retention in domestic law on or after exit day in accordance with this Act of any fundamental rights or principles which exist irrespective of the Charter(...)”.

⁷⁴¹ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 2(1): “EU-derived domestic legislation, as it has effect in domestic law immediately before exit day, continues to have effect in domestic law on and after exit day.”.

⁷⁴² *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 3(1): “Direct EU legislation, so far as operative immediately before exit day, forms part of domestic law on and after exit day.”.

⁷⁴³ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 4(1): “Any rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures which, immediately before exit day—(a) are recognised and available in domestic law by virtue of section 2(1) of the European Communities Act 1972, (...) continue on and after exit day to be recognised and available in domestic law (and to be enforced, allowed and followed accordingly).”.

droit retenu, à savoir qu'une disposition conserve le statut qu'elle avait déjà avant le jour de sortie -législation primaire, secondaire ou autre-⁷⁴⁴. C'est cette même section qui pose la distinction entre les législations directes de l'UE « *principales* » et les législations directes de l'UE « *mineures* »⁷⁴⁵. Cette disposition est source d'incertitudes pour le juge, selon Mark Elliott, dans la mesure où cette distinction créée par le législateur est nouvelle et n'entre pas dans les catégories juridiques préexistantes. Ce sera, par conséquent, aux juridictions d'identifier ce qui relève des législations directes majeures et des législations directes mineures⁷⁴⁶.

514. Cette transposition pose néanmoins problème au regard de la protection des droits. En effet, n'étant plus garantis par un droit bénéficiant d'une suprématie et étant simplement conservés dans le droit national, ils sont désormais à la discrétion du Parlement et du gouvernement qui peuvent modifier le « *droit de l'Union retenu* ». Ainsi, une grande partie des droits des travailleurs -et notamment les droits relatifs au volume horaire de travail, à la non discrimination ou encore à la maternité⁷⁴⁷- découlait, avant le Brexit, du droit de l'UE. Dans la première version de l'*European Union (Withdrawal Agreement) Act* d'octobre 2019, des dispositions spécifiques (la Clause 34 et l'annexe 4) prévoyaient même des mécanismes de sauvegarde de ces droits qui ne seront pas repris dans la version finale de la loi, de 2020⁷⁴⁸.

515. De même, le droit de l'UE a beaucoup influé sur les droits relatifs à l'égalité et à la non discrimination au Royaume-Uni, l'influence européenne contraignant ce dernier à adopter des législations protectrices en la matière. Ainsi, c'était bien pour transposer des

⁷⁴⁴ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 7(1): "(1) Anything which—(a) was, immediately before exit day, primary legislation of a particular kind, subordinate legislation of a particular kind or another enactment of a particular kind, and (b) continues to be domestic law on and after exit day by virtue of section 2, continues to be domestic law as an enactment of the same kind."

⁷⁴⁵ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 7: "(2) Retained direct principal EU legislation cannot be modified by any primary or subordinate legislation other than", "(3) Retained direct minor EU legislation cannot be modified by any primary or subordinate legislation other than".

⁷⁴⁶ ELLIOTT Mark, TIERNEY Stephen. "Political Pragmatism and Constitutional Principle: The European Union (Withdrawal) Act 2018", *Legal Studies Research Papers Series*, 2018, n°58, pp. 1-25, p.7: "Indeed, the fact that retained direct EU law remains sui generis vis-à-vis the established domestic distinction between primary and secondary legislation leaves open some difficult questions that it will now necessarily fall to the courts to resolve."

⁷⁴⁷ "Removal of workers' rights in the new EU (Withdrawal Agreement) Bill", *House of Commons Library*, UK Parliament, [en ligne], [consultée le 13/01/2020], <https://commonslibrary.parliament.uk/workers-rights-and-the-new-eu-withdrawal-agreement-bill/> : "A large part of UK employment law is derived from and grounded in EU law. These include issues such as working time, holiday pay, maternity rights and discrimination. As a member of the EU, the UK cannot currently reduce these rights below the minimum level set by EU law – but they can choose to introduce greater rights."

⁷⁴⁸ *Ibid.*

directives de l'UE⁷⁴⁹ qu'a été adopté l'*Equality Act* en 2010, législation fondamentale en matière de lutte contre les discriminations. Le droit de l'UE faisait ainsi peser une contrainte sur le Parlement de Westminster, contrainte vouée à disparaître du fait de la transposition du droit de l'UE qui s'appliquait au Royaume-Uni dans le droit national. Par conséquent, ce droit « *transposé* » sera à la merci de Westminster et des exécutifs, même si le gouvernement s'est engagé à ne pas toucher à la loi de 2010. Cette transposition affaiblira la portée de ces règles protectrices, sans que le juge ne puisse agir.

516. Les principes généraux du droit sont des principes non écrits dégagés par la jurisprudence de la CJUE qui, auront, après le Brexit, une portée moindre et affaibliront *de facto* le pouvoir judiciaire. Comme le précise James Segan, les « *principes généraux* » du droit de l'UE ne pourront servir au juge que d'aide interprétative⁷⁵⁰. Les PGD sont « *des règles de droit non écrites auxquelles le juge reconnaît une valeur générale qui les rend applicables même sans texte* »⁷⁵¹. Leur objectif initial était de « *combler la carence des traités originaires qui ne comportaient pas l'équivalent de ce que sont les déclarations de droits dans les constitutions internes* »⁷⁵².

517. Les modalités de transposition des principes généraux du droit de l'UE sont fixées à l'annexe 1^{ère} de la loi de 2018. Cette disposition indique qu'aucun « *principe général du droit de l'UE ne fait partie du droit national le [jour de la sortie de la zone FI] [jour d'achèvement de la zone FIIP] ou après celui-ci s'il n'a pas été reconnu comme un principe général du droit de l'UE par la Cour européenne dans une affaire jugée avant le [jour de la sortie de la zone FI] [jour d'achèvement de la zone FIIP] (que ce soit ou non un élément essentiel de la décision dans l'affaire)* »⁷⁵³. La loi de 2020 remplaçant « *le jour de sortie* » par « *le jour d'achèvement de la période de transition* », les principes généraux reconnus par la Cour pendant cette période de transition feront par conséquent partie du droit national après le 31 décembre 2020.

⁷⁴⁹ L'*Equal Treatment Framework Directive* (2000/78/EC), la *Race Equality Directive* (2006/43/EC) et enfin l'*Equal Treatment of Men and Women Directive* (Recast) (2006/54/EC).

⁷⁵⁰ SEGAN James. "The European Union (Withdrawal) Act 2018: Ten Key Implications for UK Law and Lawyers", *UK Constitutional Law Association*, 26th July 2018, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/07/26/james-segan-the-european-union-withdrawal-act-2018-ten-key-implications-for-uk-law-and-lawyers/>.

⁷⁵¹ BLUMANN Claude, DUBOIS Louis. *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016, 922 p., p. 653.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 658.

⁷⁵³ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, schedule 1(2) : "No general principle of EU law is part of domestic law on or after exit day if it was not recognised as a general principle of EU law by the European Court in a case decided before exit day (whether or not as an essential part of the decision in the case).".

518. Sont des principes généraux du droit de l'UE, le droit à la dignité humaine⁷⁵⁴, le droit au respect de l'intégrité physique et mentale de la personne⁷⁵⁵, le droit à une vie privée et familiale⁷⁵⁶, le droit au respect de la vie familiale et du domicile⁷⁵⁷, le droit à la protection des informations personnelles⁷⁵⁸, le droit à la liberté d'expression⁷⁵⁹, le droit à la liberté d'association et à la liberté syndicale⁷⁶⁰, la liberté de choisir une occupation⁷⁶¹, le droit d'exercer une activité économique⁷⁶², le droit de propriété⁷⁶³, le droit à l'égalité de traitement⁷⁶⁴, le droit de ne pas être discriminés en raison du sexe⁷⁶⁵, le droit pour l'enfant de maintenir une relation avec ses deux parents ou encore le droit pour l'enfant d'exprimer ses opinions et qu'elles soient prises en compte⁷⁶⁶, le droit de grève et le droit d'action collective⁷⁶⁷, la présomption d'innocence et les droits à la défense⁷⁶⁸, le principe de légalité des délits et des peines et le principe de proportionnalité⁷⁶⁹ et enfin le principe de l'interdiction de la double peine⁷⁷⁰.

519. La force que le juge pourra tirer de ces principes généraux après le Brexit semble ténue. En effet, l'annexe 1^{er} de la loi de 2018 dispose qu'il n'existe aucun droit d'action, pendant ou après le jour d'expiration, « *fondé sur le non-respect de l'un des principes généraux du droit*

⁷⁵⁴ *Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, CJCE, 9 octobre 2001, aff. C-377/98.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés européennes*, CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79.

⁷⁵⁷ *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne.*, CJCE, 18 mai 1989, aff. C-249/86.

⁷⁵⁸ *Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt.*, CJCE, 12 novembre 1969, C-29/69.

⁷⁵⁹ *Augustin Oyowe and Amadou Traore v Commission of the European Communities.*, CJCE (seconde chambre), 13 décembre 1989, aff. C-100/88.

⁷⁶⁰ *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman.*, CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93 ; *Union syndicale - Service public européen - Bruxelles, Denise Massa et Roswitha Kortner contre Conseil des Communautés européennes*, CJCE, 8 octobre 1974, aff. C-175/73.

⁷⁶¹ *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73 ; *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, CJCE, 13 décembre 1979, aff. C-44/79.

⁷⁶² *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali.*, CJCE, 27 septembre 1979, aff. C-230/78.

⁷⁶³ *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, CJCE, 13 décembre 1979, aff. C-44/79.

⁷⁶⁴ *Zoi Chatzi contre Ypourgos Oikonomikon*, CJUE (première chambre), 16 septembre 2010, aff. C-149/10.

⁷⁶⁵ Voir p.ex. *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84 ; *Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence*, CJUE, 26 octobre 1999, aff. C-273/97.

⁷⁶⁶ *HH (Appellant) v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa (Respondent)* [2012] UKSC 25.

⁷⁶⁷ *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, CJCE (Grande Chambre), 11 décembre 2007, aff. C-438/05.

⁷⁶⁸ *Procédure pénale contre Tomasz Rubach*, CJCE (Grande Chambre), 16 juillet 2009, aff. C-344/08.

⁷⁶⁹ *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*, CJCE, 3 mai 2007, aff. C-303/05.

communautaire »⁷⁷¹. L'annexe 1^{er} 3(1) précise, quant à elle, qu'aucun acte législatif ou décision ne peut être illégal « *parcequ'il est incompatible avec l'un des principes généraux du droit de l'UE* »⁷⁷².

520. En dépit de ces limitations importantes, le juge pourra néanmoins ponctuellement utiliser ces principes généraux, dans des cas précis évoqués par la loi de 2018. En effet, si la section 5(1) pose la règle de l'abandon du principe de suprématie du droit de l'UE par rapport aux dispositions juridiques adoptées pendant ou après le jour de sortie⁷⁷³, la section 5(2) prévoit le maintien de ce principe pour « *l'interprétation, la non-application ou l'annulation de tout acte législatif ou règle de droit adopté avant le jour de sortie* »⁷⁷⁴.

521. Comme le précise le gouvernement dans les *Explanatory Notes* qui accompagnent la loi de 2018, tout conflit entre une loi nationale adoptée avant le jour de sortie et un élément de droit de l'UE retenu devra être gouverné par le principe de suprématie et se résoudre en faveur de la disposition d'origine européenne⁷⁷⁵. Alison Young affirmait que cela revenait à conserver le pouvoir de suspendre l'application d'une norme antérieure au jour de sortie non conforme au droit de l'UE retenu⁷⁷⁶. L'auteur évoquait alors la possibilité que ces principes généraux servent à interpréter le droit de l'UE retenu, qui ensuite pourrait être utilisé pour suspendre l'application d'une règle de droit interne adoptée avant le jour de sortie.

522. Surtout et comme le précise le gouvernement dans les *Explanatory Notes*, l'application du principe de suprématie du droit de l'UE pour toute règle de droit adoptée avant le jour de sortie, entraîne l'obligation d'interpréter cette règle de droit conformément au droit

⁷⁷¹ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, schedule 1(3)(1) : “*There is no right of action in domestic law on or after exit day based on a failure to comply with any of the general principles of EU law.*”.

⁷⁷² *Ibid.*, schedule 1(3)(2) : “(2)*No court or tribunal or other public authority may, on or after exit day—(a)disapply or quash any enactment or other rule of law, or(b)quash any conduct or otherwise decide that it is unlawful, because it is incompatible with any of the general principles of EU law.*”.

⁷⁷³ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 5(1) : “*The principle of the supremacy of EU law does not apply to any enactment or rule of law passed or made on or after exit day.*”.

⁷⁷⁴ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 5(2) : “*Accordingly, the principle of the supremacy of EU law continues to apply on or after exit day so far as relevant to the interpretation, disapplication or quashing of any enactment or rule of law passed or made before exit day.*”.

⁷⁷⁵ “*Explanatory Notes – European Union (Withdrawal) Act – Chapter 16*”, *legislation.gov.uk*, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/notes>, p. 26, par. 103 : “*Where, however, a conflict arises between pre-exit domestic legislation and retained EU law, subsection (2) provides that the principle of the supremacy of EU law will, where relevant, continue to apply as it did before exit. So, for example, a retained EU regulation would take precedence over pre-exit domestic legislation that is inconsistent with it.*”.

⁷⁷⁶ YOUNG Alison L. “*Benkharbouche and the Future of Disapplication*”, *op. cit.*: “*In short, post-exit day it will no longer be possible to rely on the Charter in UK law. But claimants will still be able to rely on general principles of EU law, which protect fundamental rights. They will not be able to use these general principles on their own, but they will still be used to interpret EU-derived law, which then in turn could be used to disapply legislation.*”.

de l'UE⁷⁷⁷. Le juge pourra donc toujours utiliser ces principes généraux pour interpréter une règle de droit adoptée avant le jour de sortie de l'UE. La loi de 2020 est venue modifier cette disposition en remplaçant « *avant le jour de sortie* » par « *le jour de fin de la période de transition* »⁷⁷⁸. Par conséquent, la conservation du principe de primauté du droit de l'UE a un champ d'application plus large que celui initialement prévu dans la loi de 2018. Elle vaudra pour toute règle de droit adoptée jusqu'à la fin de la période de transition.

523. Autre disposition intéressante, la section 6(3) prévoit que « *toute question relative à la validité, au sens ou à l'effet d'une loi européenne retenue doit être tranchée (...) conformément à toute jurisprudence retenue et à tous les principes généraux du droit de l'UE retenus, et compte tenu (entre autres) des limites, immédiatement avant le jour de sortie, des compétences de l'UE.* »⁷⁷⁹. Les principes généraux du droit seront donc toujours des références possibles et conserveront leur efficacité pour « *toute question relative à la validité, au sens ou à l'effet d'une loi européenne retenue* ». Par conséquent, le droit de l'UE retenu devra être interprété conformément aux principes généraux du droit quand cela est possible⁷⁸⁰. Il y a néanmoins deux limites importantes posées par l'article : 1) il faut que le droit européen retenu visé par cette section n'ait pas subi de modifications le jour de la sortie ou après, 2) il faut que les questions posées (validité, sens, effet) soient pertinentes pour la loi.

524. En outre, la portée de cette disposition est nuancée par la section 6(4)(a) qui dispose ainsi que la Cour suprême n'est pas liée par la jurisprudence retenue des juridictions de l'UE⁷⁸¹ et par la section 6(4)(b) qui précise que la *High Court* peut également, dans certains cas, s'en délier⁷⁸². Ainsi, ces juridictions pourraient par exemple décider de ne pas appliquer

⁷⁷⁷ “Explanatory Notes – European Union (Withdrawal) Act – Chapter 16”, *op. cit.*, p. 26, par. 104: “*The principle of supremacy also means that domestic law must be interpreted, as far as possible, in accordance with EU law. So, for example, domestic law must be interpreted, as far as possible, in light of the wording and purpose of relevant directives. Whilst this duty will not apply to domestic legislation passed or made on or after exit day, subsection (2) preserves this duty in relation to domestic legislation passed or made before exit.*”.

⁷⁷⁸ *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, section 25, section 26.

⁷⁷⁹ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 6(3) : “*Any question as to the validity, meaning or effect of any retained EU law is to be decided, so far as that law is unmodified on or after exit day and so far as they are relevant to it—(...) a) in accordance with any retained case law and any retained general principles of EU law, and (b) having regard (among other things) to the limits, immediately before exit day, of EU competences.*”.

⁷⁸⁰ “Charter of Fundamental Rights of the EU Right by Right Analysis”, 5th December 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/664891/05122017_Charter_Analysis_FINAL_VERSION.pdf, p. 19 : “*As explained in the introductory text, the Bill retains the general principles of EU law for interpretation purposes and so after exit our courts will be required to interpret retained EU law consistently with the general principle set out in Article (...), so far as it is possible to do so.*”.

⁷⁸¹ *European Union (Withdrawal) Act 2018*, section 6(4)(a) : “*(4) But—(a) the Supreme Court is not bound by any retained EU case law.*”.

⁷⁸² *Ibid.*, section 6(4)(b) : “*the High Court of Judiciary is not bound by any retained EU case law when—(i) sitting as a court of appeal otherwise than in relation to a compatibility issue (within the meaning given by*

des jurisprudences dans lesquelles des principes généraux étaient mis en application. Dans cette perspective, la section 6(5) dispose que pour décider de la non application de la jurisprudence européenne retenue, la Cour suprême et la *High Court* doivent procéder au même test que celui qu'elles appliquent dans le cadre de la théorie du précédent pour se délier de leur jurisprudence antérieure. La loi de 2020 a apporté une modification à ce point. Sa section 26(d) reconnaît aux ministres la possibilité de préciser, par règlement, les modalités du test appliqué par la Cour suprême et la Haute Cour de justice.

525. Autrement dit, les principes généraux du droit ne pourront servir au juge que pour étayer une opinion juridique ou une interprétation mais ne pourront à eux seuls suffire pour remettre en cause des mesures attentatoires aux droits. De ce point de vue-là également, le Brexit rime avec une baisse des prérogatives constitutionnelles reconnues au juge, ce dernier se voyant retirer des outils de protection des droits.

526. Le pouvoir que le juge pouvait tirer du droit de l'Union semble révolu, les juridictions ne pouvant utiliser un droit de l'UE « retenu » qui devient à la merci du législateur. Les prérogatives juridictionnelles semblent néanmoins encore plus impactées par l'exclusion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B) La question de l'utilisation par le juge de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

527. La question de la conservation de la Charte dans le droit retenu a fait l'objet d'un vif débat, pointant le danger de son exclusion pour les droits (1). Cette problématique a néanmoins été résolue par sa non-conservation dans le droit national (2).

1) Le vif sur la conservation de la Charte, un débat sur les droits

528. La question de savoir si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devait être intégrée dans la législation nationale après le Brexit a fait débat. Lord

section 288ZA(2) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995) or a devolution issue (within the meaning given by paragraph 1 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998), or (ii) sitting on a reference under section 123(1) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, (...)”.

Pannick, lors de l'examen de l'*European Union (Withdrawal) Bill* dans la Chambre des Lords, avait proposé un amendement dont l'objectif était de maintenir la Charte dans le droit national après le jour de sortie. Cet amendement a été rejeté quand le *bill* est retourné devant les Communes en juin 2018.

529. La Commission pour l'égalité et les droits de l'Homme (*Equality and Human Rights Commission*) a souligné dans un avis, les six dangers posés par l'exclusion de la Charte : 1) celui de la perte d'un mécanisme puissant de protection des droits, 2) celui de la perte de flexibilité dans la création de nouveaux droits, 3) celui d'un moindre niveau de protection des droits fondamentaux ; 4) celui de créer des vides sans équivalents avec la disparition de droits de la Charte, 5) celui de la perte des principes de la Charte, utilisés notamment pour l'interprétation des droits et enfin 6) celui de l'insécurité et de la confusion juridique⁷⁸³.

530. Pour la Commission, une telle exclusion mènerait à une réduction des droits garantis aux citoyens. L'inquiétude sur les répercussions de l'exclusion de la Charte sur la protection des droits était d'ailleurs partagée par un groupe d'une vingtaine d'ONG, d'associations et d'experts en droits de l'Homme qui joignirent leurs voix dans une lettre ouverte, publiée dans *the Observer* et jointe au *European Union (Withdrawal) Bill*⁷⁸⁴.

531. Bien plus, et parallèlement au passage de l'*European Union (Withdrawal) Bill* au Parlement de Westminster, les institutions dévolues avaient une approche différente de la place de la Charte après le Brexit. C'était le cas en Écosse qui, dans le *Scottish Continuity Bill*, prévoyait le maintien dans le droit écossais de la Charte après la sortie de l'UE pour les matières réservées ainsi que celui d'un droit à agir en justice pour violation de la Charte⁷⁸⁵. La Cour suprême considérait que l'adoption de l'*European Union (Withdrawal) Act* 2018 avait rendu le projet de loi écossais illégal⁷⁸⁶. En effet, la section 5 du *bill* écossais prévoyant le maintien de la Charte, contredisait la section 5 de la loi de 2018 qui, elle, l'excluait du droit national⁷⁸⁷.

⁷⁸³ "Brexit and the EU Charter of Fundamental Rights: our concerns", *Equality and Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/what-are-human-rights/how-are-your-rights-protected/what-charter-fundamental-rights-european-union-0>.

⁷⁸⁴ Voir notamment "EU Withdrawal Bill will not protect UK rights: open letter", *Equality and Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-work/news/eu-withdrawal-bill-will-not-protect-uk-rights-open-letter>.

⁷⁸⁵ MC CORKINDALE Christopher, MC HARG Aileen. « Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I) », *UK Constitutional Law Association*, 6th March 2018, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/03/06/christopher-mccorkindale-and-aileen-mcharg-continuity-and-confusion-legislating-for-brexit-in-scotland-and-wales-part-i/>.

⁷⁸⁶ *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, par. 102: "Section 5: This section would provide that the general principles of EU law and the Charter of Fundamental Rights ("the Charter") would be part of Scots law on or after exit day so far as they have

532. L'argument phare du gouvernement pour justifier la non-inclusion de la Charte était d'affirmer que cette dernière n'était pas une source de droits à part entière, qu'elle ne faisait que réaffirmer des droits qui seront protégés par le biais du droit de l'UE retenu, du *common law* ou encore du *HRA* 1998⁷⁸⁸.

533. Si la conservation de la Charte était souhaitée par certains, le choix qui sera finalement fait sera celui de son exclusion.

2) L'exclusion de la Charte

534. Le débat a été tranché : la Charte ne fait pas partie des dispositions du droit de l'UE intégrées dans le droit national après l'expiration du délai de mise en œuvre de l'Accord de retrait. C'est ce que prévoit expressément la section 5(4) de l'*European Union (Withdrawal) Act* 2018⁷⁸⁹. Si cette exclusion est fort inquiétante pour la protection des droits au Royaume-Uni (a), elle est néanmoins accompagnée d'exceptions, laissant aux juges une mince fenêtre pour intervenir(b).

a) Une exclusion inquiétante pour la protection des droits

effect in EU law immediately before exit day and relate to EU law which sections 2, 3 and 4 would save or incorporate into Scots law. The Lord Advocate correctly conceded that this section was a modification of the UK Withdrawal Act. This is because section 5(4) of that Act provides that the Charter is not part of domestic law on or after exit day and paragraph 3 of Schedule 1 provides that there is to be no right of action based on a failure to comply with any of the general principles of EU law and no power to quash any enactment or conduct on the basis of incompatibility with any of such principles. This inconsistency, whether analysed as an implied repeal or a disapplication of those provisions of the UK Withdrawal Act, clearly amounts to a modification and section 5 therefore would not be law."

⁷⁸⁸ "Charter of Fundamental Rights of the EU Right by Right Analysis", 5th December 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020],

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/664891/05122017_Charter_Analysis_FINAL_VERSION.pdf, pp. 4-5 : "The Government has been clear that it does not intend that the substantive rights protected in the Charter of Fundamental Rights will be weakened. Those rights will continue to be protected in a number of ways. First, as explained above, rights will continue to be protected through the EU law that is preserved and converted by the Bill. Second, eighteen of the articles correspond, entirely or largely, to articles of the European Convention on Human Rights and are, as a result, protected both internationally and, through the Human Rights Act 1998 and the devolution statutes, domestically. Finally, the substantive rights protected in many articles of the Charter are also protected in domestic law via the common law or domestic legislation."

⁷⁸⁹ *European Union (Withdrawal) Act* 2018, section 5(4): "The Charter of Fundamental Rights is not part of domestic law on or after exit day."

535. La sortie de l'UE du Royaume-Uni risque d'entraîner la disparition des droits garantis par la Charte, ce qui représente une transformation significative des pouvoirs de justice constitutionnelle du juge. En effet, il perd un outil considérable de protection des droits.

536. Le juge disposait dans le cadre de l'application de la Charte, comme en témoigne la jurisprudence *Benkharbouche*, d'un pouvoir de suspendre l'application d'une mesure de droit national qui lui aurait été contraire. C'est un pouvoir qui n'a pas sa contrepartie dans le *common law* ou dans le *HRA* 1998. Comme l'observe Sionaidh Douglas-Scott, après le Brexit, ces droits ne font plus partie du droit national et ne bénéficient plus de la forte protection juridique dont ils bénéficiaient quand le Royaume-Uni faisait partie de l'UE, ils seront à la merci du gouvernement et du Parlement. « *En quittant l'UE, le Royaume-Uni passe d'un système juridique dans lequel les droits fondamentaux ont été enracinés par le droit communautaire à un système juridique non protégé dans lequel les droits n'ont plus cette garantie et peut être facilement éradiqué, par une loi du Parlement, ou même un règlement ministériel.* »⁷⁹⁰.

537. En plus de la perte du pouvoir de suspension de l'application d'une loi, le juge perd également un catalogue de droits, même si plusieurs d'entre eux sont consacrés dans d'autres sources et instruments (principes généraux du droit de l'UE, *HRA* 1998, *common law*). L'exclusion de la Charte implique l'abandon de tout un panel de droits sociaux, environnementaux ou encore en matière d'égalité et de lutte contre la discrimination⁷⁹¹. La non-inclusion de la Charte des droits fondamentaux dans le droit national représente une perte considérable de droits et de libertés pourtant essentiels et qui n'ont pas de contrepartie en droit interne, tels que le droit à l'égalité protégé à l'article 21 ou encore le droit à la protection des données personnelles garanti par l'article 7. Par rapport à ce dernier droit, Colm O'Cinneide observait, à l'occasion d'un témoignage oral auprès de la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords, que la Charte avait eu un « *impact considérable* »⁷⁹² sur la législation relative à la protection des données personnelles.

⁷⁹⁰ DOUGLAS-SCOTT Sionaidh. "The Constitutional Implications of the EU (Withdrawal) Act 2018: A Critical Appraisal", *Legal Studies Research Paper*, 2019, n°299, pp. 1-19, p. 13: "However, in leaving the EU, the UK is switching from a legal system in which fundamental rights have been entrenched by EU law, to an unprotected legal system where rights no longer have that safeguard and may be easily eradicated, by an Act of Parliament, or even ministerial regulation. The status of fundamental rights will be radically changed."

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² Voir House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The human rights implications of Brexit*, session 2016-2017, 5th report, 39 p.

538. Si l'exclusion de la Charte est préoccupante et signe une diminution du rôle de protecteur des droits et libertés tenu par les juridictions, celle-ci peut néanmoins être utilisée par les juges dans des cas limités.

b) Les cas limités d'utilisation juridictionnelle de la Charte

539. La loi de 2018 donne, toutefois, ponctuellement au juge la possibilité de se référer à la Charte après le Brexit, dans des cas très limités. La Charte ne devient ainsi pas complètement inutile après le jour d'expiration. La section 5(5) de la loi de 2018 précise en effet que font partie des « *droits et principes fondamentaux* » visés par cette disposition les « *références à la Charte dans n'importe quelle jurisprudence* »⁷⁹³.

540. En effet, la section 39(2) de la partie IV de l'annexe 8 de la loi de 2018 prévoit que la Charte sera toujours considérée comme faisant partie du droit national, après le jour d'expiration, pour toute décision judiciaire prononcée avant le jour de sortie⁷⁹⁴. La section 39(3), quant à elle, prévoit que la Charte sera toujours considérée comme intégrée au droit national pour « *toute procédure engagée, mais non définitivement tranchée, devant une cour ou un tribunal au Royaume-Uni avant le jour de sortie.* »⁷⁹⁵.

541. Bien plus important, la section 6(2) de la loi de 2018 reconnaît aux juridictions la possibilité de prendre en considération « *tout ce qui est fait* » par la CJUE ou toute autre entité de l'UE, pendant ou après le jour d'expiration, « *dans la mesure où cela est pertinent pour toute affaire dont la cour ou le tribunal est saisi.* »⁷⁹⁶. Ainsi, une jurisprudence européenne relative à l'application de la Charte pourra toujours être une source d'inspiration pour le juge après le jour d'expiration.

542. Bien plus, la Charte pourra également être appliquée quand le juge interprètera le droit de l'UE retenu. En effet, la section 6(3) de la loi de 2018 précise que « *toute question relative à la validité, au sens ou à l'effet d'une loi européenne retenue doit être tranchée (...)*

⁷⁹³ *European Union (Withdrawal) Act 2018, section 5(5) : Subsection (4) does not affect the retention in domestic law on or after exit day in accordance with this Act of any fundamental rights or principles which exist irrespective of the Charter “(and references to the Charter in any case law are, so far as necessary for this purpose, to be read as if they were references to any corresponding retained fundamental rights or principles).”*

⁷⁹⁴ *European Union (Withdrawal) Act 2018, schedule 8, Part IV, section 39(2): “Section 5(4) and paragraphs 1 to 4 of Schedule 1 do not affect any decision of a court or tribunal made before exit day.”*

⁷⁹⁵ *European Union (Withdrawal) Act 2018, schedule 8, Part IV, section 39(3): “Section 5(4) and paragraphs 3 and 4 of Schedule 1 do not apply in relation to any proceedings begun, but not finally decided, before a court or tribunal in the United Kingdom before exit day.”*

⁷⁹⁶ *European Union (Withdrawal) Act 2018, section 6 (2): “Subject to this and subsections (3) to (6), a court or tribunal may have regard to anything done on or after exit day by the European Court, another EU entity or the EU so far as it is relevant to any matter before the court or tribunal.”*

*conformément à toute jurisprudence retenue et (...), et compte tenu (entre autres) des limites, immédiatement avant le jour de sortie, des compétences de l'UE. »*⁷⁹⁷. Ainsi, une juridiction britannique sera en mesure, après la fin de la période de transition, d'utiliser une jurisprudence européenne appliquant la charte pour statuer sur la « validité », le « sens » ou « l'effet » d'une loi européenne retenue.

543. La jurisprudence de la CJUE, adoptée pendant ou après le jour d'expiration, ne saurait – selon la section 6(1) de la loi de 2018- néanmoins s'imposer aux juridictions britanniques⁷⁹⁸.

544. Les relations entre le Royaume-Uni et l'UE ont eu d'énormes répercussions sur le rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Une autre intégration européenne est venue chambouler la justice constitutionnelle britannique : celle au Conseil de l'Europe qui s'est soldée des années après, par l'incorporation – réalisée par le *Human Rights Act* 1998- de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le droit national.

⁷⁹⁷ *European Union (Withdrawal) Act* 2018, section 6(3): “Any question as to the validity, meaning or effect of any retained EU law is to be decided, so far as that law is unmodified on or after exit day and so far as they are relevant to it—(...) a) in accordance with any retained case law and any retained general principles of EU law, and (b) having regard (among other things) to the limits, immediately before exit day, of EU competences.”.

⁷⁹⁸ *European Union (Withdrawal) Act* 2018, section 6 (1): “A court or tribunal—(a) is not bound by any principles laid down, or any decisions made, on or after exit day by the European Court, and (b) cannot refer any matter to the European Court on or after exit day.”.

Section II : Le *Human Rights Act* 1998 et la stimulation de la place du juge dans la justice constitutionnelle

545. La CEDH a eu, par le biais de l'adoption du *Human Rights Act* 1998, une influence considérable sur le rôle des acteurs de la justice constitutionnelle et particulièrement sur celui du juge⁷⁹⁹. Cette loi a emporté l'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants, ces derniers agissant dans le sens d'une plus large reconnaissance et protection des droits et libertés. Cette intervention des représentants dans la justice constitutionnelle est venue stimuler celle des juges. En accroissant la place et les prérogatives du juge dans la justice constitutionnelle, cette loi a également augmenté les droits et les procédures dont les citoyens justiciables peuvent se prémunir pour s'exprimer constitutionnellement. Pour Thomas Raine, la loi de 1998 a installé une « *culture de justification* » sur le sol britannique, caractérisée par la présence d'un document de codification de droits et par une emprise renouvelée des juges sur la prise de décision démocratique, ces derniers étant particulièrement vigilants sur la vérification du « *caractère justifiable des actions des élus* »⁸⁰⁰. Cette « *culture de justification* » est une expression du principe de responsabilité constitutionnelle des gouvernants.

546. Cette loi fait néanmoins, aujourd'hui et depuis longtemps, l'objet de vifs questionnements et critiques⁸⁰¹, comme en témoigne la mise en place par le gouvernement de

⁷⁹⁹ VICK W. Douglas. « The Human Rights Act and the British Constitution », *Texas International law journal*, 2002, vol. 37, pp. 329-372.

⁸⁰⁰ RAINE Thomas. « Judicial Review under the Human Rights Act: A culture of justification », *North East Law Review*, 2013, pp. 81-108, p. 85: « *There are, then, two key features of a culture of justification, as identified by Mureinik. Firstly there is a legal instrument protecting important rights recognised as integral to democracy. These rights, as is the case in the South African Bill of Rights, are not framed as absolutes. Instead they permit derogation in certain circumstances. This allows for an inquiry into the justifications behind a particular action. Secondly, a new approach from the courts is required, an approach that critically examines the justifiability of the actions of the elected branches* ».

⁸⁰¹ SHAH Sangeeta, POOLE Thomas. « The Impact of the Human Rights Act on the House of Lords », *LSE Working Papers*, n° 8, 2009, pp. 1-25, p. 4: « *The debate over the impact of the HRA is vibrant, then, and multi-dimensional.* »; BRAVER Joshua. « Joshua Braver: Counter-Interpretation, Constitutional Design, and the Right to Family Life: How the Conservatives Learned to Stop Worrying and Love the HRA (Briefly) », *UK Constitutional Law Association*, 6th January 2014, [en ligne], [consultée le 22 janvier 2014], <https://ukconstitutionallaw.org/2014/01/06/joshua-braver-counter-interpretation-constitutional-design-and-the-right-to-family-life-how-the-conservatives-learned-to-stop-worrying-and-love-the-hrabriefly/>:"UK:

« *Conservatives and the right wing papers continue to denounce the Human Rights Act (HRA). Recognizing that the HRA is in crisis, some of its supporters have proposed new education efforts and some have even supported a rebranding in the form of a new Bill of Rights essentially similar to the HRA. Both these arguments support the position that structural change is unnecessary. The problem is perception, not the HRA itself. Opponents are either irrational, misinformed or both. The irrational, motivated by xenophobia, maliciously spreads outright lies. The misled, after reading salacious stories in the Telegraph and in the Daily Mail, are enraged that the HRA enables terrorism and also prevents the deportation of illegal immigrants who have committed horrible crimes.* »; FENWICK Helen. « Helen Fenwick: The Conservative stance in the 2015 election on the UK's relationship with the Strasbourg Court and its jurisprudence- bluff, exit strategy or compromises on both sides

Boris Johnson en 2020 d'un *Independent Review* dont l'objectif est d'évaluer le fonctionnement actuel de la loi de 1998 mais aussi d'étudier l'opportunité de réformes à apporter à cette législation⁸⁰². Fait partie des questions centrales de cette étude, celle de la présence et de la légitimité du pouvoir politique exercé par le juge du fait de la loi de 1998 et ainsi celle de sa place dans la justice constitutionnelle. Pour ce faire, avait été lancé le 13 janvier 2021 une consultation sur ces questions qui s'est clôturée le 3 mars. Les répercussions de cette opération d'évaluation sur le *HRA* 1998 sont plus qu'incertaines actuellement.

547. Cela étant, cette loi bouleverse toujours la démarche judiciaire dans la justice constitutionnelle, qui se rapproche de la logique de la déclaration de droits individuels, logique jusqu'alors quasi-absente du Royaume-Uni (I). L'adoption du *Human Rights Act* transforme le rôle du juge dans la justice constitutionnelle en lui conférant de nouvelles modalités de contrôle des législations primaires et secondaires au nom de la protection des droits (II).

I) Le juge et la logique de la déclaration de droits

548. Le *Human Rights Act* représente, par sa forme et son contenu, un outil de protection des droits en rupture avec la tradition britannique. Il représente une mise à l'écart de la fameuse hostilité britannique envers la logique de la déclaration de droits (A). Bien plus, si cette loi ne présente *a priori* aucune originalité quant aux droits qui y sont consacrés, la jurisprudence y laisse son empreinte. Elle « *britannise* » cette déclaration de droits (B).

A) Le *Human Rights Act* : élément de rupture avec la tradition britannique de protection des droits

549. L'adoption du *Human Rights Act* 1998 est en rupture avec la tradition britannique de protection des droits à deux égards : celui relatif à la manière de concevoir les

(part II)?", *UK Constitutional Law Association*, 10th March 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/12/helen-fenwick-the-conservative-stance-in-the-2015-election-on-the-uks-relationship-with-the-strasbourg-court-part-ii/>; LESTAS George. « Lord Sumption's Attack on Strasbourg: More than Political Rhetoric?», *UK Constitutional Law Association*, 09th December 2013, [en ligne], [consultée le 15 décembre 2013], <http://ukconstitutionallaw.org/tag/lord-sumption/>; LOCK Tobias. "T.Lock: Legal implications of Human rights Act reform in the UK", *UK Constitutional Law Association*, 15th May 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <https://dub124.mail.live.com/?tid=cm6Gc4GND65BGmwAjfeM5aA2&fid=flinbox>.

⁸⁰² « Independent Human Rights Review », *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 05/03/2021], <https://www.gov.uk/guidance/independent-human-rights-act-review>.

droits de façon négative et résiduelle (1) et celui relatif à la suffisance de l'intervention du Parlement pour protéger les droits (2).

1) Le HRA 1998 en rupture avec la conception négative et résiduelle des droits

550. Dans le cadre du *HRA* de 1998, le juge effectue son contrôle de compatibilité en se référant à une codification écrite des droits, ce qui est en rupture avec la conception britannique négative et résiduelle des droits. La loi de 1998 rompt avec une telle logique dans la mesure où les droits existants sont désormais clairement édictés, ce qui peut être vu comme un facteur de sécurité juridique. Les droits existent *a priori* de l'intervention du juge. La sécurité n'est néanmoins qu'apparente tant ces droits sont en eux-mêmes largement formulés, ce qui laisse un pouvoir d'interprétation important au juge. L'adoption d'une telle déclaration rapproche donc le Royaume-Uni des pays dotés de constitutions écrites et codifiées.

551. Comme l'affirme David Jenkins, le *HRA* 1998 est ainsi le témoignage de l'importance accrue, ces dernières décennies, de l'écrit pour régir la matière constitutionnelle – importance accrue qui s'accompagne de celle des juges qui en sont souvent les protecteurs-⁸⁰³.

552. Les droits consacrés sont des droits civils et politiques, dits de première génération que sont : les articles 2 à 12 de la Convention, l'article 14, les articles 1^{er} à 3 du Premier Protocole et l'article 1^{er} du Treizième Protocole. Ces droits représentent des valeurs Communes du libéralisme politique. Ils sont à la disposition des justiciables à l'encontre des autorités publiques. La présence d'un document garantissant aux justiciables des droits et des procédures pour les préserver correspond à une vision matérielle du *rule of law*, Ronald Dworkin affirme dans cette veine que les individus disposent de droits politiques et moraux qui doivent faire l'objet d'une protection juridictionnelle⁸⁰⁴.

553. Même si la loi de 1998 se différencie de la plupart des déclarations de droits par son caractère souple c'est-à-dire par le fait qu'elle puisse être remise en cause par l'adoption

⁸⁰³ JENKINS David. "From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution", *Vanderbilt Journal of transnational Law*, 2003, vol. 36, n°3, pp. 863-960, p. 865 : "While this constitutional reform has occurred through treaty or domestic legislation, which theoretically remain subordinate to Parliament, the written instruments mentioned above have special status and significance in the British Constitution. Those documents reflect changing notions about the proper extent of parliamentary authority and the institutional role of the judiciary in enforcing accepted norms. The written instruments, along with unwritten principles, are developing into a *quasi-written* constitution that restrains Parliament and is enforceable by the judiciary."

⁸⁰⁴ DWORKIN Ronald. *A Matter of Principle*, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, 450 p.

d'une loi ordinaire, il existe selon Aileen Kavanagh un « *consensus* » pour affirmer que le *HRA* de 1998 est bien une déclaration de droits⁸⁰⁵ dans la mesure où elle en réunit les différents aspects⁸⁰⁶: 1) d'abord, la déclaration de droits doit avoir un « *statut supérieur à celui du droit ordinaire* », ce qui est le cas avec sa qualification par la jurisprudence de « *loi constitutionnelle* », 2) ensuite, l'instrument en question doit être justiciable en ce sens que sont établies « *des procédures judiciaires pour examiner la compatibilité de la législation ordinaire avec la constitution* », 3) doit aussi être prévue « *une méthode de requête individuelle en cas de violation de droits* ». 4) Enfin, l'instrument doit être « *relativement rigide* », « *Les amendements doivent être rendus plus difficiles que pour la législation ordinaire* ». Sur ce dernier point, même si la Constitution britannique demeure une constitution souple, les juges, en qualifiant la loi de 1998 de « *loi constitutionnelle* », ont garanti à cette dernière une protection contre l'abrogation implicite. Ce faisant, les juges ont extrait la loi de 1998 des règles de procédures ordinaires. Anne Jussiaume constatait également le caractère particulier du *Human Rights Act* : « *l'étude des rapports entre le juge et la constitution au Royaume-Uni (...) va nous amener à analyser l'évolution que subit un système juridique qui passe du stade de l'absence totale de texte supra-législatif à celui d'État constitutionnel, État pourvu d'un ou plusieurs textes supra-législatifs, dont le contenu dépasse la simple structure constitutionnelle, et s'intéresse de près à la protection des droits et libertés.* »⁸⁰⁷.

554. La force juridique du *HRA* tient également à sa section 6 qui, en disposant qu'il est illégal pour toute autorité publique d'agir d'une manière incompatible avec la Convention, consolide le caractère contraignant des droits conventionnels incorporés dans le droit britannique. La question de la définition de ce qui constitue une « *autorité publique* » fait couler beaucoup d'encre. Selon la section 6(3)(a), constitue une autorité publique toute juridiction ou tout *tribunal*, mais aussi selon le (b), « *toute personne dont les fonctions sont des fonctions*

⁸⁰⁵ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 1st édition, 2009, 455 p., p. 307: “*The final issue is whether the HRA is effectively a Bill of Rights. Interestingly, there is a considerable consensus amongst both supporters and critics of the HRA alike, that the HRA is a tantamount to a Bill of Rights*”. Sur la question de l'identification d'un bill of rights et des différentes catégories existantes voir HEYDON J.D. “*Are Bill of Rights Necessary in Common Law Systems?*”, *Law Quarterly Review*, 2014, vol. 130, issue 3, pp. 392-412.

⁸⁰⁶ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, op. cit., p. 308: “*I will take a 'Bill of Rights' to be defined by a combination of the following four general features: 1) First, it has a superior status to ordinary law, such that all laws contrary to it are made to conform to it or are otherwise rendered invalid or inapplicable; 2) Second, it is justiciable, in the sense that there are judicial procedures to test the compatibility of ordinary legislation with the constitution. (...); 3) Third, there is a method of individual redress in the event of a rights violation; 4) Fourth, it is relatively entrenched. That is to say, amendments to it are made more difficult to secure than ordinary legislation.*”.

⁸⁰⁷ JUSSIAUME Anne. *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien- Contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, op. cit.

publiques par nature »⁸⁰⁸. La section 6 précise néanmoins que les Chambres du Parlement n'entrent pas dans la catégorie « *d'autorité publique* »⁸⁰⁹.

555. Cette disposition vise l'effectivité maximale de la loi de 1998, elle était même devenue la base la plus fréquente de contentieux relatif au *HRA*, constatait Stephen Gardbaum⁸¹⁰. Cette section 6 met en place, selon Colm O'Conneide, un véritable « *délit constitutionnel* »⁸¹¹. L'auteur poursuit en précisant que, si une autorité publique agit en contradiction avec l'obligation qui lui est imposée à la section 6, les juges sont en mesure d'accorder à la victime une exonération ou un remède. L'obligation de la section 6 a d'autant plus de force, qu'elle est suivie de la reconnaissance expresse -à la section 7(1)- d'un droit d'ester en justice, à toute personne qui s'estime victime d'une autorité publique ayant agi ou proposé d'agir de manière contraire aux droits conventionnels⁸¹².

556. Si la loi de 1998 ressemble à une déclaration de droits, elle reste néanmoins conforme à une tradition britannique en la matière : celle de refuser de fonder les droits sur le droit naturel ou sur toute autre philosophie politique liée à la qualité d'être humain. Le *HRA* reste très pragmatique, consacrant une liste de droits protégés et de mécanismes mis en place pour assurer cette protection⁸¹³.

⁸⁰⁸ *Human Rights Act 1998*, section 6(3): “*In this section “public authority” includes— (a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature.* Voir sur ce point. MC AMHLAIGH Cormac. “Cormac Mac Amhlaigh: Once More Unto the (Public/Private) Breach...: s.6 of the Human Rights Act 1998 and the Severability Thesis”, *UK Constitutional Law Association*, 13th December 2013, [en ligne], [consultée le 13 janvier 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/13/cormac-mac-amhlaigh-once-more-unto-the-public-private-breach-s-6-of-the-human-rights-act-1998-and-the-severability-thesis/>.

⁸⁰⁹ *Human Rights Act 1998*, *op. cit.*: “(3) *In this section “public authority” includes—(a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature, but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.*”.

⁸¹⁰ GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 158: “*By creating ‘a new type of illegality in domestic public law’, (...), section 6 has become the most frequent basis for litigation under the HRA.*”.

⁸¹¹ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, Edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O'Conneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, 420 p., pp. 67-103, p. 83: “*This in essence creates a new constitutional tort: if a public authority acts or proposes to act in a manner contrary to s.6(1), the courts are able to grant any victim of this breach of its powers.*”.

⁸¹² *Human Rights Act 1998*, section 7(1) : “(1) *A person who claims that a public authority has acted (or proposes to act) in a way which is made unlawful by section 6(1) may - (a) bring proceedings against the authority under this Act in the appropriate court or tribunal, or (b) rely on the Convention right or rights concerned in any legal proceedings, but only if he is (or would be) a victim of the unlawful act.*”.

⁸¹³ DOUGLAS Benedict. “Douglas Benedict: Why Human Rights Have Not Been Accepted in the UK”, *UK Constitutional Law Association*, 05th May 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai, 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/05/05/benedict-douglas-why-human-rights-have-not-been-accepted-in-the-uk/> : “*The major modern and historic human rights documents recognise human rights as inalienably and universally attaching to individuals by virtue of their humanity. However, this justification for rights possession in dignity or any other foundational human characteristic is absent from the Human Rights Act 1998 (HRA).*”.

557. Enfin, la possibilité a été discutée par la doctrine⁸¹⁴ de reconnaître que le *HRA* 1998 ne s'applique pas seulement à l'encontre des représentants et des juges mais aussi entre les citoyens. De ce point de vue, la loi de 1998 instaurerait une autre rupture, celle d'octroyer aux droits de la CEDH un effet horizontal et pas seulement vertical.

558. Bien plus que de s'éloigner de la conception négative et résiduelle des droits et libertés, la loi de 1998 met également à mal la tradition britannique selon laquelle la seule présence du Parlement est suffisante à la protection des droits.

2) *La HRA 1998 ou l'insuffisance du Parlement pour protéger les droits*

559. Bien plus que les particularités du *rule of law* et de la notion anglaise de la liberté, la croyance dans la capacité du Parlement et des mécanismes du régime parlementaire à protéger et à garantir les droits a été un obstacle tenace à l'idée d'une déclaration de droit⁸¹⁵. L'importance exercée par le constitutionnalisme politique était plus prégnante qu'aujourd'hui.

560. Le Parlement jouissait traditionnellement d'une totale confiance. Dans cette acception, pas besoin de liste prédéterminée, la Constitution et donc également la justice constitutionnelle n'est que ce qui arrive tous les jours dans l'arène politique parlementaire en reprenant la pensée de John Griffith⁸¹⁶. Dans une vision aussi absolue, la justice constitutionnelle- la tâche d'interprétation et d'application de la Constitution- est nécessairement l'affaire des parlementaires et membres du gouvernement.

561. Longtemps a régné la croyance selon laquelle ces modalités, purement anglaises, offraient une voie satisfaisante de protection des droits. Comme le rappelle Charlotte Girard les opposants à l'incorporation de la Convention européenne des droits de l'Homme invoquaient cette tradition britannique de protection des droits pour s'opposer à une opération de codification des droits. Cela revenait pour eux « à affirmer qu'un *Bill of Rights* n'apporterait rien de plus. »⁸¹⁷ Cela revenait à dire que « *les institutions existantes seraient suffisantes pour*

⁸¹⁴ Voir notamment GARDBAUM Stephen. « The 'horizontal effects' of constitutional rights », *Michigan Law Review*, 2003, vol. 102, issue 3, pp. 387-459.

⁸¹⁵ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, op. cit., p. 3: l'auteur parle d'une « croyance historique dans la capacité du Parlement à protéger les libertés civiles ».

⁸¹⁶ GRIFFITH J.A.G. « The Political Constitution », op. cit.

⁸¹⁷ GIRARD Charlotte. *La conception anglaise des droits fondamentaux dans une perspective européenne: étude de cas*, Bruxelles, Bruylant, 1ère édition, 1999, 120 p., p. 63.

servir l'objectif de protection des droits »⁸¹⁸. Charlotte Girard poursuit, « sans détailler la foi en le système d'autorégulation, qui anime depuis le 19^{ème} siècle les partisans de Dicey, les présomptions qui soutiennent cette ferveur sont les suivantes : le recours à l'élection, la responsabilité de l'exécutif et un Parlement représentatif. L'ensemble repose donc essentiellement sur la modération et le bon sens »⁸¹⁹.

562. Ces croyances ont néanmoins été dépassées par les faits et comme le souligne Aileen Kavanagh, vers la fin du XX^{ème} siècle « *la croyance historique en la capacité du Parlement pour protéger les libertés civiles* » a « *été mise à rude épreuve* »⁸²⁰. En témoigne le pamphlet d'Anthony Lester en 1968, *Democracy and Individual Rights*, dans lequel l'auteur présente le Parlement comme une menace pour les citoyens et dénonce ouvertement certaines lois et certains agissements parlementaires⁸²¹. L'intervention de Lord Justice Scarman en 1974 sera une autre étape marquante dans cette période de perte de confiance envers le Parlement. Dans son ouvrage *-English Law - A New Dimension-*, l'auteur appelle clairement de ses vœux l'adoption d'une déclaration de droits rigide protégée par le juge, pouvant alors invalider une loi contraire. L'auteur justifie la nécessité d'une telle adoption par les menaces criantes que représenteraient le Parlement et la majorité « *en des temps dangereux et difficiles* »⁸²². Le ton est donné, Parlement et libéralisme politique ne vont pas forcément de pair.

563. Néanmoins, l'érosion de la confiance accordée au Parlement ne semble pas si importante, au regard de la place accordée au Parlement dans la protection des droits. De ce point de vue, la loi de 1998 est moins révolutionnaire que ce qui avait été préconisé par certains auteurs, comme le Lord Justice Scarman. En outre, le *HRA* n'emporte pas la même conséquence pour le Parlement que le projet de loi qui avait été déposé en 1994 par Lord Lester. Celui-ci donnait notamment la possibilité aux juges d'écarter lors d'un litige une loi contraire à la Convention, mais cette possibilité sera supprimée au profit d'un simple pouvoir

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, op. cit., p. 3 : « *The historical belief in the ability of Parliament to protect civil liberties and the sense of complacency which sometimes accompanied it, were put under severe strain in the later part of the twentieth century.* ».

⁸²¹ BARBÉ Vanessa. « *Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 1, n° 61, pp. 117-145, p. 119.

⁸²² Lord SCARMAN. *English Law- The New Dimension*, London, Stevens and Sons, 1974, 88 p., p. 18 : « *Two courses are, I think, open: one for the law to pursue its present inclination to ignore the Human Rights movement, making the assumption that the existing English law is a substantial compliance with our international obligations; the other, to give thought to a new constitutional settlement whereby it would be made very much more difficult to repeal certain statutes than others - that is to say, the acceptance of entrenched provisions as part of our statute law. (...) So long as English law is unable in any circumstances to challenge a statute, it is, in dangerous and difficult times, at the mercy of the oppressive and discriminatory statute* ».

d'interprétation. Ainsi, l'adoption de la loi de 1998 est le fruit d'un « *compromis entre les partisans et les opposants d'un Bill of Rights* »⁸²³.

564. Ce compromis s'observe dans les mécanismes mis en place par le *HRA*, mécanismes qui confèrent aux juges des prérogatives leur permettant de contraindre davantage la volonté du Parlement et du gouvernement. Les sections 3 et 4 augmentent ainsi l'emprise des juges sur la loi et les actes du gouvernement tout en laissant aux représentants un large pouvoir d'action, ces dispositions ne conférant pas aux juges de pouvoir de suspendre l'application d'une loi contraire à la Convention. La loi de 1998 est donc un compromis entre puissance des représentants et emprise du juge sur la protection des droits conventionnels. Comme Manon Altwegg-Boussac le constate, « *Tout en préservant le dernier mot du législateur, ce modèle se distingue néanmoins d'une conception purement politique en reconnaissant l'intérêt d'un degré de juridictionnalisation d'un Bill of Rights.* »⁸²⁴.

565. La loi de 1998 est venue bouleverser la manière britannique d'envisager la protection des droits. Elle constitue, nous l'avons vu, une déclaration des droits. Néanmoins, cette dernière semble osciller entre une déclaration de droits européens et une déclaration de droits britannisés.

B) Le Human Rights Act : d'une déclaration de droits européens à une déclaration de droits « britannisés » ?

⁸²³ BARBÉ Vanessa. « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *op. cit.* C'est ce même compromis qui a été interprété par Janet L. Hiebert comme source d'ambiguïté, relative aux rôles respectifs des juges et des autorités extra-juridictionnelles dans la mise en œuvre du *HRA* 1998. Voir HIEBERT Janet L. « The Human Rights Act: Ambiguity about Parliamentary Sovereignty », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, issue 12, pp. 2253-2574, p. 2253: “*The first example of ambiguity is with respect to how institutional actors understand the principal function of the HRA. For example, does rights protection occur primarily through judicial review, either by authorizing the judiciary to engage in interpretive techniques that force legislative compliance, or by identifying rights constraints that parliament is expected to address by enacting remedial measures? Or instead does rights protection occur via altered political practices: by engaging bureaucrats, the executive, and Parliament in a more conscious role of identifying how rights are implicated in proposed legislation, increasing intra-institutional deliberation about justification, and facilitating pressure to implement rights-inspired amendments?*”.

⁸²⁴ ALTWEGG-BOUSSAC Manon. “Le concours des organes politiques et juridictionnels à la garantie des droits. Regards sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum – n° 13, La justice constitutionnelle contemporaine : modèle et expérimentations*, 2014, [en ligne], [consultée le 28 octobre 2019], <http://juspoliticum.com/article/Le-concours-des-organes-politique-et-juridictionnel-a-la-garantie-des-droits-Regard-sur-une-modelisation-alternative-de-la-justice-constitutionnelle-954.html>.

566. S'il est possible de pointer le manque d'originalité de la liste de droits contenue dans la loi de 1998, il convient aussi de se demander si les juges se sont véritablement appropriés les droits en question et en ont fait des droits conventionnels « britannisés », c'est-à-dire des droits conventionnels transformés par leurs efforts. Dans ce cas, le *HRA* ne serait pas qu'un simple outil de transposition de droits extra-britanniques mais s'affirmerait bien comme une déclaration « nationale ». La réponse à cette interrogation n'est pas univoque⁸²⁵.

567. Selon la majorité des juges et des auteurs, c'est le « principe du miroir » qui prévaut dans l'application de la section 2 du *Human Rights Act* 1998⁸²⁶. Il signifie que les juges doivent, dans leur jurisprudence, fidèlement reproduire « l'approche de la Cour de Strasbourg dans la définition de l'étendue et du contenu des droits conventionnels »⁸²⁷. Cela implique notamment que le juge ne peut offrir plus de protection à un droit que ne le ferait la CourEDH. Cela ressort de la jurisprudence *Ullah* rendue par la Chambre des Lords en 2004⁸²⁸. Cela ressort également de la jurisprudence *Ambrose* rendue par la Cour suprême en 2011 dans laquelle Lord Hope affirma que « ce n'est pas à la cour d'étendre l'étendue des droits conventionnels plus que ce que la jurisprudence de Strasbourg l'exige. »⁸²⁹.

568. Ce « principe du miroir » ne fait pas néanmoins l'unanimité ; il est de plus en plus remis en cause. Dans la jurisprudence, il est aussi reconnu que les juges peuvent offrir aux

⁸²⁵ Voir sur cette interrogation YOUNG Alison L. “Alison L.Young: Whose Convention Rights are they anyway?”, *UK Constitutional Law Association*, 12th February 2012, [en ligne], [consultée le 16 juin 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/02/12/alison-l-young-whose-convention-rights-are-they-anyway/>.

⁸²⁶ *Human Rights Act* 1998, section 2 : “A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, (b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention, (c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or (d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention, whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.”.

⁸²⁷ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., p. 88: “This ‘principle’, whereby the UK courts should faithfully respect the approach of the Strasbourg court in defining the scope and content of Convention rights, has exerted a considerable degree of influence over the subsequent development of the HRA case law.”.

⁸²⁸ *Regina v. Special Adjudicator (Respondent) ex parte Ullah (FC) (Appellant)* [2004] UKHL 26, par. 20: “This reflects the fact that the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court. From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less. ».

⁸²⁹ *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland)*, [2011] UKSC 43, par. 20 : “That is why, the court’s task in this case, as I see it, is to identify as best it can where the jurisprudence of the Strasbourg court clearly shows that it stands on this issue. It is not for this court to expand the scope of the Convention right further than the jurisprudence of the Strasbourg court justifies.”.

droits conventionnels une protection plus importante que celle offerte par la Cour de Strasbourg⁸³⁰. Ces cas sont synthétiquement présentés par Colm O’Cinneide⁸³¹.

569. Il en est ainsi, notamment, quand l’application du « *principe du miroir* » mènerait à l’adoption d’une solution qui serait « *fondamentalement incompatible avec le système constitutionnel britannique de séparation des pouvoirs ou avec tout autre aspect de procédure ou de substance du droit britannique* »⁸³². Cette idée est exprimée par Lord Neuberger dans la jurisprudence *Manchester* issue de la Cour suprême en 2010⁸³³. Ainsi, s’ouvre une fenêtre de « *nationalisation* » des droits de la loi de 1998, et donc de transformation du *HRA* en déclaration nationale.

570. Il en est également ainsi quand, dans la lignée de la jurisprudence *Quila*⁸³⁴, il est « *raisonnablement prévisible que la Cour de Strasbourg arriverait à une autre conclusion* » que celle de sa jurisprudence existante⁸³⁵. Par ailleurs, ainsi qu’en témoigne la jurisprudence *Horncastle* rendue par la Cour suprême en 2009⁸³⁶, les juridictions britanniques n’appliquent pas le « *principe du miroir* » dans les situations où la jurisprudence de Strasbourg serait délicate à appliquer dans le système juridique britannique : Lord Phillips rappelait que l’obligation pour les juges de « *tenir compte* » de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pouvait être écartée,

⁸³⁰ Si ce n’est pas le cas, alors le juge peut développer le droit en question mais à travers le fondement du *common law* qui a été étudié précédemment.

⁸³¹ O’CINNEIDE Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., pp. 88-89.

⁸³² *Ibid.* p. 88 : « (...) *the courts have shown a willingness to depart from the Strasbourg case law, (...) when the application of the mirror principle would compel a conclusion which would be ‘fundamentally at odds’ with the UK’s constitutional system of separation of powers or some other fundamental procedural or substantive aspect of UK law*”.

⁸³³ *Manchester City Council (Respondent) v. Pinnock (Appellant)* [2010] UKSC 45, par. 48 : “*This Court is not bound to follow every decision of the EurCtHR. (...) Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line.*”.

⁸³⁴ *R (on the application of Quila and another) (FC) (Respondents) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2011] UKSC 45, par. 43 : “*Having duly taken account of the decision in Abdulaziz pursuant to section 2 of the Human Rights Act 1998, we should in my view decline to follow it. (...) More recent decisions of the ECtHR, in particular Boultif and Tuquabo-Tekle, are inconsistent with it. (...) The court in Abdulaziz was in particular exercised by the fact that the asserted obligation was positive. Since then, however, the ECtHR has recognised that the often elusive distinction between positive and negative obligations should not, in this context, generate a different outcome. The area of engagement of article 8 - in this limited context - is, or should be, wider now.*”.

⁸³⁵ O’CINNEIDE Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., pp. 88-89: « (...) *the courts have shown a willingness to depart from the Strasbourg case law, (...) when it is ‘reasonably foreseeable’ that the Strasbourg Court would now come to a different conclusion than in the available authorities*”.

⁸³⁶ *R v. Horncastle and others (Appellants) (on appeal from the Court of Appeal Criminal Division)* [2009] UKSC 14.

si la jurisprudence de Strasbourg n'apprécie pas ou ne prend pas suffisamment en compte les aspects particuliers du système juridique britannique⁸³⁷.

571. La remise en cause du « *principe du miroir* » témoigne, selon Colm O'Cinneide, d'une volonté de voir le HRA comme « *l'équivalent fonctionnel d'une déclaration de droits nationale, qui aurait pour objectif de permettre aux juges britanniques de développer leur propre approche de l'interprétation et de l'application des standards des droits de l'Homme.* »⁸³⁸.

572. De plus, il ressort de la jurisprudence *Ambrose* rendue par la Cour suprême en 2011, que le juge a le moyen d'appliquer et de protéger un droit conventionnel qui ne fait pas l'objet d'une jurisprudence claire de la Cour européenne. Cela ressort des propos de Lord Kerr pour lequel « *en l'absence d'une déclaration par la Cour européenne des droits de l'Homme sur la validité d'une réclamation relative à un droit, la juridiction ne peut s'empêcher de reconnaître un tel droit simplement parce que la Cour de Strasbourg ne s'est pas prononcée* »⁸³⁹. Ainsi, les droits conventionnels tels qu'incorporés dans la loi de 1998 peuvent offrir davantage de protection que celle garantie par la CourEDH.

573. L'existence d'une déclaration nationale, si elle est une donnée à prendre en compte pour décrire les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle, ne doit néanmoins pas masquer le fait qu'aucun système national constitutionnel n'est complètement cloisonné et que les déclarations de droits à travers le monde ne sont jamais totalement originales mais s'influencent les unes les autres.

574. Il faut aussi rappeler que, comme dans les autres systèmes de justice constitutionnelle, le document de codification des droits ne représente que l'accentuation et non le début des similitudes entre le système britannique et les autres systèmes de justice

⁸³⁷ *Ibid.*, par. 11 : “The requirement to ‘take into account’ the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course.”

⁸³⁸ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., p. 90: “In contrast, many critics of the mirror principle tend to view the HRA as a functional equivalent of a domestic bill of rights, which was intended to allow the UK judges to develop their own approach to interpreting and applying human rights standards – (...)”.

⁸³⁹ *Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland)* [2011] UKSC 43, par. 129: « It is therefore the duty of this and every court not only to ascertain “where the jurisprudence of the Strasbourg court clearly shows that it currently stands” but to resolve the question of whether a claim to a Convention right is viable or not, even where the jurisprudence of the Strasbourg court does not disclose a clear current view.”.

constitutionnelle. En effet, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, des droits étaient déjà dégagés par les juges dans le *common law* et utilisés dans l'interprétation de la législation.

575. Le *Human Rights Act* 1998 a eu de fortes répercussions sur la place du juge dans la justice constitutionnelle. En plus de mettre à mal la tradition britannique de protection des droits, cette loi a entraîné la mise en place de nouvelles modalités de contrôle juridictionnel des lois primaires et secondaires.

II) Les modalités de contrôle juridictionnel permises par la loi de 1998

576. Le renforcement du rôle du juge dans la justice constitutionnelle britannique s'explique par les modalités de contrôle juridictionnel des législations primaire et secondaire découlant de la loi de 1998. Les juges disposent ainsi de nouvelles prérogatives de contrôle de la législation primaire, à savoir celles des sections 3 et 4 du *HRA* (A). Ensuite, le *Human Rights Act* a également permis aux juges de faire usage du contrôle de proportionnalité des actes de l'exécutif quand les droits et libertés protégés par le *HRA* sont menacés. La loi de 1998 a donc permis au juge de faire usage d'un mode de contrôle plus large et plus intrusif dans les prises de décision des représentants (B).

A) Les nouvelles prérogatives de contrôle juridictionnel

577. Le législateur en adoptant le *HRA* a conféré aux juges de nouveaux outils pour contrôler, au nom de règles constitutionnelles, les décisions prises par les représentants. Le premier de ces outils est un pouvoir d'interprétation de la législation, la section 3(1). Le second réside en la possibilité accordée au juge par la section 4, de déclarer une législation primaire ou secondaire incompatible avec les droits et libertés protégés par le *HRA* (2).

1) La section 3 du HRA, l'enrichissement limité des juges

578. La section 3 confère au juge un important pouvoir d'interprétation et, ce faisant, constitue, une réelle source d'enrichissement du rôle constitutionnel des juges (a). Cet enrichissement a néanmoins des limites (b).

a) La section 3, un enrichissement réel du rôle constitutionnel des juges

579. L'enrichissement de la place des juges dans la justice constitutionnelle s'illustre d'abord par la section 3 de la loi de 1998 qui a pour effet de renforcer le pouvoir d'interprétation, déjà important, dont il dispose au titre du *common law*. Grâce à cette disposition, les juges ont acquis une arme supplémentaire pour influencer le sens de la loi. Elle leur permet d'exercer un poids plus important dans la fonction législative. Cette disposition est donc censée augmenter l'influence des juges dans l'équilibre des pouvoirs et dans la démocratie (la signification de loi étant davantage soumise à l'appréciation des juges). La section 3(1) du *HRA* de 1998 dispose: "*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights*"⁸⁴⁰. Néanmoins, ce pouvoir d'interprétation n'a pas de conséquence sur l'existence juridique de la disposition législative qui reste valide⁸⁴¹.

580. La section 3 renforce un pouvoir d'interprétation préexistant, bien plus qu'il ne crée des prérogatives d'interprétations inédites. En effet, « *Les juges ont toujours possédé (et exercé) le pouvoir de rectifier le libellé des lois, si cela devait supprimer une injustice ou violer un principe constitutionnel fondamental* »⁸⁴².

581. La section 3 prend sa place dans le prolongement de la méthode téléologique d'interprétation et de la technique de la présomption, déjà utilisées dans l'application du *common law*. Ainsi, pour appliquer la section 3, le juge va commencer par déterminer la signification ordinaire de la législation selon les méthodes d'interprétation classiques –étudiées dans le chapitre I du titre I-⁸⁴³. Dans un second temps, le juge va examiner si la signification

⁸⁴⁰ *Human Rights Act 1998*, section 3(1): "*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.*"

⁸⁴¹ *Human Rights Act 1998*, section 3(2): "*This section—(...) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation*".

⁸⁴² KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 115: "*Judges have always possessed (and exercised) the power to rectify statutory language, if to do so would remove an injustice or violate a fundamental constitutional principle.*"

⁸⁴³ SALES Philip. « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *Statute Law Society Conference*, 2008, [en ligne], [consulté le 30/10/2019],

ordinaire est incompatible avec les droits conventionnels⁸⁴⁴. Si c'est le cas, alors le juge va se demander s'il est possible de conférer à la disposition législative une signification compatible avec la Convention. Ce faisant, l'observe Philipp Sales, la démarche du juge dans le cadre du *HRA* ressemble à celle du juge dans le cas de l'application du droit de l'UE⁸⁴⁵.

582. Même si le pouvoir d'interprétation de la section 3 du *HRA* 1998 présente des similitudes avec celui qui est utilisé au titre du *common law*, il présente aussi certaines spécificités comme le rappelle Aileen Kavanagh. Ces particularités expliquent la force dont sont revêtues les interprétations juridictionnelles dégagées au titre de la section 3.

583. La première spécificité réside dans le fait que le juge fait usage d'un pouvoir d'interprétation que le législateur lui-même lui a conféré. Ainsi, une interprétation formulée sur le fondement de la section 3 « *est dotée d'un pedigree démocratique puisqu'elle est approuvée par le Parlement dans la loi de 1998* »⁸⁴⁶.

584. La force d'une interprétation juridictionnelle formulée sur le fondement de la section 3 tire sa force d'une deuxième spécificité, à savoir que le pouvoir d'interprétation de la section 3 peut être utilisé pour toute loi, quelle que soit sa date de promulgation⁸⁴⁷. Ce faisant, une rectification juridictionnelle des termes de la loi au titre de son pouvoir d'interprétation « *peut devenir plus courante et moins exceptionnelle qu'auparavant* »⁸⁴⁸.

585. Enfin, la prérogative d'interprétation conférée au juge par la section 3 lui donne une emprise sur la loi dont il ne bénéficie pas au titre du *common law*, à savoir, celle d'interpréter conformément aux droits, des dispositions législatives formulées en des termes clairs et non ambigus. Pour certains auteurs comme Trevor Allan, un tel pouvoir d'interprétation est incompatible avec l'idée que la section 3 n'affecte pas la validité de la

http://www.statutelawsociety.co.uk/wpcontent/uploads/2014/01/A_comparison_of_the_principle_of_legality_and_section_3_of_the_Human_Rights_Act_1998_Mr_Justice_Sales.pdf.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p.103: "Although judicial rectification of statutory words occurred before 1998, the HRA changes the constitutional context within which such a rectifying construction takes place. A rectification under section 3 is given a democratic pedigree since it is endorsed by Parliament in the 1998 Act."

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ *Ibid.*

disposition législative⁸⁴⁹. Sans aller jusque là, il a été dégagé en 2001 dans l'affaire *R v. A*⁸⁵⁰ et en 2004 dans l'affaire *Ghaidan*⁸⁵¹ que les juges peuvent clairement interpréter une loi pour la rendre conforme aux droits de la CEDH et cela même si le sens donné est manifestement contraire à l'intention du législateur exprimée dans la loi. La section 3 va donc plus loin que ce préconise le « *principe de légalité* » (« *Principle of Legality* ») qui avait été défini par Lord Hoffman dans l'arrêt *Simms*⁸⁵².

586. Dans la première jurisprudence, la Chambre des Lords a interprété la section 41 du *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999 afin de rendre possible l'admission de la preuve relative à une relation sexuelle précédente entre le défendeur et la victime. Cette admissibilité a été reconnue quand il y a nécessité d'assurer la conformité avec le droit à un procès équitable du défendeur. Lord Steyn affirmait que « *l'obligation interprétative sous la Section 3 de la loi de 1998 est forte. Elle s'applique alors même qu'il n'y a pas d'ambiguïté dans le langage, dans le sens où le langage est capable de deux significations différentes.* »⁸⁵³.

587. Dans la jurisprudence *Ghaidan*, le juge a interprété le mot « *époux* » contenu dans le *Rent Act* de 1977 afin d'y inclure les couples homosexuels. Le juge a donc fait une interprétation large. Lord Nicholls rappelait ainsi que, « *l'obligation interprétative édictée par la section 3 revêt un caractère inhabituel et de grande portée. La section 3 peut obliger un tribunal à s'écarter de la signification non ambiguë de la législation.* »⁸⁵⁴. Lord Steyn mettait d'ailleurs l'accent sur le fait que la mise en œuvre de la section 3 de la loi de 1998, permettait aux juridictions d'adopter « *une approche large se focalisant, entre autres choses, d'une manière téléologique sur l'importance du droit fondamental impliqué.* »⁸⁵⁵. Ce pouvoir

⁸⁴⁹ ALLAN T.R.S. "Parliament's Will and the Justice of the Common Law: The Human Rights Act in a comparative perspective", *Current Legal Problems Lecture*, 2006, vol. 59, issue 1, pp. 28-50, pp. 27-28 : "It is widely supposed, however, that section 3 authorizes –even demands– an interpretative approach that would otherwise be unprecedented and illegitimate. But it is hard to see how that view could be consistent with the preservation (by section 3(2)(b) of the HRA) of the validity of legislation incompatible with the Convention. (...)How can we both affirm Parliament's freedom to legislate inconsistently with the Convention and assert the right to give its enactments a special meaning to ensure compatibility?"

⁸⁵⁰ *R v. A*. [2001] UKHL 25.

⁸⁵¹ *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

⁸⁵² *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115: "In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual."

⁸⁵³ *R v. A*. [2001] UKHL 25, par. 44: "On the other hand, the interpretative obligation under section 3 of the 1998 Act is a strong one. It applies even if there is no ambiguity in the language in the sense of the language being capable of two different meanings."

⁸⁵⁴ *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, par. 30: "From this it follows that the interpretative obligation decreed by section 3 is of an unusual and far-reaching character. Section 3 may require a court to depart from the unambiguous meaning the legislation would otherwise bear."

⁸⁵⁵ *Ibid.*, par. 41 : "Section 3 requires a broad approach concentrating, amongst other things, in a purposive way on the importance of the fundamental right involved."

d'interprétation permet au juge d'être co-auteur de la législation et de s'affirmer en tant qu'intervenant dans le débat politique. Le juge a donc une marge de manœuvre importante quant à la loi qui serait contraire aux droits conventionnels et constitutionnels.

588. Les contours du pouvoir d'interprétation du juge au titre de la section 3 de la loi de 1998 sont encore aujourd'hui gouvernés par les principes dessinés par la jurisprudence *Ghaidan* rendue par la Chambre des Lords en 2004⁸⁵⁶. Il ressort de cette jurisprudence que la section 3(1) permet la « *rectification juridictionnelle des termes de la loi* », ce qui inclut la capacité reconnue au juge « *de modifier et de changer* » la signification de la loi⁸⁵⁷.

589. En plus d'enrichir le rôle constitutionnel des juges, cette section 3 profite également aux requérants et ainsi aux citoyens qui agissent en cette qualité. En effet, la création de cette disposition par le législateur offre aux requérants un outil supplémentaire pour obtenir la protection de ces droits constitutionnels. Cet outil supplémentaire est en plus efficace dans la mesure où il donne aux juges un pouvoir d'influence sur la signification de la loi qu'il n'a pas dans le cadre du *common law*.

590. L'impact de la section 3 sur la place des juges dans la justice constitutionnelle mérité néanmoins d'être relativisé. En effet, cette disposition entraîne un enrichissement limité du rôle constitutionnel des juges.

b) La section 3 : un enrichissement limité

591. Ces prérogatives ont néanmoins des limites selon la jurisprudence de 2004. La première est que l'interprétation conférée ne doit pas aller à l'encontre d'une « *caractéristique fondamentale* » de la loi, la seconde est que l'usage de ce pouvoir d'interprétation ne conduise pas les juges à prendre des décisions qui nécessiteraient une « *délibération législative* ».

592. La première de ces limites a été appliquée dans l'affaire *Wilkinson*, rendue par la Chambre des Lords en 2005, dans laquelle les juges ont refusé d'interpréter le terme

⁸⁵⁶ REED LANGEN Nicholas. "Is the Supreme Court More Interventionist?", *UK Constitutional Law Association*, 14th October 2020, [en ligne], [consultée le 14/11/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/10/14/nicholas-reed-langen-is-the-supreme-court-more-interventionist/> : "Much as with the above, the question here is not if the use of s.3 has seen the courts usurp the legislative role, but if the Supreme Court's use of the power has shifted since 2010. Once more, it would seem that it has not. The touchstone case for interpretation is still *Ghaidan v Godin-Mendoza*, where the House of Lords ruled that semantics and legislative intent were not absolute limits when interpreting the statute."

⁸⁵⁷ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 88: "(...), section 3(1) allows for (and may sometimes require) judicial rectification of statutory terms, which includes the ability to modify and change statutory meaning."

« widow », dans une loi relative aux taxes, comme pouvant aussi renvoyer aux « widower »⁸⁵⁸. En l'espèce, les juges refusèrent d'interpréter la section 262(1) de l'*ICTA (Income and Corporation Taxes Act)*, qui conférait aux veuves certaines prestations fiscales, comme englobant aussi le cas des veufs. Comme l'affirme Aileen Kavanagh, « *interpréter la section 262 de manière compatible avec les droits conventionnels aurait conduit à violer une caractéristique fondamentale du dispositif législatif (...)* »⁸⁵⁹. Sont alors posées des limites à l'influence exercée par le juge sur la législation.

593. Comme le souligne justement Terence McLeave, l'influence exercée par les juges sur la législation au nom de la section 3 du *HRA* dépend néanmoins de l'interprétation qu'en font les juges⁸⁶⁰. Plus ils l'interprètent extensivement et plus ils pourront influencer le sens de la législation et pourront affirmer leur place dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

594. Enfin, il semble que les juges aient fait un usage modéré de cette section 3 ces 8 dernières années, ce qui doit amener à nuancer l'enrichissement du rôle constitutionnel du juge. C'est ce que semblent indiquer les recherches entreprises par Florence Powell et Stéphanie Needleman, membres de l'organisation *Justice*. Selon cette étude, en 8 ans (1^{er} janvier 2013-31 décembre 2020), les juges n'ont utilisé que 25 fois la section 3 pour interpréter la législation qui, autrement, aurait été incompatible avec les droits de la Convention. Bien plus, il ressort de cette recherche que, dans la majorité des cas où la section 3 a été évoquée par les juges, celle-ci n'a pourtant pas été utilisée. Florence Powell et Stéphanie Needleman identifient 4 raisons expliquant l'inapplication par les juges de la section 3 : 1) le fait qu'utiliser la section 3 est vue par la juridiction comme un outrepassement de ses compétences institutionnelles (dans ce cas les juges préfèrent l'usage de la déclaration d'incompatibilité de la section 4), 2) le constat que la loi en question ne viole pas les droits de la Convention, 3) le fait que le juge pouvait parvenir

⁸⁵⁸ *Regina v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue (Respondents) ex parte Wilkinson (FC) (Appellant)* [2005] UKHL 30.

⁸⁵⁹ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act, op. cit.*, p. 93: "Therefore, to interpret section 262 compatibly with Convention rights would have violated a fundamental feature of the legislative scheme and turned the existing scheme inside out. (...) Therefore, following the two major limitations articulated in *Ghaidan*, the interpretation proposed in *Wilkinson* was not possible."

⁸⁶⁰ MC LEAVE Terence. « Judicial Discretion versus Restraint in the Realm of Human Rights: A Contextual Approach to the UK Human Rights Act 1998 », *Trinity College Law Review*, 2008, vol. 11, pp. 102-126, p. 104: "What is important to observe about this expression is that it is semantically ambiguous and as such any 'possible' interpretation will inevitably depend on the approach the judiciary adopts towards the interpretative obligation under section 3."

à une interprétation conforme de la législation en utilisant les méthodes ordinaires d'interprétation, 4) la volonté d'appliquer la section 6 plutôt que la section 3⁸⁶¹.

595. Florence Powell et Stéphanie Needleman soulignent en outre que, la section 3 n'est pas un outil utilisé pour contredire directement la volonté du Parlement mais davantage comme un moyen de régler des problèmes de rédaction de la loi qui n'avaient pas été anticipés par le législateur. La section 3 a également permis au juge d'inclure dans le champ d'application de la loi des circonstances factuelles non prévues initialement. C'était le cas dans la jurisprudence *Gilham* rendue en 2019, dans laquelle la Cour suprême étendait la protection offerte par la Partie IV de l'*Employment Rights Act* 1996 contre les dénonciations au cas d'un *District Judge*⁸⁶².

596. La section 3 n'est pas la seule arme conférée aux juges par la loi de 1998, la déclaration d'incompatibilité de la section 4 a également été mise en place. Cette section 4 s'avère innovante même si son efficacité peut, elle aussi, être tempérée.

2) La déclaration d'incompatibilité, relativement innovante et efficace

597. L'utilisation de la section 4 est subsidiaire de celle de la section 3⁸⁶³. Selon la section 4(2), « *si la juridiction est convaincue que la disposition est incompatible avec un droit conventionnel, elle peut alors faire une déclaration de cette incompatibilité.* »⁸⁶⁴. Seules certaines juridictions sont, selon la section 4(5), habilitées à émettre une telle déclaration : la

⁸⁶¹ POWELL Florence, NEEDLEMAN Stéphanie. "How radical an instrument is Section 3 of the Human Rights Act 1998?", *UK Constitutional Law Association*, 24th March 2021, [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2021/03/24/florence-powell-and-stephanie-needleman-how-radical-an-instrument-is-section-3-of-the-human-rights-act-1998/>: "Our primary observation is that s.3 is used infrequently. Over eight years we found only 25 cases where courts or tribunals had used s.3 to interpret legislation that would otherwise have been incompatible with Convention rights. In the majority of cases which mentioned s.3, it was not used for a variety of reasons including: (i) the court refused to use s.3 because to do so would go beyond its institutional competence (and therefore a declaration of incompatibility was issued or the subordinate legislation was disapplied instead); (ii) the legislation did not breach Convention rights; (iii) a Convention compliant interpretation could be reached using ordinary principles of statutory interpretation; or (iv) the court applied s.6 HRA instead (either where one party was a public body or to disapply subordinate legislation).".

⁸⁶² *Gilham v. Ministry of Justice* [2019] UKSC 44.

⁸⁶³ Notons néanmoins que le choix du juge se fait aussi en référence au pouvoir qu'il acquiert au regard de ces deux sections. Ainsi, comme la section 3 lui laisse *a priori* une marge de manœuvre bien plus importante dans la mesure où il participe explicitement à la détermination du sens de la disposition législative et s'affirme donc comme son co-auteur, le juge aura peut-être tendance à opter pour la section 4 si la question qui lui est soumise est d'une ampleur politique particulièrement importante. Sur ces deux sections voir. MEAT David. "David Meat: Talking about Dialogue", *UK Constitutional Law Group*, 15th September 2012, [en ligne], [consultée le 18 juin 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/09/15/david-meat-talking-about-dialogue/>.

⁸⁶⁴ *Human Rights Act* 1998, section 4(2): "if the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.".

Cour suprême, le *Judicial Committee of Privy Council*, la *Court Martial Appeal Court*, la *High Court of Judiciary* d'Écosse (siégeant autrement qu'en formation de jugement) ou la *Court of Session*, la *High Court* et la *Court of Appeal* d'Angleterre, du Pays de Galles et d'Irlande du Nord ou encore la *Court of Protection*⁸⁶⁵. Cette disposition est considérée comme devant s'appliquer en dernier ressort. Comme l'affirme Aileen Kavanagh, « dans la plupart des cas où les hautes juridictions ont émise une déclaration d'incompatibilité, la principale raison pour choisir cette technique plutôt qu'une interprétation au titre de la Section 3(1) était que les juges étaient réticents à s'engager dans des réformes législatives radicales »⁸⁶⁶, plutôt du ressort du Parlement.

598. Si la section 4 constitue théoriquement l'alliance d'un pouvoir juridictionnel d'influence (qui n'est là que pour orienter le représentant sans le lier) et d'un pouvoir de dernier mot des parlementaires (a), il en est autre dans la pratique, les représentants se trouvant contraints d'aller dans le sens des déclarations d'incompatibilités. La contrainte exercée ici a néanmoins ses imperfections. (b).

a) *La coexistence d'un pouvoir juridictionnel d'influence et d'un pouvoir parlementaire de dernier mot*

599. La section 4 offre au juge la possibilité de déclarer incompatible une loi primaire avec les droits contenus dans le *HRA* de 1998 ; mais elle ne lui permet pas de priver la loi d'effet ; c'est au Parlement et donc au gouvernement que revient cette liberté⁸⁶⁷.

600. L'autorité politique peut choisir de se mettre en conformité avec ce qui a été décidé par les juges et donc de corriger l'incompatibilité qui a été repérée, selon deux

⁸⁶⁵ *Human Rights Act 1998*, section 4(5): "In this section 'court' means—[F1(a)the Supreme Court;] (b)the *Judicial Committee of the Privy Council*; (c)the [F2*Court Martial Appeal Court*] ; (d)in Scotland, the *High Court of Judiciary* sitting otherwise than as a trial court or the *Court of Session*; (e)in England and Wales or Northern Ireland, the *High Court* or the *Court of Appeal*. [F3(f)the *Court of Protection*, in any matter being dealt with by the *President of the Family Division*, the [F4*Chancellor of the High Court*] or a puisne judge of the *High Court*.]".

⁸⁶⁶ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, op. cit., p. 133: "In many of the cases where the higher courts have issued a declaration of incompatibility, the main reason for choosing this over a section 3(1) interpretation was that judges are reluctant to engage in radical statutory reform which would be more appropriate for Parliament to undertake."

⁸⁶⁷ FLAUSS Jean-François. "Human Rights Act – 1998: Kaléidoscope", *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, vol. 4, n°48, pp. 695-703. Pour cet auteur, la section 4 et l'absence d'un pouvoir juridictionnel de suspendre l'application d'une loi témoignaient d'un modèle britannique de justice constitutionnelle relativement inclassable.

procédures : la procédure législative ordinaire ou l'adoption de *remedial orders* prévus à la section 10(2)⁸⁶⁸ de la loi de 1998. L'annexe 2 au *HRA* 1998 prévoit en effet deux procédures permettant au gouvernement d'émettre un *remedial order*, ce dernier devant nécessairement prendre la forme d'un instrument législatif. En effet, le « *remedial order* » est « *une forme de législation subordonnée qui peut amender une norme contenue dans une législation primaire* »⁸⁶⁹.

601. La première procédure est la procédure dite « *standard* » et la seconde est la procédure dite « *alternative* ». Quand le gouvernement opte pour la première, il se doit de déposer un projet de « *remedial order* » devant le Parlement dans un délai de 60 jours, accompagné d'une explication quant à l'incompatibilité et d'une déclaration quant au choix de la procédure.

602. Quand le gouvernement opte pour la seconde, il peut émettre le « *remedial order* » avant de le présenter au Parlement : la procédure d'amendement se fait alors « *totalemment en dehors du processus parlementaire qui est celui emprunté pour l'adoption de la législation primaire* »⁸⁷⁰. Jusqu'ici le gouvernement a, comme l'observe Aileen Kavanagh montré sa préférence pour la procédure dite « *standard* »⁸⁷¹.

603. Le gouvernement peut, enfin et par ailleurs, décider d'ignorer la décision de justice et de maintenir la loi contestée.

604. En théorie, le *HRA* de 1998 mettrait en place un « *contrôle juridictionnel faible* » (*weak form review*) qui s'opposerait au « *contrôle juridictionnel fort* » (*strong form review*), cette opposition ayant été théorisée par Mark Tushnet⁸⁷². La première forme de contrôle juridictionnel correspondrait mieux aux systèmes constitutionnels qui l'ont adoptée, à savoir selon Mark Tushnet, le Royaume-Uni, le Canada et la Nouvelle-Zélande, dans la mesure où ils sont désireux de préserver le principe de suprématie du Parlement. L'objectif est de donner au Parlement (et donc aussi au gouvernement) un pouvoir de « *dernier mot* », c'est-à-dire un

⁸⁶⁸ *Human Rights Act* 1998, section 10: « *If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility* ».

⁸⁶⁹ BARBÉ Vanessa. « Le Human Rights Act 1998 et la souveraineté parlementaire », *op. cit.*, pp. 117-145.

⁸⁷⁰ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *op. cit.*, p. 11: « *The alternative procedure allows the Minister to make the order before laying it before Parliament, thus taking the amendment totally outside the parliamentary process which would normally be required for primary legislation.* ».

⁸⁷¹ *Ibid.*: « *So far, the government has shown a clear preference for using the standard procedure* ».

⁸⁷² TUSHNET Mark. « Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures », *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2004, vol. 2, n°1, pp. 7-24.

pouvoir de régler la question de l'incompatibilité de la loi en question comme il le souhaite. La reconnaissance d'un pouvoir de contrôle des juges combinée avec un « *dernier mot* » laissé aux autorités publiques désignées par le peuple (gouvernement, Parlement) permettrait de concilier l'idée d'un contrôle juridictionnel de la loi avec une légitimité démocratique⁸⁷³.

605. Cette idée est au cœur du « *Modèle du Commonwealth de Constitutionnalisme* », dont l'objectif est, selon Stephen Gardbaum, de concilier les avantages de la suprématie du Parlement et ceux de la suprématie juridictionnelle et d'éviter les inconvénients de ces deux systèmes⁸⁷⁴. C'est la prégnance de l'idée selon laquelle la protection des droits est le fait d'un « *dialogue* » entre représentants et juges. Cette théorie du dialogue, initiée en 1997 par Hogg et Bushell, signifie qu'une décision judiciaire peut être remise en cause, modifiée ou ignorée par une législature⁸⁷⁵.

606. Pour Emmett Macfarlane, cette idée de dialogue revêt quatre dimensions⁸⁷⁶ : une dimension descriptive (sur l'état des relations entre juges et représentants), une dimension éducative et communicative (le dialogue nécessitant une écoute réciproque des juges et des représentants), une dimension relative à la culture des droits présente dans un pays (par l'idée que le dialogue vise à propager dans les institutions représentatives démocratiques la conscience de l'importance des droits) et une dimension prescriptive (quand les auteurs se servent du concept de dialogue pour indiquer les comportements que les représentants ou les juges doivent adopter).

607. Si en théorie, la section 4 se veut être l'expression d'un constitutionnalisme innovant, cela mérite d'être relativisé. Plus qu'un dialogue, cette disposition permet en fait aux juges de faire peser une véritable contrainte sur les représentants, même si cette dernière demeure imparfaite.

b) La section 4, une contrainte imparfaite des juges sur les représentants

⁸⁷³ *Ibid.* Sur ce point voir aussi HIEBERT Janet L. "Parliamentary Bills of Rights: An alternative Model, *Modern Law Review*, 2006, vol. 69, n°1, pp. 7-28.

⁸⁷⁴ GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism- Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 262 p. Voir aussi. GARLICKY Lech. "La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/ développements récents", *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, vol. 2, n°78, pp.227-246.

⁸⁷⁵ HOGG V. Peter, BUSHELL A. Alison. "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)", *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, vol. 35, n°1, pp. 75-124., p. 79: "Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue".

⁸⁷⁶ MC FARLANE Emmett. "Conceptual Precision and Parliamentary Systems of Rights: Disambiguating "Dialogue", *Review of Constitutional Studies*, 2012, vol. 17, issue 2, pp. 73-100.

608. En pratique, le « *contrôle juridictionnel faible* » ou encore l'idée de « *dialogue* » ont l'allure de mécanismes dans lesquels les juges jouent un rôle bien plus influent que prévu⁸⁷⁷. Les autorités publiques se sentent plutôt obligées de se conformer à la décision rendue par les juridictions. Ainsi, si en théorie ce mécanisme de déclaration d'incompatibilité a pu être décrit, notamment par Stephen Gardbaum, comme un élément d'identification et donc de spécificité du « *modèle de constitutionnalisme du Commonwealth* », il se révèle, en pratique, pas si différent des pouvoirs d'invalidation ou d'annulation, dans la mesure où les deux amènent les autorités publiques à se conformer à la décision d'un juge⁸⁷⁸.

609. La section 4 est donc un outil de responsabilisation constitutionnelle du gouvernement efficace dans la mesure où il se sent contraint d'agir dans le sens de la préservation des droits. Cette disposition peut, en outre, être vue comme un prolongement de la logique de la responsabilité constitutionnelle du gouvernement propre à la jurisprudence des droits et lois constitutionnels de *common law*. Ainsi, dans les deux cas, l'intervention du juge contraint le gouvernement et l'oblige à afficher clairement sa volonté de violer des droits. Dans la jurisprudence de *common law*, le représentant peut enfreindre des droits s'il l'affirme clairement dans la loi. Dans le cadre de la section 4, il demeure libre de ne pas se conformer à une déclaration d'incompatibilité. La section 4 (comme les droits et lois constitutionnels) sont en fait des outils pour accroître le poids de l'opinion publique sur la prise de décision constitutionnelle.

610. Ainsi, sur les 42 déclarations d'incompatibilité⁸⁷⁹ émises entre 2001 et 2018-2019, toutes ont, soit été rejetées en appel par les juridictions, soit suivies d'effet par le gouvernement par le biais de réformes législatives adéquates. La désobéissance frontale du gouvernement à une déclaration d'incompatibilité ne fait donc pas, pour l'instant, partie de

⁸⁷⁷ KAVANAGH Aileen. « What's so Weak About 'Weak Form Review'? The Case of the Human Rights Act 1998 », *International Journal of Constitutional Law*, vol.13, issue 4, 2015, pp. 1008–1039, p. 1110: Selon l'auteur l'opposition entre « *contrôle juridictionnel faible* » et « *contrôle juridictionnel fort* » se focalise de manière excessive sur les caractéristiques constitutionnelles des systèmes considérés mais s'éloigne de la manière dont ces caractéristiques sont mises en œuvre.

⁸⁷⁸ CRAWFORD Christopher. « Dialogue and Declarations of Incompatibility under Section 4 of the Human Rights Act 1998 », *The Denning Law Journal*, 2013, vol. 25, n°1, pp. 43-89, p. 43: « *There have been 18 cases in which declarations have become final. This article considers those 18 cases and their legislative aftermaths. It reveals, (...) thirdly, that parliament has no real freedom to disagree with the conclusions of the courts on questions of rights when a declaration has been made.* ».

⁸⁷⁹ Ministry of Justice. *Responding to Human Rights Judgments – Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to Human Rights judgments 2018-2019*, October 2019, 71 p.

l'histoire. Parmi ces 42 déclarations d'incompatibilité, 11 ont été appliquées par l'introduction de législations primaires ou secondaires (autres que des *remedial orders*).

611. C'était le cas par exemple dans la jurisprudence *Steinfeld and Keidan* rendue par la Cour suprême en 2018⁸⁸⁰. En l'espèce les juges ont déclaré les sections 1 et 3 du *Civil Partnership Act 2004* incompatibles avec les articles 14 et 8. Cette déclaration a conduit le gouvernement à faire adopter le *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc.) Act 2019* afin de permettre aux couples de sexe opposé de contracter une union civile.

612. Parmi les 42 déclarations d'incompatibilité, 6 ont été appliquées par le biais des *remedial orders*, utilisés par exemple dans la jurisprudence *Z (A Child) (No 2)* rendu par la *High Court* en 2016⁸⁸¹. En l'espèce, la juridiction confirmait les arguments des avocates du requérant selon laquelle la section 54 du *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* était incompatible avec les articles 8 et 14 en ce qu'elle constituait « une ingérence discriminatoire dans les droits des personnes seules à la vie privée et familiale »⁸⁸². Pour y remédier, le gouvernement décida de modifier la loi de 2008 par *remedial order* afin de permettre à « un demandeur unique d'obtenir la parentalité légale après un accord de maternité de substitution »⁸⁸³.

613. Ces chiffres confirment le propos d'Aileen Kavanagh qui, en 2009, rappelait qu'il n'existe pas de cas dans lesquels le Parlement ou le gouvernement se sont considérés comme « juridiquement et politiquement libres d'ignorer une déclaration d'incompatibilité »⁸⁸⁴. Comme l'observait Rivka Weill « le Canada et la Grande-Bretagne ont développé des versions fortes du constitutionnalisme en dépit de leurs textes constitutionnels »⁸⁸⁵. De fait, une déclaration d'incompatibilité produirait des effets

⁸⁸⁰ *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v. Secretary of State for the International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent)* [2018] UKSC 32.

⁸⁸¹ *Z (A Child) (No 2)* [2016] EWHC 1191 (Fam).

⁸⁸² *Ibid.*, par.4: “Then, as now, the father was represented by Miss Elizabeth Isaacs QC and Mr Adem Muzaffer, instructed by Miss Natalie Gamble of Natalie Gamble Associates. I summarised their argument as follows (Re Z, paras 18-19): ‘Fundamentally, says Miss Isaacs, the objection to the requirement in section 54(1) of the 2008 Act that an application for a parental order can be made only by two people is that this is a discriminatory interference with a single person's rights to private and family life, which is therefore inconsistent with articles 8 and 14 of the Convention.’”; par. 5: “I have been prepared to assume for the purposes of this judgment the correctness of Miss Isaacs's submissions based on articles 8, 12 and 14 of the Convention and of the propositions which she seeks to derive from them.”.

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 455 p., p. 283: “In no case has Parliament or Government announced that they are legally and politically free to ignore a declaration of incompatibility and plan to do so”.

⁸⁸⁵ WEILL Rivka. « The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making », *The American Journal of Comparative Law*, 2014, vol. 62, issue 4, pp. 127-

contraignants d'ordre extra-juridictionnel sur la loi, elle va influencer directement l'opération de confection de la loi.

614. C'est ainsi, comme le note Aileen Kavanagh, que selon une interprétation commune de cette section 4, si le gouvernement et le Parlement n'ont pas l'obligation juridique d'amender la législation pour résoudre l'incompatibilité décelée par un juge, il leur est « *politiquement* » très difficile de passer outre. « *Le prix politique qui risque de découler de cette résistance est un prix trop important pour n'importe quel gouvernement* »⁸⁸⁶. Ici encore, cette logique est celle déjà présente dans la jurisprudence relative aux lois et aux droits constitutionnels de *common law*, elle est celle de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants.

615. La contrainte exercée par le juge sur le représentant au titre de la section 4 mérite néanmoins d'être relativisée. En effet, les juridictions n'ont pas fait un usage massif de cette disposition dans la mesure où il n'y a eu qu'une quarantaine de déclarations en l'espace d'une vingtaine d'années. Bien plus, environ 10% de ces déclarations n'ont eu aucune influence sur la législation dans la mesure où, après avoir été utilisées par une juridiction, elles ont été cassées par une juridiction inférieure. Enfin, la déclaration d'incompatibilité n'a jamais été une arme très utilisée par la juridiction suprême, qu'il s'agisse du Comité d'appel de la Chambre des Lords ou de la Cour suprême. La section 4 ne fait donc pas partie des dispositions qui permettent de démontrer la puissance de la Cour suprême. Au 25 mars 2021 et depuis sa création, le 1^{er} octobre 2009, la juridiction n'a prononcé que 3 déclarations dans les jurisprudences *Johnson*⁸⁸⁷ en 2016, *Steinfeld*⁸⁸⁸ en 2018 et *Siobahn Mclaughlin*⁸⁸⁹ la même année.

616. Enfin, même si la pratique semble confirmer la réalité selon laquelle les représentants rechignent à s'opposer à une décision de justice décelant une incompatibilité, ils conservent néanmoins la liberté de la corriger comme ils le souhaitent. Les représentants sont libres de déterminer le contenu du *remedial order* ou de la législation primaire/secondaire qui

170, p. 129: "One of the limitations of the new Commonwealth model of constitutionalism is that it cannot explain why some countries that belong to this model have developed de facto strong constitutionalism, while others developed a weak-form. Thus for example, Canada and Britain developed strong constitutionalism despite their constitutional text."

⁸⁸⁶ KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, op. cit.

⁸⁸⁷ *R (on the application of Johnson) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2016] UKSC 56.

⁸⁸⁸ *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v. Secretary of State for the International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent)* [2018] UKSC 32.

⁸⁸⁹ *In the matter of an application by Siobhan Mclaughlin for Judicial Review (Northern Ireland)* [2018] UKSC 48.

viendra supprimer l'incompatibilité. Cela constitue également une sorte de pouvoir de dernier mot dans l'exercice de la justice constitutionnelle, qui consiste à déterminer les conditions pratiques permettant l'application et la protection d'un droit constitutionnel. Les représentants ont la liberté de concrétiser un droit fondamental selon les modalités procédurales qu'ils déterminent.

617. Dans la pratique, il semble que les représentants (membres du gouvernement – parlementaires) n'aient pas toujours utilisé, à bon escient, ce pouvoir de dernier mot dans le débat parlementaire sur la question constitutionnelle. Stephen Gardbaum, en 2013, constatait que « *plusieurs réponses parlementaires apparaissent minimales ou questionnables* »⁸⁹⁰ pour corriger de manière suffisante l'incompatibilité décelée par les juridictions. Dans certaines situations, les déclarations d'incompatibilité ont néanmoins conduit à des débats législatifs de haute qualité selon Stephen Gardbaum. L'auteur évoque alors les débats qui entourèrent le *Mental Health Bill* 2007⁸⁹¹. Ces débats portaient alors sur les procédures/les mesures les plus adéquates pour corriger l'incompatibilité relevée par le juge. Ils portaient sur la procédure nécessaire pour corriger l'incompatibilité décelée avec l'article 8 de la CEDH⁸⁹². La discussion parlementaire se concentrait donc sur la manière la plus adéquate de garantir la protection d'un droit mis en cause par une législation.

618. La loi de 1998 a eu des effets sur la place du juge dans la justice constitutionnelle. En plus de lui conférer de nouvelles prérogatives de contrôle, elle lui a permis de mettre en place une nouvelle intensité de contrôle par le biais du contrôle de proportionnalité.

B) La nouvelle intensité de contrôle : le contrôle de proportionnalité et ses limites

619. La loi de 1998 a entraîné une juridictionnalisation en accentuant le contrôle judiciaire sur les actes de législation secondaire ou de législation primaire. En effet, comme il a été vu précédemment, la section 2(1)⁸⁹³ de ladite loi dispose que les juges doivent prendre en

⁸⁹⁰ GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, op. cit., p. 176: “Despite the official record of remedied declarations, several of the parliamentary responses appear ‘minimal’ or questionable as to whether they sufficiently address the incompatibility found by the courts.”.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 178 : “In addition to the issue of whether to respond to a declaration of incompatibility, there have been several principled, high-quality legislative debates on how to resolve judicially determined incompatibilities, (...)”.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ *Human Rights Act* 1998, section 2(1): “A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—(a) judgment, decision, declaration or advisory

compte la jurisprudence des organes de Strasbourg quand ils tranchent un litige dans lequel est impliqué un droit conventionnel contenu dans le *HRA*. C'est donc par le biais de cette disposition que les juges ont pu introduire dans le droit britannique le contrôle de proportionnalité, qui s'applique non seulement aux actes de législation secondaire qui iraient à l'encontre d'un droit conventionnel, mais aussi aux actes de législation primaire votés par le Parlement de Westminster. La loi de 1998 a ainsi conduit à un accroissement du rôle constitutionnel des juges qui sont désormais en mesure d'influer davantage sur la détermination du sens de la loi. Avec ce type de contrôle, les juridictions prennent encore davantage leur part dans l'opération de confection des lois. Le rôle politique du juge en ressort renforcé. Le contrôle de proportionnalité a donc aussi des répercussions sur l'agencement de la séparation des pouvoirs et l'ordre constitutionnel.

620. Le *HRA* contribue au renforcement du rôle du juge car il lui donne l'occasion de faire usage d'un type de contrôle plus large et intrusif, lui offrant une plus grande emprise sur les décisions prises par les représentants (1). Cette emprise a néanmoins ses limites, reconnues et appliquées par le juge lui-même. Elles résident principalement dans la déférence des juridictions à l'égard des décisions portant sur des sujets sensibles (2).

1) Le HRA et l'instauration du contrôle de proportionnalité

621. Le contrôle de proportionnalité a été consacré dans la décision *Daly*⁸⁹⁴ rendue par la Chambre des Lords en 2001. En l'espèce Mr. Daly, qui était un prisonnier, contestait une des mesures prises par le *Home Secretary* en vertu de la section 47(1) du *Prison Act* de 1952, et qui exigeait que le prisonnier soit absent quand les agents de la prison examinaient sa correspondance. Le requérant affirmait qu'une telle mesure allait à l'encontre d'un droit fondamental reconnu par le *common law* et par la CEDH. Lord Steyn, qui fut suivi par les autres Lords, affirma alors la nécessité d'adopter un contrôle plus approfondi quand les droits conventionnels sont en cause : un contrôle de proportionnalité.

opinion of the European Court of Human Rights, (b)opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention, (c)decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or (d)decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention, whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.”.

⁸⁹⁴ *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26.

622. Lord Steyn, après avoir rappelé qu'il existe un « *chevauchement entre les motifs traditionnels de judicial review et l'approche de la proportionnalité* »⁸⁹⁵, précise les trois différences entre le contrôle de proportionnalité et celui -étudié au premier titre de cette thèse- d'*anxious scrutiny*. La première différence est que contrairement à l'*anxious scrutiny* -qui exige de se demander si l'équilibre trouvé par les autorités entre les droits des individus et les intérêts concurrents fait partie des possibilités rationnelles offertes au décideur- ; le contrôle de proportionnalité implique de se demander si l'équilibre trouvé est le bon⁸⁹⁶. La deuxième différence réside dans le fait que l'*anxious scrutiny* ne justifie pas que le juge établisse le poids relatif des différents intérêts et des différentes considérations en jeu⁸⁹⁷. La dernière différence entre ces contrôles, s'explique par le fait que celui de l'*anxious scrutiny* n'exige pas de se poser la question de savoir si la limitation dépasse ce qui est nécessaire dans une société démocratique⁸⁹⁸.

623. Une définition du contrôle de proportionnalité a été donnée par Lord Clyde, dans la décision *Freitas* rendue par le *Privy Council* en 1999, qui proposait à ce titre un contrôle en trois temps⁸⁹⁹. Dans un premier temps, il faut se demander si « *l'objectif poursuivi par le législateur est suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit fondamental (...), si les mesures adoptées pour remplir les objectifs de la législation sont connectées à eux de manière rationnelle (...), si les moyens utilisés pour porter atteinte au droit ou à la liberté ne sont pas plus restrictifs que nécessaires pour accomplir l'objectif législatif* »⁹⁰⁰. Plus récemment dans la jurisprudence *Nicklinson* rendue en 2008 par la Chambre des Lords, Lord Neuberger résuma ce contrôle de proportionnalité par quatre questions, très similaires aux propos de Lord Clyde : « *a) l'objectif législatif est-il suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit fondamental ? b) les mesures qui ont été conçues pour l'atteindre ont-elles*

⁸⁹⁵ *Ibid.*, par. 27: “*The starting point is that there is an overlap between the traditional grounds of review and the approach of proportionality.*”.

⁸⁹⁶ *Ibid.*: “*First, the doctrine of proportionality may require the reviewing court to assess the balance which the decision maker has struck, not merely whether it is within the range of rational or reasonable decision*”.

⁸⁹⁷ *Ibid.*: “*Secondly, the proportionality test may go further than the traditional grounds of review inasmuch as it may require attention to be directed to the relative weight accorded to interests and considerations*”.

⁸⁹⁸ *Ibid.*: “*In other words, the intensity of the review, in similar cases, is guaranteed by the twin requirements that the limitation of the right was necessary in a democratic society, in the sense of meeting a pressing social need, and the question whether the interference was really proportionate to the legitimate aim being pursued.*”.

⁸⁹⁹ *De Freitas v. The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands, and Housing and Others (Antigua and Barbuda)* [1998] UKPC 30.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, par. 25: “*In determining whether a limitation is arbitrary or excessive he said that the Court would ask itself:- whether: (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective.*”.

un lien rationnel avec celui-ci ? c) ne vont-elles pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ? d) établissent-elles un juste équilibre entre les droits de l'individu et les intérêts de la collectivité ?”⁹⁰¹.

624. La décomposition du contrôle de proportionnalité en quatre questions a été depuis 2008, confirmée par la jurisprudence. Elle l’a été dans la jurisprudence *Aguilar Quila* rendue par la Cour suprême en 2011⁹⁰², ou encore dans l’arrêt *Bank Metal* rendu en 2013 par la même juridiction⁹⁰³. Dans cette dernière jurisprudence, Lord Sumption précisait que le test de proportionnalité des quatre questions était le résultat de l’adaptation et de l’application du test de la jurisprudence *Freitas* par les jurisprudences postérieures⁹⁰⁴. En 2014, dans la jurisprudence *Carlile* rendue par la Cour suprême, Lady Hale insistait sur le caractère consacré en droit britannique de ces quatre questions pour procéder au contrôle de proportionnalité⁹⁰⁵. La même année dans l’arrêt *Miranda* rendu par la *High Court*, Lord Justice Laws rappela également les quatre questions constitutives du contrôle de proportionnalité⁹⁰⁶. Plus récemment,

⁹⁰¹ *R (on the application of Nicklinson and another) (AP) (Appellants) v. Ministry of Justice (Respondent)*, [2014] UKSC 38: “(a) is the legislative objective sufficiently important to justify limiting a fundamental right?; (b) are the measures which have been designed to meet it rationally connected to it?; (c) are they no more than are necessary to accomplish it?; and (d) do they strike a fair balance between the rights of the individual and the interests of the community?”.

⁹⁰² *R (on the application of Quila and another) (FC) (Respondents) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2011] UKSC 45, par. 45: “It is within this question that an assessment of the amendment’s proportionality must be undertaken. In *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] 2 AC 167, Lord Bingham suggested, at para 19 that in such a context four questions generally arise, namely: a) is the legislative objective sufficiently important to justify limiting a fundamental right? b) are the measures which have been designed to meet it rationally connected to it? c) are they no more than are necessary to accomplish it? d) do they strike a fair balance between the rights of the individual and the interests of the community?”.

⁹⁰³ *Bank Mellat (Appellant) v. Her Majesty’s Treasury (Respondent)* [2013] UKSC 38 and 39.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, par. 20 : “The requirements of rationality and proportionality, as applied to decisions engaging the human rights of applicants, inevitably overlap. The classic formulation of the test is to be found in the advice of the Privy Council, delivered by Lord Clyde, in *De Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69 at 80. But this decision, although it was a milestone in the development of the law, is now more important for the way in which it has been adapted and applied in the subsequent case-law (...)”.

⁹⁰⁵ *R (on the application of Lord Carlile of Berriew QC and others) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2014] UKSC 60, par. 98 : “This is what we now call proportionality. In this country, we have broken this down into four sub-questions, recently articulated by Lord Wilson in *R (Aguilar Quila) v Secretary of State for the Home Department (AIRE Centre intervening)* [2012] 1 AC 621, at para 45, and repeated in substantively identical terms by Lord Sumption and Lord Reed in *Bank Mellat v. Her Majesty’s Treasury (No 2)* [2014] AC 700, at paras 20 and 74”.

⁹⁰⁶ *Miranda v. Secretary of State for the Home Department & Ors* [2014] EWHC 255 (Admin), par. 39 : “Lord Sumption indicated that these four points summarised the way in which later cases ‘had adapted and applied’ the classic statement of the proportionality principle by the Privy Council in *De Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69 at 80. There Lord Clyde said that the court should ask itself: ‘whether: (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective.’”.

dans la jurisprudence *Steinfeld and Keidan* rendue par la Cour suprême en 2018, Lord Kerr confirmait l'analyse de la proportionnalité d'une disposition par l'étude des quatre questions⁹⁰⁷.

625. Néanmoins, et comme l'a souligné Aurélie Duffy-Meunier « *si le contrôle de proportionnalité s'est imposé dans le champ d'application du HRA, il ne s'est pas étendu aux autres contentieux* »⁹⁰⁸. Le juge est donc, théoriquement, en mesure d'influer davantage la politique menée par l'État dans le contentieux du *HRA* que dans les autres contentieux. En effet, pour le contentieux du *judicial review* qui ne concerne pas les droits conventionnels, l'outil utilisé par le juge pour contrôler la mesure litigieuse est le contrôle *Wednesbury*, renforcé en cas de remise en cause d'un droit ou d'une liberté de *common law*.

626. Il est remarquable que le contrôle de proportionnalité soit utilisé également quand est contestée la compatibilité d'une loi votée par le Parlement de Westminster avec les droits conventionnels dans le cadre de la section 4 de la loi de 1998. Cela a été le cas dans l'affaire *International Transport Roth GmbH*⁹⁰⁹. En l'espèce, un dispositif d'amende a été déclaré incompatible avec l'article 6(2) de la CEDH car il constituait une atteinte disproportionnée au droit de garder le silence et à la présomption d'innocence.

627. L'apparition et le développement du contrôle de proportionnalité signifie bien une reconfiguration des frontières entre autorités juridictionnelles et non juridictionnelles dans la protection des règles constitutionnelles. La marge de manœuvre des premières a été amplifiée à l'aune de leur pouvoir d'examiner les répercussions constitutionnelles des politiques menées. Cette amplification a néanmoins ses limites, consistant principalement en l'application de la théorie de la déférence par les juridictions.

2) *La limitation du rôle politique du juge et la théorie de la déférence*

⁹⁰⁷ *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v. Secretary of State for the International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent)* [2018] UKSC 32, par. 41 : "The four-stage test designed to establish whether an interference with a qualified Convention right can be justified is now well-established. The test and its four stages were conveniently summarised by Lord Wilson in *R(Aguilar Quila) v Secretary of State for the Home Department*[2011] UKSC 45;[2012] 1 AC 621, para 45. They are (a) is the legislative objective (legitimate aim) sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (b) are the measures which have been designed to meet it rationally connected to it; (c) are they no more than are necessary to accomplish it; and (d) do they strike a fair balance between the rights of the individual and the interests of the community? (See also Lord Reed at para 75 of *Bank Mellat v. HM Treasury (No2)*[2014] AC 700 and Lord Sumption in the same case at para 20).".

⁹⁰⁸ DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 178.

⁹⁰⁹ *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 158.

628. La théorie de la déférence dans le cadre du *HRA* 1998 a été nourrie par la notion de « sphère discrétionnaire de jugement », expression des frontières entre juges et représentants dans la justice constitutionnelle (a). Les frontières que représentent la déférence sont néanmoins mouvantes, dépendantes des acceptions juridictionnelles (b).

a) La « sphère discrétionnaire de jugement », une expression des frontières entre juges et représentants

629. Si les juges ont acquis de précieuses prérogatives pour influencer sur les fonctions législative et exécutive, cette autorité connaît cependant des limites. Les juridictions se sont en effet autolimitées en mettant en pratique la doctrine de la déférence⁹¹⁰. « *L'application du HRA a posé le problème de l'applicabilité de la doctrine européenne de la marge nationale d'appréciation puisque les juges doivent, au titre de la section 2(1) du HRA tenir compte de la jurisprudence des organes de la CEDH. Les Lords ont d'emblée exclu l'idée de l'application de la doctrine de la marge nationale d'application en droit interne, mais ils ont reconnu un principe comparable, adapté à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité dans l'ordre juridique interne, à savoir la 'sphère discrétionnaire de jugement' »*⁹¹¹.

630. Cette doctrine de la « sphère discrétionnaire de jugement » a été mise en œuvre dans la décision *Kebilene* rendue par la Chambre des Lords en 2000⁹¹². Le principe de la « sphère discrétionnaire de jugement » est résumé en quelques lignes par Lord Hope : « *Dans certaines circonstances, il conviendra que les tribunaux reconnaissent qu'il existe un domaine de jugement dans lequel le pouvoir judiciaire s'en remettra, pour des raisons démocratiques, à l'opinion réfléchie de l'organe élu ou de la personne dont l'acte ou la décision est jugé incompatible avec la Convention.* »⁹¹³. Lord Hope poursuit en précisant les domaines dans lesquels cette doctrine s'appliquera et dans quels autres les juges seront moins enclins à y avoir

⁹¹⁰ KLUG Francesca. "Judicial Deference under the Human Rights Act 1998", *European Human Rights Law Review*, 2003, vol. 2, pp. 125-133.

⁹¹¹ DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 358.

⁹¹² *Regina v. Director of Public Prosecutions Ex Parte Kebeline and Others (On Appeal From a Divisional Court of The Queens Bench Division)* [1999] UKHL 43.

⁹¹³ *Ibid.*: "In some circumstances it will be appropriate for the courts to recognise that there is an area of judgment within which the judiciary will defer, on democratic grounds, to the considered opinion of the elected body or person whose act or decision is said to be incompatible with the Convention."

recours. Ainsi, les juges feront usage de la « *sphère discrétionnaire de jugement* » quand « *les questions en jeu sont des questions de politique sociale ou économique* », quand « *la Convention elle-même exige un équilibre* » ou encore quand le droit en question est un droit conditionnel⁹¹⁴. Au contraire, les juges seront moins déférents quand « *les droits revêtent une grande importance constitutionnelle* » ou ceux pour lesquels « *les tribunaux sont particulièrement bien placés pour évaluer le besoin de protection.* »⁹¹⁵.

631. La déférence est un élément essentiel du rapport de force qui lie les juges aux représentants élus⁹¹⁶. Elle est un élément caractérisant le respect que les juges nourrissent à l'égard du gouvernement et du Parlement, respect sans lequel le rapport de force se transformerait en domination unilatérale des juges ou des représentants. La déférence est également une expression de la fameuse double nature du constitutionnalisme et de la nécessité pour assurer ce dernier d'assurer la sécurité de la population. La déférence est donc aussi l'indication des faiblesses du constitutionnalisme, et de la menace que représentent des mesures disproportionnées.

632. Concrètement, dans une affaire impliquant des considérations de droits et libertés, la déférence d'un juge peut s'illustrer, selon Cora Chan⁹¹⁷, à différents niveaux : celui de la définition apportée aux droits en question⁹¹⁸ ; celui de la norme régissant la justification⁹¹⁹,

⁹¹⁴ *Ibid.*: « *It will be easier for such an area of judgment to be recognised where the Convention itself requires a balance to be struck, much less so where the right is stated in terms which are unqualified. It will be easier for it to be recognised where the issues involve questions of social or economic policy (...)* ».

⁹¹⁵ *Ibid.*: « *(...)much less so where the rights are of high constitutional importance or are of a kind where the courts are especially well placed to assess the need for protection.* ».

⁹¹⁶ SALES Philip, EKINS Richard. « Rights-Consistent Interpretation and the Human Rights Act 1998 », *Law Quarterly Review*, 2011, vol. 127, pp. 217-238. Pour ces auteurs, la déférence et la sphère discrétionnaire de jugement représentent le point d'articulation ultime entre la prise de décision par les représentants et la prise de décisions par les juridictions : « *We suggest that in the context of the Convention rights set out in the HRA it is the concept of the margin of appreciation and its domestic analogue (the discretionary area of judgment 3 or, if one must use the term, the concept of deference 4) which mediates between decision-making by the legislature, as the principal democratic institution, and decision-making by the courts.* ».

⁹¹⁷ CHAN Cora. « A Preliminary Framework for Measuring Deference in Rights Reasoning », *International Journal of Constitutional Law*, 2016, vol. 14, n°4, pp. 851-882.

⁹¹⁸ *Ibid.*, pp. 862-863 : Du point de vue de la définition du droit, la décision du juge sera considérée comme « *non déférentielle* » « *si le juge rejette la définition du droit en question par le gouvernement et son application aux faits, ou s'il accepte la définition et l'application mais donne une justification suffisante sur le fond de la raison pour laquelle la position du gouvernement est préférée.* ». Au contraire, la décision d'un juge sera considérée comme « *hautement déférentielle* » « *si le juge accepte à la fois la définition du droit par le gouvernement et son application de la définition sans donner de justification suffisante sur le fond quant aux raisons pour lesquelles la position du gouvernement est préférée.* ». Entre les deux, une décision sera considérée comme « *moyennement déférentielle* » « *si le juge accepte soit que le gouvernement défie le droit, soit qu'il applique la définition aux faits sans donner de justification suffisante sur le fond quant aux raisons pour lesquelles la position du gouvernement est préférée.* ».

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 865 : Du point de vue de la norme régissant la justification, la décision du juge sera considérée comme « *non déférentielle* » « *si le juge soumet la limitation des droits à toutes les étapes applicables du test de proportionnalité (...)* et exige la preuve des faits à chaque étape ». Au contraire, la décision du juge sera considérée comme « *hautement déférentielle* » « *si le juge dilue la norme à plus d'une étape du test de proportionnalité ou*

celui de la charge de la justification⁹²⁰ et enfin celui de la force des arguments employés⁹²¹. Selon ces différents niveaux, la déférence va s'exercer de différentes manières et n'aura pas les mêmes répercussions. Dans tous les cas, la déférence conduit le juge à restreindre son intervention et à valider, à un ou plusieurs des 4 niveaux présentés ci-dessus, l'interprétation constitutionnelle donnée par les représentants dans l'élaboration de leur politique ou dans la prise de décisions administratives. La déférence revient à renforcer l'importance des représentants dans l'exercice de la justice constitutionnelle au détriment de celle des juges. En effet, comme l'affirment Andrée Lajoie, Cécile Bergada et Eric Gelineau, « toute législation qui n'est pas remise en cause par les juridictions constitue une interprétation/application de la Constitution par une législature particulière, qui a à la fois le premier et le dernier mot sur le sujet, (...) »⁹²².

633. La doctrine de la déférence a été appliquée dans un nombre non négligeable d'arrêts. En 2000 dans la jurisprudence *R v. Lambert* rendue par la Cour d'appel, Lord Woolf affirma que les juges « devaient selon un principe constitutionnel accorder un degré de déférence à la vision du Parlement de ce qui est de l'intérêt du public... »⁹²³. Dans la jurisprudence célèbre *ProLife Alliance* rendue par la Chambre des Lords en 2003, a été renversée la décision de la Cour d'appel qui considérait que la liberté d'expression faisait tomber le devoir de la *BBC* de refuser de diffuser des éléments considérés comme offensants.

saute une ou plusieurs étapes ». Entre les deux, une décision sera considérée comme « moyennement déférentielle » « si le juge dilue la norme à une étape du test de proportionnalité ». Dans ce cas, « une telle dilution affaiblit le test de proportionnalité, bien que la norme diluée puisse toujours jouer un rôle de contrôle significatif ».

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 866: Du point de vue de la charge de la justification, la décision du juge sera considérée comme « non déférentielle » « si le juge insiste pour que le gouvernement supporte la charge de la justification à chaque étape du test de proportionnalité demandé ». Au contraire, la décision du juge sera considérée comme « hautement déférentielle » « Si le juge renverse la charge à plus d'une étape » du test de proportionnalité. Entre les deux, une décision sera considérée comme « moyennement déférentielle » « Si le juge renverse la charge de la justification à un stade de l'analyse de proportionnalité ».

⁹²¹ *Ibid.*, pp. 866-867: Du point de vue de la force des arguments employés, la décision du juge sera considérée comme « non déférentielle » « si le juge rejette, ou accepte avec une justification de premier ordre suffisante, les arguments du gouvernement concernant la proportionnalité ». Au contraire, la décision du juge sera considérée comme « hautement déférentielle » « Lorsque le juge accepte les arguments du gouvernement à plus d'un stade sans fournir une justification suffisante de premier ordre, (...) ». Entre les deux, une décision sera considérée comme « moyennement déférentielle » si le juge accepte les arguments du gouvernement à un stade de l'analyse de proportionnalité sans donner de justification suffisante de premier ordre.

⁹²² LAJOIE Andrée, BERGADA Cécile, GELINEAU Eric. « Legislatures as Constitutional Interpretation: Another Dialogue », In *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*, edited by Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, New York, Cambridge University Press, 2006, 596 p., pp. 385-395, p. 391: « (...), all legislation that is not challenged in the courts is an interpretation/application of the Constitution by the particular legislature, which has both the first and the only word in the matter, (...) ».

⁹²³ *Regina v. Lambert; Regina v. Ali; Regina v. Jordan* [2000] EWCA Crim 3542, par. 16: « It is also important to have in mind that legislation is passed by a democratically elected Parliament and therefore the courts under the Convention are entitled to and should, as a matter of constitutional principle, pay a degree of deference to the view of Parliament as to what is in the interest of the public (...). ».

Selon Lord Hoffman, la décision ne relevait pas de la compétence de la juridiction mais du Parlement et ainsi, elle n'occasionnait pas de restriction arbitraire ou déraisonnable à la liberté d'expression⁹²⁴. Dans la jurisprudence *Belmarsh* de 2004 rendue par la Chambre des Lords, relative à la compatibilité avec les droits de la CEDH du *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, Lord Bingham rappela ainsi que la déférence qui était due par les juges aux « *autorités politiques* » devait être comprise comme une « *démarcation de fonctions* »⁹²⁵. Lord Bingham poursuivait en précisant que plus une question présente une nature politique plus elle doit être résolue par les représentants ; à l'inverse moins la question a un caractère politique plus elle relève de la compétence des juridictions⁹²⁶. Telle est également la position de Lord Sumption dans l'affaire *Nicklinson*⁹²⁷ de 2014. Il considérait que les juges devaient accepter l'expertise des représentants quand des dispositions législatives étaient relatives à des domaines du droit et de la politique considérés comme sujets à controverses⁹²⁸.

634. Cette doctrine de la déférence est prégnante, comme le souligne Colm O'Conneide, quand les juges doivent apprécier si « *l'interférence du gouvernement avec les libertés d'expression et d'association peut être objectivement justifiée* »⁹²⁹. Ce sera le cas, si elle est prévue par le droit et si elle est « *nécessaire dans une société démocratique* ». Cela correspond aux exigences du contrôle de proportionnalité vu précédemment. Comme il a été rappelé dans la jurisprudence *Animal Defenders International* rendue par la Chambre des Lords en 2008, ce contrôle ne peut s'opérer que dans le cadre du respect de certains principes

⁹²⁴ *Regina v. British Broadcasting Corporation (Appellants) ex parte Prolife Alliance (Respondents)* [2003] UKHL 23, par. 77 : “*In this particular case, the decision to make all broadcasts subject to taste and decency requirements represents Parliament's view that, as the Annan Committee put it (paragraph 16.3), "public opinion cannot be totally disregarded in the pursuit of liberty". That seems to me an entirely proper decision for Parliament as representative of the people to make. For the reasons I have given, it involves no arbitrary or unreasonable restriction on the right of free speech.*”.

⁹²⁵ *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 56, par. 29: “*It is perhaps preferable to approach this question as one of demarcation of functions or what Liberty in its written case called 'relative institutional competence'.*”.

⁹²⁶ *Ibid.*, par. 29 : “*The more purely political (in a broad or narrow sense) a question is, the more appropriate it will be for political resolution and the less likely it is to be an appropriate matter for judicial decision. The smaller, therefore, will be the potential role of the court. It is the function of political and not judicial bodies to resolve political questions.*”.

⁹²⁷ *R (on the application of Nicklinson and another) (Appellants) v. Ministry of Justice (Respondent)* [2014] UKSC 38, par. 232 : “*Third, the Parliamentary process is a better way of resolving issues involving controversial and complex questions of fact arising out of moral and social dilemmas. The legislature has access to a fuller range of expert judgment and experience than forensic litigation can possibly provide. It is better able to take account of the interests of groups not represented or not sufficiently represented before the court in resolving what is surely a classic 'polycentric problem'.*”.

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ O'CONNOR Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, op. cit., p 94 : “*The question of how courts should interact with the executive and legislative branches again arises in relation to Convention rights, and in particular when courts are called upon to determine whether government interference with 'qualified rights' such as freedom of expression and association can be objectively justified.*”.

essentiels à l'ordre constitutionnel à savoir la légitimité démocratique du Parlement ou encore la séparation des pouvoirs⁹³⁰. La sécurité nationale était également au cœur de la jurisprudence *Rehman* rendue en 2001 par la Chambre des Lords. Lord Hoffmann après avoir défini cette sécurité comme étant celle « *du Royaume-Uni et de son peuple* »⁹³¹, rappelait que la question de savoir ce qui relève ou pas de la sécurité nationale ne relève pas du domaine droit mais de celui du politique qui, dans la Constitution britannique n'est pas du ressort des juridictions mais de l'exécutif⁹³².

635. En 2016, les juges de la Cour suprême firent également œuvre de déférence dans l'arrêt *Carmichael and Rourke*, en rappelant que quand la disposition contrôlée concerne une question de politique économique et sociale, alors le contrôle du juge doit être plus restrictif et se contenter de vérifier que la discrimination en question est « *manifestement dépourvue de justification raisonnable* »⁹³³. Dans une décision de 2021 rendue par la Cour suprême, les juges s'inclinaient devant la décision de déprivation de citoyenneté prise par le *Secretary of State* à l'encontre de Mrs Shamina Begum en raison de ses voyages en Syrie pour rejoindre l'État Islamique. Lord Reed invalidait le raisonnement de la Cour d'appel et rappelait ainsi, que dans les affaires touchant la sécurité nationale, les juridictions devaient s'incliner devant l'évaluation faite par le *Home Secretary*. La raison est qu'il a été chargé par le Parlement d'effectuer cette mission, il dispose ainsi d'une légitimité démocratique pour procéder à cette évaluation⁹³⁴.

⁹³⁰ *R (Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

⁹³¹ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, par. 50: "What is meant by "national security" is a question of construction and therefore a question of law within the jurisdiction of the Commission, subject to appeal. But there is no difficulty about what "national security" means. It is the security of the United Kingdom and its people."

⁹³² *Ibid.* : "On the other hand, the question of whether something is "in the interests" of national security is not a question of law. It is a matter of judgment and policy. Under the constitution of the United Kingdom and most other countries, decisions as to whether something is or is not in the interests of national security are not a matter for judicial decision. They are entrusted to the executive. ».

⁹³³ *R (on the application of Carmichael and Rourke) (formerly known as MA and others) (Appellants) v. Secretary of State for Work and Pensions (Respondent) R (on the application of Daly and others) (formerly known as MA and others) (Appellants) v. Secretary of State for Work and Pensions (Respondent) R (on the application of A) (Respondent/Cross-Appellant) v. Secretary of State for Work and Pensions (Appellant/Cross-Respondent) R (on the application of Rutherford and another) (Respondents) v. Secretary of State for Work and Pensions (Appellant)* [2016] UKSC 58; "Press Summary", *The Supreme Court*, 9 November 2016, [en ligne], [consultée le 15/03/2021], <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0125-press-summary.pdf> : "The normal test in cases involving questions of economic and social policy is whether the discrimination is "manifestly without reasonable foundation". The question of how to deal with the impact of Reg B13 on individuals with disabilities is a clear example of a question of economic and social policy; the housing benefit cap scheme is integral to the structure of the welfare benefit scheme. The Court of Appeal was therefore correct to apply this test [28-38]."

⁹³⁴ *R (on the application of Begum) (Appellant) v. Special Immigration Appeals Commission (Respondent) R (on the application of Begum) (Respondent) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant) Begum (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2021] UKSC 7, par. 134 : "Secondly, the Court of Appeal erred in its approach to the appeal against the dismissal of Ms Begum's application for judicial

636. La déférence des juges à l'égard des représentants s'est également illustrée pendant la crise du Covid-19, dans l'affaire *Dolan and others v Secretary of State for Health and Social Care and others* rendue par la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles en 2020⁹³⁵. En l'espèce, les requérants contestaient la légalité des *Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) (Regulations) (SI 2020/350)*, en arguant notamment qu'elles enfreignaient des principes généraux du droit public ainsi que des droits protégés par le *HRA* 1998 (les articles 5, 8, 9, 11 et les articles 1 et 2 du 1^{er} Protocole). Ce que disent les juges sur la violation alléguée de l'article 8 est ce qui retient particulièrement l'attention ici. La Cour estime qu'il n'y a pas violation de l'article 8 car l'atteinte qui y est portée est proportionnée puisque décidée pour poursuivre un but légitime : la protection de la santé⁹³⁶. Ils affirment que si les dispositions contestées ont bien un impact sur ledit article, les juridictions se doivent de reconnaître une large marge d'appréciation au gouvernement et au Parlement. Cette large marge d'appréciation se fonde sur deux motifs rappelle la Cour : la « *responsabilité démocratique* » et « *la compétence institutionnelle* »⁹³⁷.

637. Le juge s'est également montré déférent dans son usage de la déclaration d'incompatibilité de la section 4 de la loi de 1998. Dans la jurisprudence *Nicklinson* rendue par la Cour suprême en 2014, les juges refusèrent d'émettre une déclaration d'incompatibilité de la section 2 de la loi sur le suicide assisté (*Suicide Act* 1961) avec l'article 8 de la Convention, alors même qu'ils considéraient que cette disposition législative enfreignait l'article 8⁹³⁸. Même si les juges considéraient à la majorité qu'ils disposaient de « *l'autorité constitutionnelle* »⁹³⁹ pour émettre une déclaration d'incompatibilité, ils estimaient que cette dernière était en l'espèce inappropriée. En effet, selon Lord Neuberger, la problématique de l'incompatibilité d'une

review of the Home Secretary's refusal of leave to enter the United Kingdom. It made its own assessment of the requirements of national security, and preferred it to that of the Home Secretary, despite the absence of any relevant evidence before it, or any relevant findings of fact by the court below. Its approach did not give the Home Secretary's assessment the respect which it should have received, given that it is the Home Secretary who has been charged by Parliament with responsibility for making such assessments, and who is democratically accountable to Parliament for the discharge of that responsibility.”

⁹³⁵ *Dolan and others v. Secretary of State for Health and Social Care and others* [2020] EWCA Civ 1605.

⁹³⁶ *Ibid.*, par. 96 : “*There can be no doubt that the regulations did constitute an interference with article 8 but it is clear that such interference was justified under article 8(2). It was clearly in accordance with law. It pursued a legitimate aim: the protection of health. The interference was unarguably proportionate.* ».

⁹³⁷ *Ibid.* par. 97 : “*In this context, as in the case of the other qualified rights, we consider that a wide margin of judgement must be afforded to the Government and to Parliament. This is on the well-established grounds both of democratic accountability and institutional competence.*”

⁹³⁸ *R (on the application of Nicklinson and another) (AP) (Appellants) v. Ministry of Justice (Respondent)* [2014] UKSC 38.

⁹³⁹ *Ibid.*, par. 76 : “*I conclude that, even under our constitutional settlement, which acknowledges parliamentary supremacy and has no written constitution, it is, in principle, open to a domestic court to consider whether section 2 infringes article 8.*”

disposition législative sur le suicide assisté présentait des aspects moraux et religieux qui rendent l'intervention des juridictions délicate⁹⁴⁰. En outre, Lord Neuberger soulignait le fait que les parlementaires s'étaient déjà saisis de cette problématique et que la Chambre des Lords allait prochainement en débattre⁹⁴¹. Le juge se sert ainsi de l'exercice de la justice constitutionnelle des parlementaires sur cette question (via le débat parlementaire) pour limiter le sien.

638. Si la déférence est une représentation des démarcations des interventions du juge et des représentants dans la justice constitutionnelle, ces frontières ne sont pas fixes mais mouvantes, dépendantes des représentations des juges.

b) La déférence, des frontières mouvantes entre juges et représentants

639. Le domaine de la référence semble néanmoins être mouvant, dépendant des considérations des juges. Ce faisant, les places respectives des juges et des représentants dans la justice constitutionnelle sont susceptibles d'évoluer. Dès 2004, dans la jurisprudence *Belmarsh*, Lord Bingham rappelait que le *HRA* 1998 conférait aux juges un rôle constitutionnel spécifique, celui de déterminer l'étendue de la protection juridique qui doit être accordée aux droits de la CEDH⁹⁴². Bien plus, il y rejetait expressément l'idée d'une « *théorie générale de déférence* » à l'égard des représentants⁹⁴³.

640. Le caractère flou des frontières entre l'intervention du juge et celle représentants dans l'exercice de la justice constitutionnelle, ressort également des propos de Lord Neuberger dans l'affaire *Nicklinson* devant la Cour suprême en 2014. Lord Neuberger rappelait en effet « *qu'il n'est pas facile d'identifier de manière précise le lieu de frontière entre l'aire où il est*

⁹⁴⁰ *Ibid.*, par. 116: "There is a number of reasons which, when taken together, persuade me that it would be institutionally inappropriate at this juncture for a court to declare that section 2 is incompatible with article 8, as opposed to giving Parliament the opportunity to consider the position without a declaration. First, the question whether the provisions of section 2 should be modified raises a difficult, controversial and sensitive issue, with moral and religious dimensions, which undoubtedly justifies a relatively cautious approach from the courts."

⁹⁴¹ *Ibid.* : "Thirdly, section 2 has, as mentioned above, been considered on a number of occasions in Parliament, and it is currently due to be debated in the House of Lords in the near future; so this is a case where the legislature is and has been actively considering the issue."

⁹⁴² *Ibid.*, par. 42: "It is particularly inappropriate in a case such as the present in which Parliament (...)has required courts (in section 2) to take account of relevant Strasbourg jurisprudence, has (in section 3) required courts, so far as possible, to give effect to Convention rights and has conferred a right of appeal on derogation issues. (...)The 1998 Act gives the courts a very specific, wholly democratic, mandate."

⁹⁴³ *Ibid.*, par. 29: "As will become apparent, I do not accept the full breadth of the Attorney General's argument on what is generally called the deference owed by the courts to the political authorities."

légitime pour les juridictions d'intervenir et de décider qu'une disposition législative (...) viole la Convention et l'aire où il ne l'est pas »⁹⁴⁴.

641. La nature opaque des lignes de démarcation entre l'intervention des juges et celle des représentants s'est aussi remarquable dans la jurisprudence *Tigere* rendue par la Cour suprême en 2015. En effet, les désaccords entre les différents juges de l'affaire montrent combien la manière de concevoir la déférence est contingente des visions du juge. Contrairement à la majorité composée de Lady Hale, Lord Kerr et Lord Huges qui considéraient qu'aucune déférence n'était due au *Secretary of State* en raison de sa violation « *des droits à l'éducation des étudiants bénéficiant d'une autorisation de séjour discrétionnaire ou limitée lorsqu'il a adopté ces règlements* »⁹⁴⁵ et qu'ainsi la juridiction pouvait se permettre d'appliquer un contrôle plus exigeant que celui de savoir si la décision était « *manifestement sans fondement* »⁹⁴⁶ ; les deux autres juges, Lord Sumption et Lord Reed étaient pour l'application de ce dernier contrôle⁹⁴⁷, beaucoup moins contraignant pour les représentants et justifié en l'espèce par le thème abordé : celui des dépenses de l'État.

642. Ces éléments confirment que la force d'intervention des représentants dans la justice constitutionnelle, et spécifiquement dans sa partie relative aux droits de la CEDH, sera difficilement prévisible ; elle dépendra, en effet, de la compétence que se réserveront les juges ou non. L'intervention des parlementaires et ministres dans la justice constitutionnelle est donc contingente des interprétations données par les juges dans la jurisprudence sur les rôles respectifs des juridictions et des représentants dans la protection des droits et l'exercice de la justice constitutionnelle.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, par. 101: "It is not easy to identify in any sort of precise way the location of the boundary between the area where it is legitimate for the courts to step in and rule that a statutory provision, which is not irrational, infringes the Convention and the area where it is not."

⁹⁴⁵ *R (on the application of Tigere) (Appellant) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills (Respondent)* [2015] UKSC 57, par. 32: "Nevertheless, we are concerned with the distribution of finite resources at some cost to the taxpayer, and the court must treat the judgments of the Secretary of State, as primary decision-maker, with appropriate respect. That respect is, of course, heightened where there is evidence that the decision maker has addressed his mind to the particular issue before us (see, for example, *Belfast City Council v Miss Behavin' Ltd* [2007] UKHL 19, [2007] 1 WLR 1420), or that the issue has received active consideration in Parliament (see *R (SG) v Secretary of State for Work and Pensions*). Both are lacking in this case: there is no evidence that the Secretary of State addressed his mind to the educational rights of students with DLR/LTTR when making these regulations, which were laid before Parliament subject to the negative resolution procedure."

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ *Ibid.*, par. 77: "Lady Hale suggests that in the context of education, the test is not whether the justification for discrimination in the provision of state financial support was 'manifestly without foundation' but a different and more exacting test. In our opinion, there is no justification for this critical departure from a test which has been consistently endorsed by the Strasbourg court and at the highest level by the courts of the United Kingdom."

643. Si la théorie de la déférence peut, dans des circonstances normales, être conciliée avec une prise en compte des droits et libertés, cette dernière peut prendre d'importantes dimensions quand survient une crise exceptionnelle ; c'est ce que révèle la crise du Covid-19. Dans ce cas là, les représentants et particulièrement le gouvernement sont les arbitres prédominants de ce qu'il est constitutionnellement juste de prévoir. Ils sont les arbitres de l'équilibre à opérer entre liberté et sécurité.

644. En plus d'avoir eu un impact sur le rôle des juges dans la protection des droits, les intégrations européennes du Royaume-Uni ont également eu une influence sur l'organisation juridictionnelle et sur le statut du juge.

Section III : Les lois sur l'organisation juridictionnelle et le statut du juge

646. Si Michel Fromont ne voyait qu'un faible impact de la composition des juridictions sur l'exercice de la justice constitutionnelle⁹⁴⁸, et s'il affirmait que tant la durée du mandat du juge que la procédure de nomination du juge ne donnent « aucune information sur la façon dont est rendue effectivement la justice constitutionnelle »⁹⁴⁹, il n'en demeure pas moins que ces données méritent d'être étudiées dans le cadre de l'étude d'un système de justice constitutionnelle.

647. Il est indéniable qu'une procédure de nomination niant les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice peut avoir des répercussions sur le contenu des décisions rendues et sur la place des juges. Le principe d'indépendance est au cœur des régimes démocratiques et libéraux, y faisant même l'objet d'un consensus, il a été consacré dans des traités internationaux comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 à l'article 10 ou la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 à l'article 6. Le caractère crucial de l'indépendance des juges pour l'intervention des juridictions dans la justice constitutionnelle a d'ailleurs été reconnu, malgré lui, par le gouvernement de Boris Johnson en 2020. C'est en effet suite aux camouflets essayés par l'exécutif dans les affaires *Miller I* et *Cherry/Miller II* que le gouvernement évoqua, dans les coulisses du Cabinet, un projet de réduire la taille, le nom et les conditions de nomination de l'actuelle Cour suprême⁹⁵⁰.

648. Le *Constitutional Reform Act* de 2005 a contribué à donner plus de force, d'efficacité aux interventions juridictionnelles et notamment à celles relatives à l'interprétation et à la protection de la constitution. La réforme de 2005 fait donc partie des éléments qui ont contribué à redessiner la balance des pouvoirs au Royaume-Uni grâce à l'augmentation du rôle du juge.

649. La loi de 2005 a contribué ainsi à renforcer le rôle du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle en réaménageant la séparation des pouvoirs entendue comme « principe négatif »⁹⁵¹, c'est-à-dire comme une interdiction de cumuler des fonctions étatiques

⁹⁴⁸ FROMONT Michel. *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, 510 p., p. 76.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ BOWCOTT Owen. "Plan to reform supreme court is attack on independent judiciary, says Labour", *The Guardian*, 15th November 2020, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://www.theguardian.com/law/2020/nov/15/supreme-court-plans-an-attack-on-independent-judiciary-says-labour>.

⁹⁵¹ TROPER Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1994, 358 p., p. 228 : « Il s'agissait donc d'un principe purement négatif : un même organe ne doit pas

entre de mêmes mains au Royaume-Uni. En effet, cette loi est venue renforcer la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux deux autres pouvoirs, notamment par la création d'une Cour suprême totalement indépendante de la Chambre des Lords et par la mise en place d'un nouveau processus de désignation des juges. Ce faisant, le législateur constitutionnel est venu assurer un meilleur isolement du pouvoir judiciaire par rapport aux autres pouvoirs en luttant contre les empiètements de l'exécutif sur les juridictions, analysés comme juridiquement anormaux dans une démocratie.

650. En adoptant cette loi, le législateur s'est également fait le protecteur du *rule of law* d'un point de vue formel, essentiel au bon exercice juridictionnel de la justice constitutionnelle. En effet, il n'est pas interdit de penser que le principe d'indépendance de la justice facilite les exigences procédurales d'impartialité, du contradictoire. Ce principe vient aussi contribuer à la limitation de l'arbitraire de l'exécutif et du législatif en leur interdisant d'empiéter sur les fonctions du juge. Cette loi vient ainsi conforter le principe de *common law* de *natural justice*. En garantissant l'indépendance des juges, notamment dans le processus de désignation, le législateur œuvre dans le sens des deux grandes règles qui composent le concept de *natural justice*, à savoir le droit d'être entendu d'une part, et le droit d'avoir à faire à un tribunal juste d'autre part. La loi de 2005 emporte, par conséquent, exercice de la justice constitutionnelle par le législateur, exercice qui agit dans le sens du renforcement de la place du juge dans la justice constitutionnelle.

651. Dans ces réformes visant à l'affirmation et à la protection du principe d'indépendance de la justice, figurent d'une part les règles relatives au processus de désignation des juges et au statut conféré aux *tribunals* (I); et d'autre part, les règles relatives à la réorganisation des instances judiciaires et gouvernementales suprêmes de l'État, parmi lesquelles figurent celles relatives à la création de la Cour suprême et le remplacement du *Lord Chancellor* par le *Lord Chief Justice* en tant que chef de file de la profession judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles (II).

cumuler tous les pouvoirs. Il se justifie aisément : le cumul de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul en ferait un despote, qui gouvernerait selon les caprices et dans le souci exclusif de son intérêt personnel. ».

I) La rénovation du statut des juges ordinaires et des *tribunals*

652. L'adoption du *CRA* en 2005 illustre un exercice de la justice constitutionnelle par le législateur, un exercice dans lequel il recherche l'effectivité du principe de séparation des pouvoirs en tant que « *principe négatif* »⁹⁵². En effet, cette loi a instauré un nouveau système de désignation des juges en le détachant davantage des organes exerçant les fonctions exécutive et législative. L'objectif est de renforcer la place du juge dans la justice constitutionnelle en le protégeant d'immixtions de la part des autres pouvoirs. Ce statut renforcé des juges est un élément participant du mouvement de juridictionnalisation de la justice constitutionnelle.

653. Guy Scoffoni rappelait que « *la première composante de la légitimité est de nature institutionnelle. Elle tient d'abord à la composition pluraliste de la juridiction, à la désignation politique des juges et à leur indépendance.* »⁹⁵³. Le nouveau système de désignation des juges proposé par la loi de 2005 a marqué un renforcement notoire du principe d'indépendance de la justice, indispensable à une intervention solide des juges dans la justice constitutionnelle (A). Le législateur a également conforté le principe d'indépendance de la justice en reconnaissant la nature juridictionnelle des *tribunals* (B).

A) La rénovation du processus de désignation des juges ordinaires

654. La réforme de 2005 ne marque pas l'apparition du principe d'indépendance de la justice au Royaume-Uni, ce dernier était en effet consacré depuis longtemps dans le droit britannique (1). La mise en place de la *Judicial Appointments Commission* en 2005 permet néanmoins une bien meilleure application de ce principe (2).

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ SCOFFONI Guy. «La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, vol. 51, n°2, pp. 243-280, p. 249.

1) La consécration ancienne et l'importance du principe d'indépendance des juges

655. Même si la loi de 2005 est venue renforcer le principe d'indépendance de la justice, il existait de longue date au Royaume-Uni, et prenait sa source tant dans le *common law* que dans la législation.

656. Lord Mackay en 1993, définissait le principe d'indépendance des juges comme l'exigence selon laquelle les juges statuent sur un litige en fonction de leur propre jugement et en conformité avec le serment qu'ils ont prêté, selon lequel ils doivent trancher un litige « *selon les lois et les usages du système, sans peur et sans favoritisme, sans affect et sans maladie mentale* »⁹⁵⁴. Lord Mackay poursuit et définit l'indépendance comme l'exigence qu'un juge statue, libéré de toute influence.

657. Aharon Barak précisait les deux aspects de l'indépendance du juge : une « *indépendance personnelle* » qui correspond à l'indépendance individuelle du juge, mais aussi une « *indépendance institutionnelle* » qui se comprend comme l'indépendance de la magistrature en tant qu'institution⁹⁵⁵. L'indépendance du judiciaire est révélatrice de la manière dont est aménagée la séparation des pouvoirs c'est-à-dire de la manière dont est aménagé le principe selon lequel les trois fonctions ne doivent pas être réunies entre de mêmes mains c'est-à-dire réunies au sein d'une même institution.

658. L'indépendance du pouvoir judiciaire, indispensable à l'affirmation de la place du juge dans le régime politique et institutionnel et donc à sa place dans l'exercice de la justice constitutionnelle, était consacrée dans le droit britannique bien avant la réforme de 2005. Cette loi est venue renforcer ce principe qui découle d'un ensemble de règles législatives, conventionnelles et jurisprudentielles. Parmi les premières figure l'*Act of Settlement* voté en 1701⁹⁵⁶ venu abroger un système dans lequel le juge peut être révoqué ou placé selon le bon

⁹⁵⁴ MACKAY James. *The Administration of Justice - The Hamlyn Lectures*, London, Stevens and Sons/Sweet and Maxwell, 1994, 91 p., p.12: "mean that every judge in deciding a case does so according to his own judgment, in the words of the judicial oath, "according to the laws and usages of this realm, without fear or favour, affection or ill- will".

⁹⁵⁵ BARAK Aharon. « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 2, n°66, pp. 227-302, p. 248 : « Toutefois l'indépendance du juge individuel, quoique d'une importance capitale, ne suffit pas à elle seule. L'indépendance personnelle doit être accompagnée, comme c'est le cas aux États-Unis, d'une indépendance institutionnelle. L'indépendance doit bénéficier non seulement au magistrat mais aussi à la magistrature. ».

⁹⁵⁶ Aux siècles précédents l'*Act of Settlement*, les juges se trouvaient à la merci des organes exerçant les deux autres grandes fonctions étatiques. En plus d'être révoqués selon le plaisir du monarque, les juges étaient aussi menacés par les parlementaires qui, par le biais des actes d'*attainder*, pouvaient s'immiscer dans la fonction judiciaire et prononcer des sentences à l'encontre d'une ou plusieurs personnes et cela sans procès.

plaisir du monarque via la destitution ou au contraire l'attribution de postes à vie. La loi de 1701 a fait dépendre le maintien d'un juge à son poste de son bon comportement et non plus des plaisirs et des volontés du monarque. En cas de mauvais comportement, le juge peut être révoqué par le vote d'une Adresse par les deux Chambres du Parlement de Westminster qui est envoyée à la Reine. Cette loi est déterminante pour l'affirmation d'une certaine version de la séparation des pouvoirs au Royaume-Uni⁹⁵⁷ ; elle est même considérée « *par la plupart comme le fondement de l'indépendance judiciaire dans le monde de common law* »⁹⁵⁸.

659. Dans les sources conventionnelles, il est possible de citer la convention qui « *interdit aux membres de l'exécutif, ministres ou fonctionnaires de l'État de critiquer les décisions judiciaires ou le pouvoir judiciaire.* »⁹⁵⁹. Concernant les membres du Parlement autres que ceux qui font aussi parti du gouvernement, la pratique parlementaire interdit de critiquer des juges autrement que par le vote d'une motion exprimant une critique spécifique ou par l'envoi d'une Adresse à la Reine comme mentionné précédemment. Ainsi, la règle de *sub judice* interdit, quand une affaire est en cours ou en attente de jugement, aux membres du Parlement de proposer et mener des débats sur celle-ci⁹⁶⁰.

660. Figurant parmi les sources jurisprudentielles, l'affaire *Prohibitions*⁹⁶¹ pose un élément rendant indispensable l'indépendance des juges face au pouvoir exécutif, à savoir que les questions de droit ne peuvent être tranchées que par la « *raison artificielle* » des juristes et non par la « *raison naturelle* » du roi. C'est d'ailleurs dans cette perspective que la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords affirma dans un rapport rendu en 2014, que les « *racines du Rule of law* »⁹⁶² se trouvaient dans le *common law* et qu'un des éléments centraux au *rule of law* était le principe d'indépendance judiciaire.

⁹⁵⁷ STEVENS Robert. *English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, 209 p., p. 9: “Historically the Act of Settlement marks the crossroads of the English Constitution. The Provisions of the Act, both with respect to placemen and judges, represented an inarticulate effort to have the kind of separation of powers which was to be spelled out with much greater clarity at the Constitutional Convention in Philadelphia eighty-five years later.”

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 1: “The Act of Settlement is seen by most as the basis of judicial independence in the common law world.”

⁹⁵⁹ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne- Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle-*, Paris, Dalloz, 2009, 671 p., p. 283.

⁹⁶⁰ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, *op. cit.*, p. 78: “Where proceedings are either before a court or awaiting trial, Members of Parliaments are barred from raising them in debate.”

⁹⁶¹ *Prohibitions del Roy* [1607] 12 Co Rep 63; 77 ER 1342.

⁹⁶² House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Office of the Lord Chancellor*, session 2014-2015, 6th report, 51 p., p. 12: “In the UK, domestic statutes such as the English Bill of Rights and Scottish Claim of Right of 1689 and international obligations such as the European Convention on Human Rights 24 play a part, but the roots of the rule of law lie in common law principles.”

661. Si le principe d'indépendance des juges par rapport aux représentants n'était pas inexistant dans le droit constitutionnel britannique, il a néanmoins été renforcé par la mise en place de la *Judicial Appointments Commission* en 2005.

2) *La mise en place de la Judicial Appointments Commission par la loi de 2005*

662. La loi de 2005, en mettant en place un nouveau système de désignation des juges, a contribué à redorer le blason de la fonction judiciaire au Royaume-Uni. L'idée était de diminuer l'emprise gouvernementale dans les procédures de nomination des juges et la réforme de 2005 avait ainsi pour objectif de mettre fin à une situation d'immixtion des pouvoirs jugée anormale (a). Néanmoins, les gouvernants jouent toujours un rôle dans la désignation des juges et donc des juges constitutionnels (b).

a) La désignation des juges avant 2005 : des risques d'immixtion des pouvoirs

663. L'ancien système faisait une place toute particulière au *Lord Chancellor* dans la désignation des juges en Angleterre et au Pays de Galles. Dawn Oliver observait qu'il était à l'origine de plus de 700 recrutements judiciaires à pleins temps ou à mi-temps⁹⁶³. Cette institution était vivement critiquée, notamment par Lord Falconer of Thoroton qui considérait que, « *dans une société moderne, il n'est plus acceptable que la désignation des juges soit entièrement confiée à un ministre du gouvernement. Et pour cause, le pouvoir judiciaire est souvent amené à apprécier la légalité des actions du pouvoir exécutif. Par conséquent, le système de désignation mis en place doit être indépendant du gouvernement et perçu comme tel.* »⁹⁶⁴.

664. En effet, avant la loi de 2005, la sélection et la désignation des juges relevaient de la compétence du *Lord Chancellor*. En outre, ce dernier était aussi en charge de

⁹⁶³ OLIVER Dawn. *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 424 p., p. 336: "The Lord Chancellor is personally responsible for large number of judicial appointments (...). In 1960 there were fifty-six members of the higher judiciary, now there are 155. Every year the Lord Chancellor is responsible for more than 700 full-time and part-time judicial appointments."

⁹⁶⁴ « La désignation des juges en Angleterre et au Pays de Galles », www.courdecassation.fr, 2007, [en ligne], [consultée le 13/01/2021], https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_kirkham_fr.pdf.

l'organisation et du financement de l'ensemble des *magistrate courts*, et gérait à lui seul l'aide juridictionnelle. En tant que ministre du gouvernement, il exerçait donc une influence non négligeable sur l'organisation de la justice, que l'on pouvait légitimement considérer, comme étant de nature à nuire à l'épanouissement de la fonction juridictionnelle et à l'affirmation de sa place dans l'interprétation et la protection des règles constitutionnelles.

665. L'institution du *Lord Chancellor* est qualifiée par Dawn Oliver « *d'anomalie constitutionnelle* »⁹⁶⁵. Il illustre ce propos par une affaire en 1994 où le *Lord Chancellor Mackay* a été critiqué pour avoir fait pression sur un juge, le *Justice Wood*, en lui demandant de se résigner dans les procédures qu'il menait au sein de l'*Employment Appeal Tribunal* au motif qu'elles faisaient peser sur son département ministériel des coûts non nécessaires⁹⁶⁶.

666. L'ancien système permettait ainsi l'immixtion d'un organe intervenant dans la fonction exécutive car faisant partie du gouvernement –le *Lord Chancellor*– dans le bon déroulement de la justice et par conséquent du volet juridictionnel de la justice constitutionnelle. Ces possibilités d'immixtion étaient d'autant plus inquiétantes que les prérogatives de la fonction exécutive du *Lord Chancellor* s'étaient « *considérablement étendues* » depuis les années 1970⁹⁶⁷.

667. La consécration d'un processus de désignation assurant l'indépendance judiciaire est le prolongement de la condamnation du Royaume-Uni en 2000 dans l'affaire *McGonnel*⁹⁶⁸, dans laquelle la CourEDH a condamné le pays pour violation de l'article 6-1 de la CEDH du fait des fonctions attribuées au Bailli de Guernesey qui exerçait à la fois des fonctions législatives et exécutives. Ce cas précis est l'illustration de la pression⁹⁶⁹ qu'est susceptible

⁹⁶⁵ OLIVER Dawn. *Constitutional Reform in the UK*, op. cit., p. 335: "The Lord Chancellor is a constitutional anomaly. He is a member of the Cabinet, he presides in the House of Lords, and he is himself a judge and the head of the judiciary in England and Wales."

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 336 : "For instance, in 1994 Mr Justice Wood objected to being put under pressure by Lord Chancellor Mackay - who asked him to 'consider his position', a thinly veiled suggestion that he might resign - in the procedures he was following in the Employment Appeal Tribunal, the Lord Chancellor being concerned that costs were being incurred for his Department unnecessarily."

⁹⁶⁷ WOODHOUSE Diana. « The Office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role- the rest will follow », *Legal Studies*, vol. 22, 2002, pp. 128-129: "Since the 1970s the executive responsibilities of the Lord Chancellor have expanded considerably. In particular, the Lord Chancellor has assumed responsibility for the administration of all courts, 'including the funding and organisation of the magistrates' courts and the total legal aid budget.' The administration of these responsibilities has resulted in the transformation of the Lord Chancellor's Department from a small office into a large spending department and has fundamentally changed its structure and nature."

⁹⁶⁸ *McGonnel c. Royaume-Uni*, CourEDH, 8 février 2000, req. 28488/95.

⁹⁶⁹ Cette pression était néanmoins très ténue ces dernières années, en témoignent les chiffres de 2020 : European Court of Human Rights-Cour européenne des droits de l'Homme. *Royaume-Uni*, Press Unit-Unité de la Presse, mai 2021, 23 p., p. 1 : « La Cour a traité 284 requêtes concernant le Royaume-Uni en 2020, dont 280 qu'elle a déclarées irrecevables ou dont elle n'a pas poursuivi l'examen (requêtes rayées du rôle). Elle a prononcé 4 arrêts (portant sur 4 requêtes), dont 2 qui ont conclu à au moins une violation de la Convention européenne des

d'exercer la jurisprudence de la CourEDH sur la détermination des modalités de l'exercice de la justice constitutionnelle au Royaume-Uni.

668. Bien plus, dans la résolution 1342 rendue en 2003 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, cette dernière rappelait que l'article 6 de la CEDH sous-entend une exigence d'indépendance et d'impartialité tant pour les affaires pénales que civiles⁹⁷⁰. C'est donc l'intervention et la crainte d'une sanction judiciaire qui ont amené le Parlement à se préoccuper de l'effectivité de la séparation des fonctions exécutive et judiciaire au Royaume-Uni.

669. Cet exemple témoigne de « *l'auto-limitation* » des gouvernants dans leur prise de décision, décrite par Alec Stone Sweet quand ils anticipent une possible sanction de la part du juge constitutionnel. Ici le Parlement a anticipé une condamnation de la part de la CourEDH et a décidé de rendre compatible avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs le système de désignation des juges. On observe donc un phénomène identifié par Alec Stone Sweet dans les autres systèmes de justice constitutionnelle⁹⁷¹.

670. C'est pour mettre un terme à ces risques d'immixtion des pouvoirs que la loi de 2005 a mis en place la *Judicial Appointments Commission*.

b) La désignation mise en place par la loi de 2005 : une meilleure application de la séparation des pouvoirs

671. En mettant en place une commission spécialement chargée de proposer les nominations des juges -*JAC (Judicial Appointments Commission)*- le Parlement cherche à accentuer la séparation entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire et donc à renforcer ou à rétablir la crédibilité du pouvoir judiciaire. Bien plus, il veut affirmer son indépendance, corollaire indispensable à l'intervention effective de juridictions dans l'exercice de la justice et donc également dans la justice constitutionnelle dans un système démocratique et libéral. Ce nouveau système de désignation forme un des éléments participant à la juridictionnalisation de la justice constitutionnelle britannique et tend à supprimer un ancien système de désignation

droits de l'homme. (portant sur 4 requêtes), dont 2 qui ont conclu à au moins une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. ».

⁹⁷⁰ Conseil d'Europe, Assemblée parlementaire. *Résolution 1342*, 2003, par. 2.

⁹⁷¹ STONE SWEET Alec. *Governing with Judges - Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 232 p. Dans son ouvrage il se focalisait sur l'influence exercée par les cours constitutionnelles en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne et au sein de l'Union Européenne.

perçu comme impropre à assurer la séparation des pouvoirs. Si la *JAC* concerne les juges d'Angleterre et du Pays de Galles (b.1), les juges écossais et non-irlandais (b.2) ont également fait l'objet de nouvelles modalités de désignation. Quoiqu'il en soit, les nouveaux mécanismes de désignation n'enlèvent rien aux problèmes persistants relatifs, notamment, au manque de diversité et de représentativité des juges (b.3).

b.1) Le système de désignation pour les juges d'Angleterre et du Pays de Galles

672. Le *CRA* a changé ce système en mettant en place un organe indépendant du gouvernement et de la Couronne, à savoir la Commission pour les désignations du judiciaire, la *Judicial Appointments Commission*. Son existence est consacrée dans la section 61 de la loi de 2005 et ses modalités de fonctionnement précisées dans l'annexe 12 de la même loi. Selon les *Judicial Appointments Regulations* adoptées en 2013, cette Commission est composée d'un Président et de 14 autres commissaires issus de milieux professionnels juridiques et juridictionnels divers.

673. La mission de cette Commission, comme décrite par Frances Kirkham, est de sélectionner les candidats à des postes judiciaires en Angleterre et au Pays de Galles. La *JAC* ne procède néanmoins pas elle-même aux nominations, qui demeurent de la compétence du *Lord Chancellor*- et dont il assume la responsabilité devant le Parlement- ou du *Lord Chief Justice* selon les cas.

674. Pour chaque poste libre, la Commission sélectionne un candidat dont elle va suggérer le nom au *Lord Chief Justice* (pour les postes dans les juridictions inférieures à la *High Court* dans le système juridictionnel) ou au *Lord Chancellor* (pour les postes à la *High Court* et à la *Court of Appeal*)⁹⁷². Cette Commission n'a alors qu'un pouvoir de proposition et non de décision. Le *CRA* donne au *Lord Chief Justice* et au *Lord Chancellor* le pouvoir de refuser une recommandation faite par la Commission, ils sont alors dans l'obligation de motiver leur refus et se trouveront, en outre, dans l'incapacité de proposer eux-mêmes un autre candidat. Dans la pratique, dans la majorité des cas ils agréent les nominations proposées⁹⁷³.

⁹⁷² LE SUEUR Andrew. "The Foundations of Justice", In *The Changing Constitution*, Edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O'Cinneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, 420 p., pp. 222-248, p. 236 : "The *JAC* makes recommendations either to the *Lord Chief Justice* (for positions below the level of the *High Court*) or the *Lord Chancellor* (for the *High Court* and the *Court of Appeal*).".

⁹⁷³ *Ibid.*: « in almost all the cases the *LCJ* or *Lord Chancellor* accept the recommendation though they have a residual power to ask the *JAC* to reconsider the recommendation or to reject it. ».

675. Les trois devoirs imposés à la Commission par le *CRA* sont de « *proposer des candidats uniquement sur le mérite, de proposer uniquement des personnes de bonne moralité et enfin de prendre en compte le besoin d'encourager la diversité dans les personnes proposées pour les postes judiciaires* »⁹⁷⁴.

676. Les réformes des années 2000 n'ont pas que chamboulé le système de désignation des juges anglais et gallois, elles ont fait de même pour les juges écossais et nord-irlandais.

b.2) Le système de désignation des juges écossais et nord-irlandais

677. C'est dans le même désir de garantir l'indépendance de l'appareil judiciaire qu'a été mise en place en 2002, la Commission des nominations judiciaires pour l'Écosse (*Judicial Appointments Board for Scotland*). Cette Commission n'obtint son statut actuel de *Non-Departmental Public Body (NDPB)* qu'au 1^{er} juin 2009 grâce au *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*⁹⁷⁵. Elle est composée de 20 membres, dont 12 *Board members*, 3 *Lay assistants* et 5 membres de la *Business Management Unit*⁹⁷⁶. La Commission est un organe indépendant du gouvernement qui exerce principalement une activité de recommandation et de conseil. Elle a trois missions principales : 1) assurer un processus de sélection ouvert, transparent et fondé sur le mérite des juges⁹⁷⁷, 2) proposer une candidature uniquement si la Commission est convaincue que l'individu est de « *bonne moralité* » et enfin 3) dans le cadre de ces deux premières missions, encourager la diversité au sein de l'appareil judiciaire⁹⁷⁸. Pour ce faire, la Commission va émettre des recommandations de nomination au Premier ministre écossais pour certains postes de l'appareil judiciaire, des postes dans les *Courts*⁹⁷⁹ et des postes dans les *tribunals*⁹⁸⁰. Ces postes sont listés dans la loi de 2009.

678. L'équivalent des Commissions anglaise, galloise et écossaise se retrouve en Irlande du Nord. Ainsi, la Commission des nominations judiciaires d'Irlande du Nord (*Northern*

⁹⁷⁴ Voir sur le site de la JAC, <https://jac.judiciary.gov.uk/organisation>.

⁹⁷⁵ « About the Board », *Judicial Appointments Board for Scotland*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judicialappointments.scot/about>.

⁹⁷⁶ « Meet Our Team », *Judicial Appointments Board for Scotland*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judicialappointments.scot/about/meet-our-team>.

⁹⁷⁷ « Lay member », *Public Appointments*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], https://applications.appointed-for-scotland.org/pages/job_search_view.aspx?jobId=477.

⁹⁷⁸ « About the Board », *Judicial Appointments Board for Scotland*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judicialappointments.scot/about>.

⁹⁷⁹ « Role and Remit », *Judicial Appointments Board for Scotland*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judicialappointments.scot/about/role-and-remit-board>.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

Ireland Judicial Appointments Commission) a été mise en place en juin 2005. Sa création était régie par les *Justice (Northern Ireland) Acts* adoptés en 2002 et 2004, afin de mettre en œuvre les recommandations du *Northern Ireland Criminal Justice Review* qui découlait de l'Accord de Belfast de 1998. Elle est composée de 14 membres, dont 1 Président, 9 commissaires et 4 membres de l'équipe exécutive⁹⁸¹.

679. Comme pour les Commissions anglo-galloise et écossaise, sa mise en place répond à la volonté de disposer d'un nouveau système de désignation des membres de l'appareil judiciaire⁹⁸². Dans cette perspective, la Commission a pour mission de sélectionner, de nommer et de recommander les candidats à toutes les fonctions judiciaires prévues par la loi, y compris à celle de juge de la *High Court*⁹⁸³. Ces sélections, nominations et recommandations ne peuvent être faites qu'en fonction du mérite⁹⁸⁴.

680. Les progrès que représentent ces nouveaux systèmes de désignation des juges n'enlèvent rien au manque persistant de représentativité de l'appareil judiciaire.

b.3) Un manque de représentativité des juges persistant

681. Si le statut du pouvoir judiciaire a été nettement amélioré par ces différentes lois venant consacrer une plus grande indépendance, il n'en demeure pas moins que la confiance envers les juges pour consacrer et protéger les droits n'est en aucun cas absolue. En effet, comme l'avait fait remarquer la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans un rapport rendu en 2012⁹⁸⁵, la confiance publique à l'égard du pouvoir judiciaire c'est-à-dire la confiance accordée par la société civile à l'appareil judiciaire peut encore être améliorée en répondant au besoin d'accroître la diversité de l'appareil judiciaire. En effet, un régime politique démocratique se doit d'assurer, au sein des institutions étatiques, la représentation du « *peuple composite* » -c'est-à-dire du peuple comme somme d'individualités, de particularités- ce qui implique de veiller à la représentativité des institutions politiques et

⁹⁸¹ « Executive Team », *NIJAC - Northern Ireland Judicial Appointments Commission*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.nijac.gov.uk/executive-team-2>.

⁹⁸² « About NIJAC », *NIJAC - Northern Ireland Judicial Appointments Commission*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.nijac.gov.uk/about-nijac>.

⁹⁸³ « Our Statutory Responsibilities », *NIJAC - Northern Ireland Judicial Appointments Commission*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.nijac.gov.uk/our-statutory-responsibilities>.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Judicial Appointments*, session 2010-2012, 25th report, 78 p., p. 6: "In order to increase public trust and confidence in the judiciary, there is a need to increase judicial diversity."

juridictionnelles c'est-à-dire de veiller à ce que la société dans son apparence soit fidèlement représentée en leur sein. C'était l'idée exprimée par Lady Hale, le 11 août 2017 lors de la *Constitutional Law Summer School* à Belfast : « *Les citoyens doivent avoir le sentiment que les tribunaux de leur pays sont 'leurs' tribunaux, qu'ils sont là pour servir l'ensemble de la communauté, et non les intérêts d'une élite étroite et privilégiée. Ils ne doivent pas avoir l'impression qu'une petite partie de la société dicte sa loi aux autres* »⁹⁸⁶.

682. Si cette diversité dans la composition de l'appareil judiciaire a été améliorée depuis 2012 comme le note la même Commission en 2017, elle reste limitée⁹⁸⁷. En 2017, d'après des chiffres émis par le *Lord Chief Justice of England and Wales*, les minorités ethniques, les personnes d'origine asiatiques et africaines (les *BAME*) ne représentaient que 7% des juges des juridictions ordinaires (*courts*) et 10% des juges faisant partis des tribunaux (*tribunals*).

683. La Commission observe ainsi que « *le temps est peut-être venu* »⁹⁸⁸ d'amorcer des réformes afin de rendre l'appareil judiciaire plus représentatif c'est-à-dire plus fidèle à la communauté qu'il sert. C'est ce manque de diversité qui explique que le juge ne peut, dans une démocratie, bénéficier d'un monopole dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Cette carence affaiblit la confiance accordée aux juges pour définir et protéger les règles constitutionnelles. Selon elle, une des voies pour y parvenir, serait de transférer le pouvoir du *Lord Chancellor* relatif aux candidatures proposées par la *JAC* (pouvoir de rejeter la candidature proposée ou de demander à la *JAC* de reconsidérer sa suggestion) au *Lord Chief Justice*⁹⁸⁹.

684. Les juges n'ont pas été les seuls à bénéficier d'une rénovation de statut. Il en fût, en effet, de même pour les *tribunals* qui voient leur nature juridictionnelle affirmée et consacrée.

⁹⁸⁶ Lady HALE. Judges, "Power and Accountability Constitutional Implications of Judicial Selection", *Constitutional Law Summer School*, 11th August 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170811.pdf>.

⁹⁸⁷ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Judicial Appointments: follow-up*, 2017, session 2017-2019, 7th report, 48 p., p. 3: "While there has been some improvement in the diversity of the judiciary since that report, it has been limited".

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 3: « We recognise that it may take time for recent legal changes and initiatives to deliver a more diverse judiciary that is reflective of the community it serves. ».

⁹⁸⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Judicial Appointments*, session 2010-2012, *op. cit.*, p. 16: "We agree that the power to request consideration or reject nominations should be transferred from the Lord Chancellor to the Lord Chief Justice in relation to appointments below the High Court".

B) La nature juridictionnelle des tribunaux affirmée et consacrée

685. Les réformes relatives aux *tribunals* ont aussi participé à la rénovation de l'image du juge dans le régime politique et constitutionnel britannique. Les *tribunals* ne sont pas en tout point l'équivalent des juridictions ordinaires mais ils partagent avec ces dernières la mission de trancher des litiges après saisine des citoyens sur des questions qui peuvent avoir des implications constitutionnelles. Les litiges tranchés par les *tribunals* concernent principalement les services publics comme la santé, l'immigration ou encore l'éducation ; tant de domaines dans lesquels des droits fondamentaux peuvent être affectés. Si certains *tribunals* rendent la justice administrative en ce qu'ils sont chargés de trancher les litiges opposant les citoyens à l'État, d'autres s'apparentent plus à des juridictions civiles spécialisées⁹⁹⁰ (et présentent moins d'intérêt dans cette étude). Ainsi, la page web du site du gouvernement écossais rappelle que « *Les tribunaux sont un élément central du système judiciaire écossais et jouent un rôle essentiel dans la protection des droits des citoyens.* »⁹⁹¹. En outre, comme le souligne Mark Elliott⁹⁹², ils font partie des mécanismes permettant d'activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants.

686. Le mouvement de rénovation des *tribunals* consiste en la reconnaissance par le législateur de leur caractère juridictionnel et non administratif et par l'attribution des garanties d'indépendance qui accompagnent la fonction juridictionnelle. Une telle reconnaissance implique notamment la consécration du principe d'indépendance des *tribunals* face au pouvoir. Ce mouvement, progressif, a débuté en 1957 avec l'intervention du *Franks Committee* (1) pour trouver son point culminant en 2007 grâce à l'adoption du *Tribunals, Courts and Enforcement Act* en 2007 (2).

⁹⁹⁰ DREWRY Gavin. "The Judicialisation of 'Administrative Tribunals' in the UK: From Hewart to Legatt", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 2009, n°28, pp. 46-64, p., pp. 55-56: "Most tribunals operate in the field of administrative justice, adjudicating disputes between citizens and the state – and to that extent may be thought of as 'administrative' tribunals; but others operate more as specialist civil courts, to which the adjective administrative cannot accurately be applied."

⁹⁹¹ « Tribunals », Access to Justice, *Scottish Government*, [en ligne], [consultée le 13/01/2021], <https://www.gov.scot/policies/access-to-justice/tribunals-system/>.

⁹⁹² ELLIOTT Mark. « Ombudsmen, Tribunals, Inquiries : Re-fashioning Accountability Beyond the Courts », In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth and Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 233-258.

1) *Les tribunaux du XIXème siècle au XXème siècle, une première reconnaissance de la nature juridictionnelle*

687. Les *tribunals* représentent une partie de la justice administrative britannique, justice administrative qui a fait couler beaucoup d'encre ; Dicey en niait son existence. Sous l'influence de la pensée diceyenne, l'introduction d'un système de droit administratif distinct de la justice ordinaire était, en effet, vue comme une menace pour le *rule of law*⁹⁹³.

688. Au début du XXème siècle, les tribunaux étaient considérés et dénoncés par certains milieux comme constitutionnellement subversifs. Les *tribunals* se seraient développés à partir du XIXème siècle avec la révolution industrielle et le développement du chemin de fer. Des litiges émergèrent des pratiques commerciales des compagnies privées des chemins de fer. Si, en vertu d'une loi de 1854, les juridictions ordinaires étaient compétentes pour trancher ces litiges, les juges se sentirent vite mal à l'aise, confrontés à des questions nécessitant une expertise qu'ils n'avaient pas. C'est dans cette perspective que fut créé en 1873, le *tribunal spécial des Commissaires (Special Tribunal of Commissioners)*.

689. Dans le *Report of the Franks Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* publié par le *Franks Committee* en 1957, la Commission observait que si les *tribunals* n'étaient pas des juridictions ordinaires, ils n'étaient pas non plus des « *appendices* »⁹⁹⁴ des départements gouvernementaux. Elle affirmait ainsi que les *tribunals* avaient été créés par le Parlement pour remplir des missions judiciaires et non administratives.

690. Pour arriver à cette conclusion, le rapport se fondait sur deux arguments majeurs : 1) le fait que l'existence même des *tribunals* révèle la volonté du Parlement de mettre en place un procédé de prise de décision extérieur et indépendant des départements gouvernementaux et 2) le choix par le législateur de l'appellation « *tribunal* » qui, en elle-même,

⁹⁹³ DREWRY Gavin. "The Judicialisation of 'Administrative Tribunals' in the UK: From Hewart to Legatt", *op. cit.*, p. 46: "At the beginning of the 20 th century, however, with widespread acceptance in legal circles of Dicey's dogmatic assertion that introducing a separate system of administrative law in the UK would pose a threat to the rule of law".

⁹⁹⁴ *Report of the Franks Committee on Administration*, 1957, par. 40.

témoigne de la volonté parlementaire d'en faire des outils juridictionnels⁹⁹⁵. À cette époque, les *tribunals* étaient, par conséquent, des juridictions privées de garanties qui leur étaient dues.

691. Gavin Drewry souligne un aspect particulièrement intéressant des travaux du *Franks Committee*, à savoir que « *l'identification des tribunaux comme faisant partie du mécanisme de jugement a conduit la Commission, en faisant ses recommandations spécifiques, sur la voie d'une formalité juridique et d'une judiciarisation accrues.* »⁹⁹⁶. « *Si les tribunaux devaient être des compléments du système judiciaire, alors ils devaient certainement se comporter davantage comme de véritables tribunaux : présidence qualifiée, représentation juridique, procédures ordonnées, audiences publiques, décisions motivées et possibilité de recours devant les tribunaux* »⁹⁹⁷.

692. Le rapport rendu par la Commission identifia ainsi trois grands principes devant régir le fonctionnement et l'organisation des *tribunals*: transparence, équité et impartialité⁹⁹⁸. Dans cette perspective, la Commission émit toute une série de recommandations, parmi lesquelles : la « *création d'un Conseil des tribunaux (un 'organisme public non ministériel' consultatif) chargé de superviser la constitution et le fonctionnement des différents tribunaux* »⁹⁹⁹ ; la nomination des membres des *tribunals* par le Conseil plutôt que par le ministre, ou encore l'exigence que le président d'un *tribunal* dispose de compétences juridiques.

693. Dans le prolongement du rapport, le législateur consacrait expressément les *tribunals* comme des institutions faisant partie de l'appareil judiciaire et non administratif de l'État. C'est ce que prévoyait le *Tribunal and Inquiries Act* voté en 1958 qui, par ailleurs, reprenait, beaucoup des recommandations qui avaient été formulées par le *Franks Committee*. Ainsi, il mit en place un « *Conseil des tribunaux* », organisme public consultatif non ministériel, « *parrainé par le ministère de la justice pour suivre et rendre compte de la Constitution et du*

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ DREWRY Gavin. "The Judicialisation of 'Administrative Tribunals' in the UK: From Hewart to Legatt", *op. cit.*, p. 52: "But one of the most interesting issues arising from the Franks exercise is the extent to which the identification of tribunals as part of the machinery of adjudication led the Committee, in making its specific recommendations, down the road of increased legal formality and judicialisation."

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 51: "The Franks Report concluded that tribunals 'have come to stay'. It identified their advantages as 'cheapness, accessibility, freedom from technicality, expedition and expert knowledge of their particular subject.' And it enunciated three broad principles that should govern the operation both of tribunals and of planning inquiries: openness, fairness and impartiality."

⁹⁹⁹ *Ibid.* : "Many of the changes that came about in consequence of Franks were superseded by subsequent reforms, including the recent ones discussed later in this article. The following are some of the highlights: • Establishment of a Council on Tribunals (an advisory 'non-departmental public body') to oversee the constitution and working of the various tribunals."

fonctionnement des tribunaux placés sous son contrôle et, le cas échéant, pour examiner les procédures administratives des enquêtes statutaires et en rendre compte. »¹⁰⁰⁰.

694. Certaines recommandations formulées par la Commission ne seront néanmoins pas reprises par le législateur, comme celle de confier au « *Conseil des tribunaux* » la mission de nommer les membres des *tribunals*¹⁰⁰¹, qui demeurait de la compétence du ministre, le Conseil ne se voyant reconnaître que le pouvoir des « *recommandations générales* ».

695. Si les XIX^{ème} et XX^{ème} siècles constituent les premiers pas de la reconnaissance de la nature juridictionnelle des *tribunals*, celle-ci sera approfondie dans les premières années du XXI^{ème} siècle.

2) *Les tribunaux au XXI^{ème} siècle, l'approfondissement de cette reconnaissance*

696. Ce mouvement de reconnaissance de la mission juridictionnelle remplie par les *tribunals* se poursuivra par la suite, pour se réaliser avec encore plus d'intensité dans les années 2000. Pour Mark Elliott ces années marquaient, avec la publication du *Legatt Report* et l'adoption du *Tribunals, Courts and Enforcement Act* en 2007, la « *conclusion logique de ce processus* » de reconnaissance.

697. En mai 2000, le *Lord Chancellor* chargea un ancien juge de la Cour d'appel, Sir Andrew Legatt, de mener à bien une enquête sur les *tribunals*. Comme le souligne Gavin Drewry, cette enquête prenait place au milieu d'une série de réformes de la justice civile et pénale menées à bien par le gouvernement de Tony Blair, à partir de 1997¹⁰⁰².

698. Le rapport Legatt dans son paragraphe 1.3, observait que le développement aléatoire des *tribunals* avait entraîné "*de grandes variations dans les pratiques et les approches, et une absence quasi-totale de cohérence*"¹⁰⁰³. Il constatait que l'organisation des *tribunals*

¹⁰⁰⁰ "Council on Tribunals", *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.gov.uk/government/organisations/council-on-tribunals>.

¹⁰⁰¹ GRIFFITH J.A.G. "Tribunals and Inquiries – 'But what good came of it at last?' Quoth little Peterkin. 'Why that I cannot tell,' said he, 'But 'twas a famous victory.'", *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, pp. 125-145.

¹⁰⁰² DREWRY Gavin. "The Judicialisation of 'Administrative Tribunals' in the UK: From Hewart to Legatt", *op. cit.*, p. 53: "In May 2000, the Lord Chancellor appointed Sir Andrew Leggatt, a former Court of Appeal judge, to carry out a review of the tribunal system. His report was published in August 2001 (Leggatt, 2001). This exercise can be seen as part of a series of radical reforms of the civil and criminal justice system by the Labour Government that came to office in 1997."

¹⁰⁰³ LEGATT Andrew. *Tribunals for Users One System, One Service – Report of the Review of Tribunals* by Sir Andrew Legatt, March 2001, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.tribunals-review.org.uk/leggatthtm/leg-00.htm>.

s'était développée davantage « pour répondre aux besoins et aux commodités des services et autres organismes qui gèrent les tribunaux, (...) qu'aux besoins des utilisateurs »¹⁰⁰⁴.

699. Pour remédier à cette situation, le rapport préconisait la présence de quatre garanties : 1) celle de l'absence de liens entre le juge d'un *tribunal* et l'organe contre lequel le recours en appel est exercé, 2) celle d'une organisation plus cohérente des *tribunals* afin d'améliorer la qualité de leurs services, 3) celle de développer « une approche plus cohérente des services que les utilisateurs doivent recevoir s'ils veulent être en mesure de préparer et de présenter eux-mêmes des dossiers. » ; 4) celle d'un service « orienté vers l'utilisateur (...) beaucoup plus clair qu'il ne l'est actuellement en indiquant aux utilisateurs quels services ils peuvent attendre, et ce qu'il faut faire si les règles de ces services ne sont pas respectées. »¹⁰⁰⁵.

700. Le rapport formula, en outre, deux recommandations : 1) l'instauration d'un *Tribunal service* qui prendrait en charge la gestion des *tribunals*, 2) la mise en place d'une structure des *tribunals* à deux étages, « dirigée par un juge principal qui exercerait de larges fonctions de direction judiciaire »¹⁰⁰⁶.

701. La loi de 2007 souligne « le statut juridictionnel et l'indépendance des tribunaux et de leurs juges »¹⁰⁰⁷ de plusieurs manières. Ainsi, la loi consacre expressément le principe d'indépendance des *tribunals judiciary* dans la section 1 -disposition modifiant la section 3 du *Constitutional Reform Act 2005* relative à la « garantie du maintien de l'indépendance du pouvoir judiciaire »¹⁰⁰⁸- afin d'inclure dans le « pouvoir judiciaire » désigné, les *tribunals*. Cette inclusion a pour effet de modifier les modalités de désignation des juges qui les composent, désormais nommés par la JAC (*Judicial Appointments Commission*). Ils gagnent, par là même, en indépendance face au gouvernement et au législateur.

702. La loi de 2007 a également eu pour effet de réaménager l'organisation des *tribunals*. Le « Conseil des tribunaux » est remplacé par le « Conseil de justice administrative ». Ce Conseil est le « seul organe de contrôle de l'ensemble du système de justice administrative

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ ELLIOTT Mark. « Ombudsmen, Tribunals, Inquiries : Re-fashioning Accountability Beyond the Courts », In *Accountability in the Contemporary Constitution*, op. cit., p. 237: « The judicial status and independence of tribunals and tribunal judges is emphasized under the new arrangements in a number of further ways. ».

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

au Royaume-Uni, conseillant le gouvernement, y compris les gouvernements décentralisés, et le pouvoir judiciaire sur le développement de ce système »¹⁰⁰⁹.

703. La loi de 2007 a aussi créé la fonction de *Senior President of Tribunals*, elle aussi caractérisée par son indépendance à l'égard de l'exécutif. À la manière du *Lord Chief Justice* qui préside l'appareil judiciaire ordinaire de l'Angleterre et du Pays de Galles, le *Senior President of Tribunals* dirige les *tribunals* anglais, gallois mais aussi écossais et nord-irlandais dans certains cas spécifiques (le domaine de l'immigration et de l'asile mais aussi le domaine fiscal)¹⁰¹⁰. Une des missions qui incombe au Président est celle de représenter les opinions des juges des *tribunals* auprès du *Lord Chancellor*, des parlementaires et des ministres¹⁰¹¹.

704. Cette loi a enfin mis en place un système à « double degré de juridictions » pour les *tribunals*¹⁰¹². Furent ainsi créés un *First-tier tribunal* (Tribunal de premier niveau), et un *Upper tribunal* (Tribunal supérieur). Le *First-tier tribunal* est divisé en 6 chambres, le *Upper tribunal* en 4¹⁰¹³. Les décisions du *First-tier tribunal* peuvent faire l'objet d'un appel – uniquement en droit- auprès du *Upper tribunal*. Les décisions rendues par ce dernier sont susceptibles d'appel-uniquement en droit- devant une juridiction ordinaire supérieure, à savoir la *Court of appeal*, la *Court of Session* ou la *Court of appeal* d'Irlande du Nord, selon la localisation géographique. Ce faisant, le législateur rattachait les *tribunals* aux juridictions ordinaires et témoignait de la volonté de les rapprocher de ces dernières. En 2014, une loi créa un même système de *tribunals* pour l'Écosse ; le *Tribunals (Scotland) Act 2014* réorganisa complètement le système des *tribunals* autour d'un système à deux niveaux, composé du *First-tier Tribunal for Scotland* et de l'*Upper Tribunal for Scotland*¹⁰¹⁴.

705. L'indépendance des *tribunals* passe également par la consécration de l'inamovibilité des juges dans la loi de 2007. De manière plus générale, et comme l'observe Mark Elliott, l'indépendance des juges des *tribunals* est garantie non seulement par une indépendance institutionnelle mais aussi par un principe de séparation, qui commande de

¹⁰⁰⁹ « Administrative Justice Council », *Justice*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://justice.org.uk/ajc/>.

¹⁰¹⁰ « Senior President of Tribunals », *Courts and Tribunals Judiciary*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/tribunals/senior-president-tribunals/>.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² « Tribunal », *Courts and Tribunals Judiciary*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/tribunal-jurisdiction/>.

¹⁰¹³ « Tribunals structure chart », *Courts and Tribunals Judiciary*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/tribunals-chart-updated-may-2020-2/>.

¹⁰¹⁴ « About Scottish Tribunals », *Scottish Courts and Tribunals*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.scotcourts.gov.uk/the-courts/the-tribunals/about-scottish-tribunals>.

protéger les juges de toute forme de pressions qui pourraient influencer leurs prises de décision¹⁰¹⁵.

706. Les *tribunals* fonctionnent aujourd'hui de manière très similaire à des juridictions, ce fonctionnement témoigne de la volonté d'en assurer l'indépendance. Les *tribunals* siègent en formation composée d'un Président doté de compétences juridiques et d'autres membres ayant chacun un ou des domaines d'expertise(s) spécifique(s)¹⁰¹⁶. Pour trancher une affaire et pour réunir des preuves, les *tribunals* ont, par ailleurs, le pouvoir d'entendre des témoins.

707. Les audiences des *tribunals* sont publiques sauf dans deux cas : quand il y a un enjeu de sécurité nationale et quand des preuves de nature très personnelle sont en jeu¹⁰¹⁷. Au moment du jugement, les présidents ou les juges des *tribunals* peuvent être assistés « *par d'autres membres qualifiés sur le plan juridique ou par des membres expérimentés de groupes de spécialistes.* »¹⁰¹⁸. Ces juridictions ont la compétence d'imposer des amendes et d'accorder des compensations et des frais¹⁰¹⁹. Beaucoup d'affaires soumises aux *tribunals* le sont par des individus agissant de leur propre initiative, pour des affaires les concernant directement et sans l'assistance d'avocats¹⁰²⁰.

708. Bien plus que de rénover le statut des juges qui composent l'appareil judiciaire, la loi de 2005 a également réorganisé les institutions qui le chapeautent ici aussi, en vue d'une indépendance de la justice renforcée.

¹⁰¹⁵ ELLIOTT Mark. « Ombudsmen, Tribunals, Inquiries : Re-fashioning Accountability Beyond the Courts », In *Accountability in the Contemporary Constitution*, *op. cit.*, p. 237: « *Of course, judicial independence is secured not only through institutional independence, but also by judicial seclusion: that is, the insulation of individual judges from pressures that might improperly influence their decision-making.* ».

¹⁰¹⁶ « Tribunal », *Courts and Tribunals Judiciary*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/tribunal-jurisdiction/>.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Ibid.*

II) De nouvelles institutions judiciaires pour une indépendance renforcée

709. La création de nouvelles institutions judiciaires au début des années 2000 est un élément important dans le mouvement de juridictionnalisation du régime politique britannique et de la justice constitutionnelle. Elle contribue à renforcer la place du juge dans les institutions politiques et juridiques.

710. Elle participe à la rénovation de leur image et contribue à améliorer l'idée de limitation du pouvoir des gouvernants et donc l'idée de *rule of law*. La rénovation de l'image des juges se réfère au problème de la légitimité du pouvoir judiciaire aux yeux de l'opinion publique c'est-à-dire de l'ensemble des citoyens, associations, syndicats ou encore médias.

711. Ces deux nouvelles institutions (*Lord Chief Justice* et *Supreme Court*) ont participé à la rénovation de l'image du pouvoir judiciaire en ce qu'elles sont venues accroître l'indépendance du pouvoir judiciaire et partant la confiance dont il bénéficie.

712. Ainsi, le remplacement du *Lord Chancellor* par le *Lord Chief Justice* marque la volonté de faire du pouvoir judiciaire un pouvoir démarqué de l'exécutif (A), alors que la création de la Cour suprême marque la préoccupation de dissocier la fonction de juger de celle de légiférer. Lord Falconer of Thoroton rappelait dans le préambule du rapport rendu par le *Département pour les affaires constitutionnelles* le 3 juillet 2003, que l'objectif poursuivi par le gouvernement dans la création de la Cour suprême est bien de « *renforcer l'indépendance du judiciaire par rapport à la législature et à l'exécutif* »¹⁰²¹(B).

A) Le transfert de compétences judiciaires du Lord Chancellor au Lord Chief Justice : réaménagement salutaire des pouvoirs

¹⁰²¹ Department for Constitutional Affairs. *Constitutional Reform: a Supreme Court for the United Kingdom*, July 2003, 53 p., p. 4: "Separately and together they deal with issues of great constitutional importance because they focus on changes to the Judiciary's relationship with the executive and the legislature."

713. Une nouvelle direction de l'appareil judiciaire vient aussi illustrer l'indépendance de la justice, révélatrice de la juridictionnalisation. Avant la loi de 2005, l'empiètement du *Lord Chancellor* sur les différentes fonctions étatiques était un sujet de préoccupation (1). Depuis l'adoption du *CRA* en 2005, la direction de l'appareil judiciaire n'est plus confiée au *Lord Chancellor*, ministre du gouvernement, mais au *Lord Chief Justice*. Cette réforme est venue protéger encore davantage l'appareil judiciaire des empiètements possibles des pouvoirs exécutif et législatif. Cette réforme aide en effet à conforter la place du juge face à ces pouvoirs, et à renforcer son intervention dans les rapports de force qui peuvent survenir (2).

1) *La situation ante 2005, le Lord Chancellor et la concentration des pouvoirs*

714. Le *Lord Chancellor* était un membre du Cabinet, *Speaker* de la Chambre des Lords et avait le droit d'intervenir et de voter à la Chambre en tant que membre du gouvernement¹⁰²². C'est à lui que revenaient les missions d'administrer et de gérer toutes les juridictions. Par conséquent, c'est de lui que dépendaient le financement et l'organisation des *magistrates courts*. Il était en outre juge à l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords. Le rôle judiciaire attribué au *Lord Chancellor* était, ainsi, conséquent ; il exerçait une « *influence considérable dans le développement du droit à travers la réforme du droit et sur le rôle que les Law Lords devaient avoir* »¹⁰²³.

715. Les hypothèses d'immixtion de l'exécutif dans le fonctionnement de l'appareil judiciaire étaient particulièrement avérées quand les *Lord Chancellor* acceptaient de siéger en tant que juges à la Chambre des Lords et au Conseil privé dans des affaires dans lesquelles le gouvernement pouvait avoir des intérêts. Ce fut le cas pour Lord Hailsham et Lord Mackay qui remplirent leur fonction respectivement de 1970 à 1974 et de 1979 à 1987 pour le premier et

¹⁰²² House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Office of the Lord Chancellor*, *op. cit.*, p. 6: "During the 20th century, the Lord Chancellor's role expanded significantly. By 2003 the Lord Chancellor was an important parliamentarian, Cabinet minister, and judge. He was entitled to preside as Chairman of the Appellate Committee of the House of Lords (the Law Lords) 5 and of the Judicial Committee of the Privy Council. As head of the judiciary, 6 he was responsible, directly or by making recommendations, for a large number of judicial appointments, and for judicial discipline."

¹⁰²³ WOODHOUSE Diana. « The Office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role- the rest will follow », *op. cit.*, pp. 134-135: "As Supreme Judge and head of the judiciary he can exert influence on the development of the law through law reform and through his expectation of the role the Law lords should play."

de 1987 à 1997 pour le second¹⁰²⁴. Ce fut aussi le cas pour Lord Irvine, qui devint président de plusieurs sous-commissions parlementaires sur des sujets aussi variés qu'essentiels tels que la dévolution, la liberté d'information, l'incorporation de la CEDH, et aussi la réforme de la Chambre des Lords¹⁰²⁵. Comme le précise Susanna Frederick Fisher, certains commentateurs ont par ailleurs dénoncé le fait que les *Lord Chancellor* intervenaient dans des affaires pénales dans lesquelles le gouvernement avait un intérêt indirect¹⁰²⁶.

716. L'ensemble de ces éléments témoignait de « *la facilité avec laquelle le pouvoir et l'influence du Lord Chancellor ont pu être étendus jusqu'à l'inapproprié pour un ministre* »¹⁰²⁷. Une telle influence d'un membre du gouvernement était de nature à faire douter de l'effectivité et de l'efficacité de l'intervention des juges dans leur mission de définition et de protection des règles constitutionnelles. Malgré cela, Lord Hailsham et Lord Mackay acceptèrent de statuer en tant que juge dans de telles situations ; Lord Irvine précisa même à la Chambre des Lords qu'il se refusait à déterminer des règles précises relatives aux situations dans lesquelles le *Lord Chancellor* devait ou non statuer en tant que juge.

717. Ainsi a pu être nourri la suspicion sur l'indépendance de la justice et sur la capacité de l'appareil juridictionnel à jouer un rôle pleinement efficace dans l'exercice de la justice constitutionnelle. C'est pour cette raison que la réforme de 2005 a modifié les fonctions du *Lord Chancellor* et a ainsi contribué à une meilleure mise en œuvre de la séparation des pouvoirs.

¹⁰²⁴ FREDERICK FISCHER Susanna. « Playing Poohsticks with the British Constitution? The Blair Government's Proposal to Abolish the Lord Chancellor », *Penn State International Law Review*, 2005, vol. 24, pp. 257-329, p. 277.

¹⁰²⁵ WOODHOUSE Diana. « The Office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role- the rest will follow », *op. cit.*, p. 129: « *Concern about the executive role of the Lord Chancellor has therefore continued. Moreover, under his Lord Chancellorship, it has a new dimension, for Lord Irvine has exerted greater political influence than any other modern occupant of the office. This was evident in his assumption of a 'pivotal role [in Labour's] constitutional revolution', whereby, upon taking office, he became chairman of the sub-committees on devolution, freedom of information, the incorporation of the ECHR and, subsequently, the reform of the House of Lords.* ».

¹⁰²⁶ FREDERICK FISCHER Susanna. « Playing Poohsticks with the British Constitution? The Blair Government's Proposal to Abolish the Lord Chancellor », *op. cit.*, p. 277: « *Some commentators have argued that it is also inappropriate for the Lord Chancellor to hear cases in which the government has an indirect interest, such as criminal appeals, but the three most recent Lord Chancellors at the time of Blair's announcement did not accept any such broad restrictions on their discretion to sit as judges.* ».

¹⁰²⁷ WOODHOUSE Diana. « The Office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role- the rest will follow », *op. cit.*, p. 130: « *They also drew attention to the ease with which a Lord Chancellor's power and political influence could be extended and to the inappropriateness of a minister, who is intimately involved in government policy-making, also sitting as judge and assuming the position of head of the judiciary.* ».

2) *La réforme de 2005 et la fonction de Lord Chancellor, une meilleure mise en œuvre de la séparation des pouvoirs*

718. L'annonce faite le 12 juin 2003, par le Premier ministre de la suppression des fonctions judiciaires du *Lord Chancellor* fut un véritable choc : un simple communiqué de presse mettait ainsi fin à un poste qui dans son agencement remontait au XI^{ème} siècle¹⁰²⁸. Comme l'affirme Aurélien Antoine, « l'année 2005 aura été marquée par une véritable révolution puisque la séparation des pouvoirs, exigée par la Convention, a été appliquée à l'une des plus anciennes institutions du Royaume, le *Lord Chancellor* »¹⁰²⁹. Depuis la réforme de 2005, le *Lord Chancellor* a ainsi perdu ses attributions judiciaires au profit du *Lord Chief Justice*. Le *Lord Chief Justice* est totalement indépendant des institutions politiques et a pour fonction de diriger l'appareil judiciaire de l'Angleterre et du Pays de Galles. Les équivalents du *Lord Chief Justice* pour l'Écosse et l'Irlande du Nord sont respectivement, le *Lord President of the Court of Session* et le *Lord Chief Justice of Northern Ireland*.

719. Pour ne pas réitérer le risque de confusion des pouvoirs, le *Lord Chief Justice* ne se voit pas reconnaître le droit de prendre directement part au débat législatif, même si la section 5 (1) du *CRA* lui confère la possibilité de communiquer au Parlement via des recommandations écrites sur tout sujet qui lui semble important relatif au pouvoir judiciaire. Il a, en outre, la fonction de Président des cours d'Angleterre et du Pays de Galles et a pour mission de faire connaître les opinions de l'appareil judiciaire au gouvernement et au Parlement.

720. Le *Lord Chancellor*, quant à lui, exerce toujours des compétences exécutives du fait de sa fonction de ministre de la justice et exerce encore une mission de contrôle et de surveillance de l'appareil judiciaire. Il est donc appelé à jouer un rôle dans la préservation de son indépendance¹⁰³⁰. Il est, à cet égard, un acteur de la justice constitutionnelle. Lui incombe également la mission de garantir un système judiciaire efficace et effectif¹⁰³¹, mission consacrée dans la section 1(1) du *Courts Act* voté en 2003¹⁰³². C'est dans le cadre de cette mission que le

¹⁰²⁸ DE BEAUSSE DE LA HOUGUE Claire. « Un aspect des réformes constitutionnelles au royaume-uni : la disparition du Lord Chancelier- D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 2, n° 62, pp. 291-310.

¹⁰²⁹ ANTOINE Aurélien. « Les enjeux de la création d'une cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n° 2, pp. 283 291.

¹⁰³⁰ House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Office of the Lord Chancellor*, op. Cit., p. 7.

¹⁰³¹ *Ibid.*

¹⁰³² *Courts Act* 2003, section 1(1): "(1) *The Lord Chancellor is under a duty to ensure that there is an efficient and effective system (...)*".

Lord Chancellor, Robert Buckland, rappela en février 2020 son engagement de « résister aux tentations de politisation et d'affaiblissement du système judiciaire »¹⁰³³.

721. En outre, c'est à lui que revient la responsabilité en matière d'attribution de l'aide juridictionnelle¹⁰³⁴. Le *Lord Chancellor* a donc encore la possibilité d'agir sur l'appareil judiciaire.

722. Même si ces points de contacts entre le Lord Chancelier et le fonctionnement de l'appareil judiciaire peuvent être critiquables, la loi de 2005 insiste bien sur la nécessité de promouvoir et de défendre le principe d'indépendance du judiciaire dans les rapports de pouvoirs, principe essentiel à l'effectivité de l'intervention des juges dans la justice constitutionnelle. La section 3(1)¹⁰³⁵ et 3(6)¹⁰³⁶ du *CRA* rappelle en effet, que s'impose au *Lord Chancellor* le devoir de respecter le *rule of law* et de défendre le principe d'indépendance de la justice. Ce devoir est extrêmement important et même plus prégnant que celui pesant sur les autres ministres. Il implique que si une loi discutée au sein du Cabinet met en cause ce principe, par exemple en prévoyant des *ouster clauses*, le *Lord Chancellor* doit expressément affirmer la menace ainsi posée au principe d'indépendance¹⁰³⁷.

723. Dans le prolongement de cette disposition, la section 3(5) interdit expressément au *Lord Chancellor* et à ses ministres de chercher à influencer sur les décisions de justice par le biais d'un droit d'accès spécial à la justice¹⁰³⁸. D'ailleurs, le *Lord Chancellor* a aussi comme devoir de veiller au comportement des ministres par rapport aux juges et à leurs décisions de justice. Il doit s'assurer que les ministres n'attaquent pas les juges et réprimander ceux qu'ils le

¹⁰³³ FALCONER Charles. « This government has plans that would destroy the protection of the law », *The Guardian*, 12th February 2020, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/12/protection-law-politicians-judges-courts>. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/12/protection-law-politicians-judges-courts> : « On Sunday, the lord chancellor, Robert Buckland, said he would resist attempts to politicise and weaken the judiciary. He said he would uphold his oath as lord chancellor to protect judges' independence. ».

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ *Constitutional Reform Act 2005*, section 3(1): « The Lord Chancellor, other Ministers of the Crown and all with responsibility for matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice must uphold the continued independence of the judiciary. ».

¹⁰³⁶ *Constitutional Reform Act 2005*, section 3(6): « The Lord Chancellor must have regard to—(a) the need to defend that independence; (b) the need for the judiciary to have the support necessary to enable them to exercise their functions; (c) the need for the public interest in regard to matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice to be properly represented in decisions affecting those matters. ».

¹⁰³⁷ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Relations between the executive, the judiciary and Parliament*, session 2006-2007, 6th report, 104 p., p. 17: « Even though the Lord Chancellor is no longer head of the judiciary, it is essential that he should remain a jealous guardian of judicial independence in Cabinet. ».

¹⁰³⁸ *Constitutional Reform Act 2005*, section 3(5): « The Lord Chancellor and other Ministers of the Crown must not seek to influence particular judicial decisions through any special access to the judiciary. ».

font¹⁰³⁹. Le cas célèbre de Lord Falconer illustre parfaitement l'échec du *Lord Chancellor* sur le sujet. Cette section a donc sa place dans le dispositif mis en place par la loi de 2005 dont le but est de rénover la place du juge dans la justice constitutionnelle, revalorisation qui favorise la juridictionnalisation du système c'est-à-dire l'emprise accrue du juge sur l'application et la protection de l'ordre constitutionnel.

724. Enfin, la réforme de 2005 a également créé le Ministère de la Justice. Celui-ci exerce des compétences qui revenaient autrefois au *Home Office*.

725. En plus de réorganiser les attributions du *Lord Chancellor*, le législateur a également réformé la juridiction suprême: l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords est ainsi remplacé par la Cour suprême.

B) Le remplacement salutaire de l'Appellate Committee de la Chambre des Lords par la Cour suprême

726. Comme le rappelle Aurélie Duffy-Meunier, la création de la Cour suprême s'explique par un « *objectif de transparence et de clarté institutionnelle* »¹⁰⁴⁰. Cette volonté d'indépendance porte tant sur la localisation, l'élaboration des règles de fonctionnement, la composition ou encore le mode de financement de la Cour suprême. Dans un rapport sur la création du ministère de la justice rendu pendant la session 2006-2007, Lord Phillips of MatraVERS met clairement en avant cette idée : « *L'indépendance de la justice ne peut pas exister par elle-même –les juges doivent disposer de leurs propres personnels, immeubles et équipements afin de permettre l'exercice d'une fonction judiciaire indépendante.* »¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Relations between the executive, the judiciary and Parliament*, op. cit., p. 21: "Ensuring that ministers do not impugn individual judges, and restraining and reprimanding those who do, is one of the most important duties of the Lord Chancellor."

¹⁰⁴⁰ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Jus Politicum - n°9, Constitutions écrites dans l'histoire*, 2013, [en ligne], [consultée le 03 février 2014], <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-Duffy-1-3.pdf>.

¹⁰⁴¹ House of Commons Select Constitutional Affairs Committee. *The Creation of the Ministry of Justice*, session 2006-2007, 6th report, 13 p., HC 466, Ev 27: "The judiciary is an independent arm of the state and is fundamental to the Rule of Law. It is not a privilege for the judiciary but is an essential requirement for every citizen to ensure the fair and impartial resolution of disputes. The administrative system that supports the judiciary underpins that independence. Judicial independence cannot exist on its own - judges must have the loyal staff, buildings and equipment to support the exercise of the independent judicial function."

727. Le remplacement du Comité d'appel de la Chambre des Lords¹⁰⁴² par la Cour suprême est hautement symbolique de la rénovation de l'image du juge, rénovation qui accentue la séparation des pouvoirs¹⁰⁴³ et ainsi conforte sa place parmi les institutions exerçant la justice constitutionnelle (1).

728. Plus spécifiquement, les modalités de désignation et de composition de la Cour attirent particulièrement l'attention, notamment au regard de l'actualité et des propos qui font de ces premières, les principales responsables d'un activisme (prétendument) déplacé de la Cour (2).

1) La mise en place d'une juridiction suprême détachée de l'enceinte parlementaire

729. La suppression des *Law Lords* a conduit non seulement à redorer l'image des juges par rapport à l'opinion publique (a), mais aussi à renforcer leur place par rapport au Parlement et au gouvernement (b).

a) La place redorée des juges face à l'opinion publique

730. Le CRA, en entérinant une règle conventionnelle préexistante, avait plus pour objectif, comme le note Aurélie Duffy-Meunier, « *d'améliorer la perception que l'opinion publique pouvait avoir d'une formation juridictionnelle de la Chambre des Lords faisant partie intégrante de la Chambre législative.* »¹⁰⁴⁴. La création de la Cour suprême servait ainsi à rendre la démarcation entre le Parlement et les juges plus claire et visible. L'objectif de la mise en place de cette juridiction suprême était bien de rendre son fonctionnement plus transparent et de la rendre plus accessible¹⁰⁴⁵. Le but de la réforme n'était pas tant de prôner une révolution institutionnelle que de montrer à l'opinion publique l'indépendance de la juridiction suprême

¹⁰⁴² Sur la Chambre des Lords en tant que juridiction suprême voir. LENOIR Noëlle. « La Chambre des Lords, à propos des projets actuels de réformes constitutionnelles », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, février 2011, n°3, [en ligne], [consultée le 20 octobre 2013], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-3/la-chambre-des-lords-a-propos-des-projets-actuels-de-reformes-constitutionnelles.52854.html>.

¹⁰⁴³ DEPARIS Olivier. « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, vol.3, n°32, pp. 223-231.

¹⁰⁴⁴ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

¹⁰⁴⁵ Department for Constitutional Affairs. *Constitutional Reform: a Supreme Court for the United Kingdom*, *op. cit.*

et donc la confiance dont elle peut être tributaire. Dans le rapport précité du 3 juillet 2003, il y est bien précisé que la réforme de 2005 avait pour objectif d'aligner le système juridictionnel du Royaume-Uni sur « *les attentes du peuple sur l'indépendance et la transparence du pouvoir judiciaire* »¹⁰⁴⁶. C'est d'ailleurs pour assurer cette image de juridiction indépendante et transparente auprès du public, que le nom des juges suprêmes a été changé. Selon le rapport de 2003, il était important -pour ne pas entraîner de confusion- que l'appellation des membres de la nouvelle juridiction suprême témoigne bien de l'indépendance de cette dernière à l'égard des représentants. La mise en place de la Cour suprême répond à l'impératif de rendre plus clair pour les citoyens le rôle que jouent les juges suprêmes dans la protection des règles constitutionnelles¹⁰⁴⁷.

731. En plus de vouloir modifier la manière dont les juges suprêmes sont considérés par les citoyens, la loi de 2005 a également cherché à rénover la place de ces mêmes juges face au Parlement.

b) La place rénovée des juges face au Parlement

732. La création de la Cour suprême par la troisième partie du *CRA* de 2005 et son application effective au 1^{er} octobre 2009, étaient vues comme un moyen nécessaire à l'affichage de l'indépendance des juges suprêmes par rapport au Parlement de Westminster et spécifiquement à la Chambre des Lords. Cette nécessité était parfaitement exprimée par Lord Falconer of Thoroton en janvier 2004, qui affirmait la nécessité de séparer les juges suprêmes de la législature¹⁰⁴⁸. La section 23(1) consacre expressément son existence¹⁰⁴⁹ et ses membres sont des *Justices*, alors que ceux de l'*Appellate Committee* s'appelaient *Law lords*¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 10: « *the intention is that the new Court will put the relationship between the executive, the legislature and the judiciary on a modern footing, which takes into account of people's expectations about the independence and the transparency of the judiciary* ».

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 40: « *It would be misleading to leave the members of the Supreme Court with titles which appeared to accord them a lower rank. That might point to retaining the title of Lord of Appeal. At the same time, it would equally be misleading to give the judges of the Supreme Court a title that could continue to confuse the public about their relationship with the House of Lords.* ».

¹⁰⁴⁸ HL Deb 12 February 2004 vol 656 cc1211-40: « *It cannot be right for our final court of appeal to be located in the legislature. That produces confusion. It has led, in recent times, to the Law Lords issuing a self-denying ordinance indicating the circumstances in which they will not speak in this Chamber.* ».

¹⁰⁴⁹ *Constitutional Reform Act 2005*, section 23(1): « *There is to be a Supreme Court of the United Kingdom.* ».

¹⁰⁵⁰ *Constitutional Reform Act 2005*, section 23(6): « *The judges other than the President and Deputy President are to be styled 'Justices of the Supreme Court'.* ».

733. Avant 2005, le principe d'indépendance des juges suprêmes bien qu'existant, était moins affirmé dans le système judiciaire britannique : les juges suprêmes appartenant à la Chambre des Lords apparaissaient, en effet, comme fortement liés au Parlement. Jusqu'aux années 1990, les *Law Lords* participaient aux travaux législatifs¹⁰⁵¹ et siégeaient au sein de commissions même s'ils ne votaient pas. Cette pratique tombée en désuétude, avait été remplacée par une règle conventionnelle selon laquelle, les *Law Lords* s'engageaient à ne pas participer aux débats et à ne pas voter quand la discussion portait sur un sujet politique important.

734. C'est ainsi qu'à partir de l'entrée en vigueur du *HRA* le 2 octobre 2000, les *Law Lords* « se sont engagés sous la présidence de Lord Bingham of Cornhill, à ne pas participer aux débats, à ne pas voter lorsqu'une question soulève une controverse politique importante et à ne pas exprimer publiquement une opinion sur une affaire susceptible d'être portée plus tard devant eux »¹⁰⁵². La section 137(3) de la loi de 2005 prend acte de cette pratique et interdit ainsi à un membre de la Chambre des Lords exerçant une fonction judiciaire, de siéger et de voter à la Chambre des Lords¹⁰⁵³, dans une commission de cette Chambre¹⁰⁵⁴ ou dans une commission mixte relevant des deux Chambres¹⁰⁵⁵.

735. La localisation de la Cour suprême est, en elle-même, représentative de la volonté de rompre avec le système préexistant et d'affirmer la nécessité de l'indépendance des juges suprêmes. Jusqu'alors, la seule localisation au sein du Parlement pouvait, en effet, laisser douter d'une réelle séparation des pouvoirs au Royaume-Uni¹⁰⁵⁶. « *L'installation de la Cour suprême hors de l'enceinte du Parlement dans le bâtiment du Middlesex Guildhall sur Parliament Square, consacre au niveau géographique l'indépendance administrative de la*

¹⁰⁵¹ Les *Law Lords* avaient alors les mêmes droits que les pairs à vie et ces droits incluaient le droit de parler et de voter à la Chambre des Lords sur des matières législatives.

¹⁰⁵² DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

¹⁰⁵³ *Constitutional Reform Act 2005*, section 137(3)(a): "(3)A member of the House of Lords is, while he holds any disqualifying judicial office, disqualified for sitting or voting in - (a)the House of Lords,"

¹⁰⁵⁴ *Constitutional Reform Act 2005*, section 137(3)(b): "(3)A member of the House of Lords is, while he holds any disqualifying judicial office, disqualified for sitting or voting in - (b)a committee of that House or-"

¹⁰⁵⁵ *Constitutional Reform Act 2005*, section 137(3)(c): "(3)A member of the House of Lords is, while he holds any disqualifying judicial office, disqualified for sitting or voting in - (c)a joint committee of both Houses."

¹⁰⁵⁶ PERLIN Debra. "Marbury on the Thames: Separation of powers in the United Kingdom Nascent Supreme Court", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol 42, n°191, 2016, pp. 191-221, p. 201: "Its location within Parliament's walls was a visual reminder that although the judiciary and the executive branches were legally separated, the judiciary and the legislative were not."

Cour suprême. »¹⁰⁵⁷. Placer la juridiction suprême en dehors des murs du Parlement revient à afficher cette indépendance « *aux yeux de tous* »¹⁰⁵⁸.

736. L'indépendance des juges de la Cour suprême s'observe néanmoins dans les modalités de gestion du personnel. Cette dernière est, en vertu de la section 49 de la loi de 2005¹⁰⁵⁹, confiée au Président de la Cour, seul ou en collaboration avec le *Chief executive* (désigné par le Président). Comme l'affirme Aurélie Duffy-Meunier, « *le fait que le personnel de la Cour doit accomplir sa tâche en accord avec les directives du Président de la Cour et soit responsable uniquement devant lui garantit l'autonomie administrative de la juridiction* »¹⁰⁶⁰.

737. L'autonomie renforcée de la juridiction suprême s'observe aussi dans les modalités d'élaboration de ses règles de fonctionnement. La Cour suprême est régie par ses propres Règles (*Rules*) et Directives Pratiques (*Practice Directions*). Les Règles de la Cour suprême ont le statut de législation secondaire, adoptée par le Parlement le 1^{er} juillet 2009. Dans ce domaine également, le Président de la Cour a une prérogative non négligeable. Selon la section 45 du CRA, il se voit reconnaître la faculté d'édicter des règles relatives aux pratiques et procédures empruntées par la Cour¹⁰⁶¹. C'est lui qui édicte les Directives Pratiques. Il ne dispose néanmoins pas d'une compétence discrétionnaire¹⁰⁶².

738. La question des garanties liées au mandat exercé par les juges est aussi déterminante pour l'indépendance de l'exercice de la justice et ainsi pour sa place dans la justice

¹⁰⁵⁷ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ *Constitutional Reform Act 2005*, section 49: “(1) *The President of the Supreme Court may appoint officers and staff of the Court.*(2) *It is for the chief executive of the Supreme Court to determine [F1the following matters—](a)the number of officers and staff of the Court;(b)subject to [F2subsections (2A) and] (3), the terms on which officers and staff are to be appointed.*”.

¹⁰⁶⁰ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

¹⁰⁶¹ *Constitutional Reform Act 2005*, section 45(1): “*The President of the Supreme Court may make rules (to be known as “Supreme Court Rules”) governing the practice and procedure to be followed in the Court.*”; section 45(2): “*The power to make Supreme Court Rules includes power to make different provision for different cases, including different provision—(a)for different descriptions of proceedings, or (b)for different jurisdiction of the Supreme Court.*”.

¹⁰⁶² Selon la section 45(3)(a), il doit veiller à concevoir ces règles de manière à ce que la Cour soit accessible, juste et efficace et à ce que les règles soient à la fois simples et simplement exprimées selon la section 45(3)(b). L'obligation posée à la section 45(3)(a) est essentielle à l'importance de la place de la Cour suprême dans la justice constitutionnelle. De plus, avant d'émettre de telles règles, le Président est soumis à une obligation de consultation, selon la section 45(4). Il doit ainsi consulter le *Lord Chancellor* et tout organisme qui représente des personnes susceptibles d'être affectées par les Règles émises par le Président et qu'il estime devoir consulter. La section 45 (5) complète cette liste en y ajoutant le Conseil Général du Barreau d'Angleterre et du Pays de Galles, la Société de Droit d'Angleterre et de Pays de Galles, la Faculté des Avocats d'Écosse, la Société de Droit d'Écosse, le Conseil Général du Barreau d'Irlande et la Société de Droit d'Irlande du Nord.

constitutionnelle. De ce point de vue néanmoins, la loi de 2005 était moins révolutionnaire et ne faisait que codifier les règles qui s'appliquaient aux *Law Lords*. La section 33 du *CRA* prévoit que le juge de la Cour suprême reste et est maintenu en poste tant qu'il adopte une bonne conduite, parallèlement, cette même disposition indique qu'il peut être démis de ses fonctions par le vote d'une Adresse par les deux Chambres¹⁰⁶³. La section 34(4) dispose que le montant du salaire d'un juge de la Cour suprême peut être augmenté mais non réduit¹⁰⁶⁴.

739. En créant cette juridiction suprême, le législateur ne tenait néanmoins pas à mettre en place une cour suprême à l'américaine, c'est-à-dire une juridiction pouvant suspendre l'application d'une loi dans un litige. Par conséquent, la Cour suprême est une juridiction d'appel en dernier ressort qui ne dispose pas du pouvoir de suspendre l'application d'une loi primaire votée par Westminster lors d'un litige. Les affaires devant la Cour suprême peuvent être entendues par des formations assez variées en nombre, qui peuvent être de 3, 5, 7 ou 9 *Justices* quand l'affaire soulève une question importante. Comme le rappelle Aurélie Duffy-Meunier, elle n'est pas qu'une simple cour de cassation mais dispose d'un pouvoir de juridiction total. La Cour suprême est compétente pour recevoir en appel toutes les affaires civiles du Royaume-Uni ; en ce qui concerne les affaires pénales, la Cour ne peut être saisie que des appels de jugements rendus par les juridictions anglaises, galloises ou nord-irlandaises. En effet, la Cour suprême est compétente selon la section 40(2) du *CRA* de 2005 pour recevoir en appel des jugements civils rendus par les Cours d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles¹⁰⁶⁵.

740. Il est clair que tous ces éléments ont renforcé la vision d'une Cour suprême intervenant en tant que tiers dans le cadre de conflits qui opposent gouvernement et Parlement. Il ne s'agit pas de dire qu'avant la réforme cette position de tiers des juges suprêmes était inexistante, mais plutôt qu'elle était moins visible. En augmentant cette visibilité, le *CRA* renforce l'impératif d'indépendance des juridictions¹⁰⁶⁶. La création de cette Cour en outre de traduire une volonté d'améliorer l'application du principe de séparation des pouvoirs entendu comme « *principe de non cumul* », contribue à la modification des modalités de réalisation de la balance des pouvoirs –décrite dans ce chapitre-. On se rapproche de l'idée, que l'on trouve dans la Constitution américaine de 1787, de juges comme véritable troisième pouvoir,

¹⁰⁶³ *Constitutional Reform Act 2005*, section 33: "A judge of the Supreme Court holds that office during good behaviour, but may be removed from it on the address of both Houses of Parliament."

¹⁰⁶⁴ *Constitutional Reform Act 2005*, section 34(4): "A determination under subsection (2) may increase but not reduce the amount."

¹⁰⁶⁵ *Constitutional Reform Act 2005*, section 40(2): "An appeal lies to the Court from any order or judgment of the Court of Appeal in England and Wales in civil proceedings."

¹⁰⁶⁶ Cette position de tiers n'est qu'une composante mais ne se suffit pas pour établir l'indépendance d'une juridiction. Il faut aussi y joindre les nécessaires impartialité et neutralité du juge.

réellement distingué des autres pouvoirs (législatif et exécutif). Or, comme l'affirme Alec Stone Sweet, cette position de tiers attribuée au juge est une composante nécessaire à un système de justice et donc de justice constitutionnelle¹⁰⁶⁷. Comme le souligne Aurélie Duffy-Meunier, l'existence d'une juridiction spécifique et détachée du Parlement contribue à rapprocher le système de justice constitutionnelle britannique des autres systèmes dotés de cours constitutionnelles ou de cours suprêmes¹⁰⁶⁸.

741. En outre, le rôle joué par la Cour dans la détermination de questions politiques et constitutionnelles apparaît conforté par son indépendance organique. Cette dernière est une donnée à prendre en compte pour expliquer la plus grande influence des juges sur les fonctions législative et exécutive. Comme l'affirme Sarah Pearson, cette Cour suprême avec son indépendance et sa légitimité renforcées est en mesure d'influer davantage sur les décisions prises par les organes des deux autres pouvoirs : législatif et exécutif¹⁰⁶⁹.

742. Cela a été particulièrement visible dans les affaires relatives au Brexit qui ont opposé le gouvernement au Parlement, à savoir, l'arrêt *Miller*¹⁰⁷⁰ en 2017 sur les modalités de déclenchement de l'article 50 du TUE et l'arrêt *Miller (No 2)*¹⁰⁷¹ en 2019 relatif à la question de la légalité de la prorogation du Parlement par le Premier ministre. De manière générale, et comme précisé sur le site internet de la Cour suprême, une de ses missions est de se concentrer « sur les affaires de plus grande importance publique et constitutionnelle. »¹⁰⁷². C'est d'ailleurs l'éclat et la portée de ces deux décisions qui ont motivé le gouvernement à réfléchir, en 2020, à une réforme législative dans laquelle le législateur viendrait expressément exclure de la compétence des juridictions (et ainsi de la procédure de *judicial review*) les décisions qui

¹⁰⁶⁷ STONE SWEET Alec. *Governing with Judges - Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 15: "The delegation of conflict to a third party is the fuel that drives judicialization."

¹⁰⁶⁸ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », op. cit.

¹⁰⁶⁹ PEARSON Sarah. « Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism : Where does the Judiciary Lie at the Heart of this Tension? », *Southampton Student Law Review*, 2013, vol. 3, issue 1, pp. 29-36, p. 33: "Therefore the UK Supreme Court can be highlighted as being a contributing factor in the shift towards legal constitutionalism. It has the potential to flex its muscles in a way that the House of Lords could not due to its increased independence and legitimacy."

¹⁰⁷⁰ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) - In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review* [2017] UKSC 5.

¹⁰⁷¹ *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent)* [2019] UKSC 41.

¹⁰⁷² "Role of the Supreme Court", *The Supreme court*, [en ligne], [consultée le 23/04/2021], <https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>: "The Supreme Court: (...)concentrates on cases of the greatest public and constitutional importance".

auraient des répercussions politiques trop importantes (comme l'aurait été, par exemple, celle relative à la prorogation)¹⁰⁷³.

743. Si la création de la Cour suprême a contribué à rénover l'indépendance des juges suprêmes, cette dernière demeure imparfaite. Ainsi, une des limites persistantes à l'indépendance de la Cour suprême est la trop grande dépendance financière de la juridiction à l'égard du gouvernement. Son budget dépend directement du Ministre de la justice. L'adoption du CRA en 2005 a même marqué une régression par rapport au système antérieur. Comme le note Aurélie Duffy-Meunier « *le financement de la Haute juridiction a fait l'objet d'une modification assez importante en passant d'un système de financement assuré par le Parlement à un système contrôlé par le Gouvernement* »¹⁰⁷⁴. Le budget de la Cour suprême est donc sous le contrôle du Ministère de la justice.

744. Dans l'affirmation de l'indépendance (et donc du pouvoir) des juges suprêmes figure également la problématique spécifique de la désignation et de la composition de la Cour.

2) *La problématique spécifique de la désignation et de la composition de la Cour suprême*

745. La création de la Cour suprême s'accompagnait de modifications dans la désignation des juges suprêmes. La réforme de ces modalités illustre, là aussi, la volonté d'accroître l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux autres organes de pouvoir et ce faisant contribue au mouvement de renforcement des juges dans la justice constitutionnelle.

746. La loi de 2005 a ainsi mis en place une nouvelle procédure de nomination des juges suprêmes (a), procédure qui a d'ailleurs fait l'objet des critiques adressées à la Cour à la suite des affaires *Miller* (b).

a) La loi de 2005 et la nouvelle procédure de nomination des juges suprêmes

¹⁰⁷³ FALCONER Charles. « This government has plans that would destroy the protection of the law », *op. cit.*

¹⁰⁷⁴ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

747. La procédure de désignation des *Justices* est réglementée par les sections 25 à 31 d'une part, et par l'annexe 8 de la loi de 2005 d'autre part. Il faut également tenir compte des modifications que le *Crime and Courts Act* adopté en 2013 est venu apporter à ces dispositions. Ces règles posent en effet, les bases d'une indépendance renforcée des juges. Ici aussi l'affaire *McGonnell* précitée a encouragé la mise en place de ce processus de désignation.

748. C'est au *Lord Chancellor* de convoquer une « *commission de sélection* » qui aura la mission de proposer des candidatures au *Lord Chancellor*¹⁰⁷⁵. Cette Commission est composée de cinq membres : le Président de la Cour suprême, le vice-président de la Cour suprême, un représentant de la Commission judiciaire de sélection en Écosse, un représentant de la Commission judiciaire de sélection en Irlande du Nord et enfin un représentant de la Commission judiciaire de sélection en Angleterre et au Pays de Galles.

749. La convocation par le *Lord Chancellor* se fera sous forme de lettre envoyée au président de la Cour, qui d'ailleurs présidera la dite commission. La Commission a pour mission de rédiger un rapport pour proposer les nominations, qu'il fait parvenir au *Lord Chancellor*. Elle ne pourra émettre ce rapport qu'après avoir consulté les autorités mentionnées à la section 27 de la loi de 2005, révisée par l'annexe 13 du *Crime and Courts Act* voté en 2013, à savoir les *senior judges*, le *Lord Chancellor*, le Premier ministre écossais, le Premier ministre gallois et le Secrétaire d'État pour l'Irlande du Nord¹⁰⁷⁶.

750. Une fois que le candidat aura été choisi par la Commission, le *Lord Chancellor* pourra soit refuser la proposition faite par cette dernière, soit l'accepter ou encore demander à la Commission de reconsidérer son choix s'il n'est pas convaincu. Le *Lord Chancellor* doit ensuite recommander le candidat au Premier ministre en vue de sa désignation par la Reine.

751. Le *Crime and Courts Act* voté en 2013 est venu apporter d'autres changements œuvrant dans le sens d'un appareil judiciaire plus impartial. Il a ainsi été prévu que si une commission est convoquée pour la désignation d'un nouveau président de la Cour, le président

¹⁰⁷⁵ « Appointments of Justices », *The Supreme Court*, [en ligne], [consultée le 13/01/2021], <https://www.supremecourt.uk/about/appointments-of-justices.html>: "It is the responsibility of the Lord Chancellor to convene a selection commission: this is usually done by way of a letter to the President of the Court who chairs the selection commission."

¹⁰⁷⁶ *Crime and Courts Act* 2013, schedule 13, part I, section 5(3): "Before making regulations under this section the Lord Chancellor must consult—(a)the First Minister in Scotland, (b)the Northern Ireland Judicial Appointments Commission, (c)the First Minister for Wales, (d)the Lord President of the Court of Session, (e)the Lord Chief Justice of Northern Ireland, and (f)the Lord Chief Justice of England and Wales."

sortant ne peut être membre de la Commission¹⁰⁷⁷. Cette dernière sera alors dirigée par un de ses membres non juridiquement qualifié. Là encore, cette disposition vise à afficher davantage de transparence dans le processus de désignation, et donc à garantir l'impartialité. Or la transparence et l'impartialité sont des éléments indispensables à la confiance qu'il est possible d'accorder à la justice dans son fonctionnement et dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

752. La section 25 du *CRA* pose plusieurs exigences entourant l'accès au poste de juge de la Cour suprême¹⁰⁷⁸. D'abord, les candidats doivent avoir occupé un « *haut poste judiciaire* » pendant au moins deux ans. En outre, ils doivent satisfaire la condition d'éligibilité de 15 ans dans la profession judiciaire, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir été *solliciteurs* ou *barristeurs* pendant au moins 15 ans dans une juridiction supérieure anglaise ou galloise. Ils peuvent aussi être candidats s'ils ont servi comme « *praticien qualifié* » pendant au moins 15 ans. Un candidat est considéré comme « *praticien qualifié* »

753. L'exigence de qualifications juridiques pour les candidats au poste de juge suprême, peut être vue comme une garantie contre le risque d'une sur-politisation de la Cour suprême. Il est même intéressant d'observer, comme l'a fait Aurélie Duffy-Meunier, que cette garantie liée à l'exigence d'une certaine expérience juridique et juridictionnelle ne se retrouve pas dans tous les systèmes constitutionnels à l'exemple de plusieurs cours constitutionnelles européennes et des Cours suprêmes nord-américaine et canadienne¹⁰⁷⁹.

754. Avant cette réforme, le choix des membres de la juridiction suprême, appelés alors *Law Lords* relevait de l'entière discrétion de l'exécutif. En effet, ils étaient nommés par la Reine sur recommandation du premier ministre. Cet élément aussi témoignait d'une grande influence du gouvernement sur l'exercice de la justice, ce qui faisait logiquement naître une suspicion sur l'indépendance des juges et donc sur leur capacité à intervenir effectivement dans la justice constitutionnelle. Bien plus, comme le *Lord Chancellor* avait la responsabilité de la sélection des panels de la Chambre des Lords il pouvait influencer sur l'issue des affaires. Ce fut le cas des *Lord Chancellor Halsbury*, *Haldane* et du premier *Lord Hailsham*.

¹⁰⁷⁷ *Crime and Courts Act 2013*, schedule 13, part I, section 4(1C): “If the commission is convened for the selection of a person to be recommended for appointment as President of the Court—(a)its members may not include the President of the Court, and (b)it is to be chaired by one of its non-legally-qualified members.”.

¹⁰⁷⁸ *Constitutional Reform Act 2005*. Section 25: “(1)A person is not qualified to be appointed a judge of the Supreme Court unless he has (at any time)—(a)held high judicial office for a period of at least 2 years, b)been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years.[F1(b)satisfied the judicial-appointment eligibility condition on a 15-year basis, or (c)been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years.]”.

¹⁰⁷⁹ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *op. cit.*

755. Ces nouvelles modalités de désignation et de composition de la Cour suprême sont cruciales pour l'indépendance des juges par rapport aux représentants. Elles font partie des éléments permettant aux juridictions de stimuler efficacement la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Cela n'a pas empêché le gouvernement de Boris Johnson de réfléchir à une réforme possible de la juridiction suprême. Cette dernière met l'accent sur le (prétendu) dommage causé par les modalités actuelles de désignation et de composition de la Cour, à savoir son activisme déplacé.

b) La désignation, la composition de la Cour suprême et l'activisme de la Cour dans le cadre du Brexit

756. La question des modalités de désignation des juges de la Cour suprême s'est trouvée récemment sous les feux de la critique, notamment de la part du gouvernement de Boris Johnson : en février 2020, Robert Buckland dénonçait les projets gouvernementaux de politisation du processus de désignation des juges de la Cour suprême¹⁰⁸⁰. Comme l'écrivait Lord Falconer, dans le *Guardian* : « *Plus les hommes politiques seront impliqués dans les nominations judiciaires, plus les juges politiques seront nombreux. Non pas dans le sens où ils commenceront à décider de questions comme l'avortement, mais dans le sens où ils commenceront à statuer sur des affaires de manière à les faire promouvoir par les hommes politiques.* »¹⁰⁸¹. La politisation du processus de désignation des juges suprêmes inquiétait également Lady Hale. Cette dernière rappelait ainsi indirectement l'importance d'une désignation fondée sur des motifs extra-politiques quand elle s'opposait publiquement, en décembre 2019, à la mise en place d'un système dans lequel les juges suprêmes sont, comme aux États-Unis, sélectionnés sur la base de leurs convictions politiques¹⁰⁸².

757. Nicholas Reed affirmait, en effet, dès le 1^{er} décembre 2020, que les souhaits de l'exécutif étaient de revoir la composition et la désignation de la Cour suprême, les 12 *Justices*

¹⁰⁸⁰ FALCONER Charles. « This government has plans that would destroy the protection of the law », *op. cit.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² HALE Brenda. « Lady Hale warns UK not to select judges on basis of political views », *The Guardian*, 18th December 2019, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.theguardian.com/law/2019/dec/18/lady-hale-warns-uk-not-to-select-top-judges-on-basis-of-political-views> : « *Judges have not been appointed for party political reasons in this country since at least the second world war. We do not want to turn into the supreme court of the United States - whether in powers or in process of appointment.* ».

étant remplacés par un panel plus large de juges¹⁰⁸³. Ces derniers ne devaient plus s'appeler « *Justices* », mais « *judges de la Cour d'appel* ». Nicholas Reed soulignait la ressemblance de cette proposition avec celles formulées par Derrick Wyatt QC et Richard Ekins dans un article publié par le *Judicial Power Projet* (JPP) à l'été 2020.

758. Ces auteurs appelaient de leurs vœux de profondes réformes relatives à la composition et à la désignation des juges suprêmes et dénonçaient simultanément l'activisme de la Cour suprême dans la matière constitutionnelle. Cette juridiction, notamment dans les décisions *Miller I* et *Miller II*, aurait, à tort, assumé un rôle de « *réformateur du droit axé sur la politique plutôt que celui d'analyste et d'interprète juridique, et ce faisant, aurait faussé l'équilibre qui devrait être maintenu entre le gouvernement et le Parlement, d'une part, et le système judiciaire, d'autre part.* »¹⁰⁸⁴.

759. Pour répondre et mettre un terme à ce qu'il considère comme un activisme mal venu, Richard Ekins propose d'élargir le nombre de juges siégeant à la juridiction suprême, considérant que le nombre peu important de juges favorise les audaces judiciaires en matière constitutionnelle. Derrick Wyatt propose quant à lui, de remplacer l'actuelle composition de la Cour suprême par un panel de 5 juges ou plus, renouvelé à chaque affaire et sélectionné, parmi les juges de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, parmi ceux de la Cour d'appel d'Irlande du Nord et enfin parmi ceux de la *Inner House* de la Cour de Session¹⁰⁸⁵. L'appellation de « Cour suprême » serait ainsi remplacée par celle d'*Upper Court of Appeal* ou encore d'*UK Final Court of Appeal*. L'objectif d'une telle réforme « *serait d'élargir la base judiciaire de la dernière cour d'appel et de faire en sorte que tous les juges siégeant en dernière instance d'appel soient également des juges statuant sur des affaires au niveau inférieur à cette dernière instance, et qu'ils restent ainsi habitués à la discipline de la rédaction de jugements soumis à l'examen de leurs collègues juges* »¹⁰⁸⁶. Pour cet auteur, élargir le nombre de membres de la

¹⁰⁸³ REED Nicholas. "Reforming the Supreme Court", *UK Constitutional Law Association*, 1st December 2020, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://ukconstitutionalaw.org/2020/12/01/nicholas-reed-langen-reforming-the-supreme-court/>.

¹⁰⁸⁴ WYATT Derrick, EKINS Richard. « Reforming the Supreme Court », *Policy Exchange*, 2020, [en ligne], [consultée le 12/04/2021], <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/Reforming-the-Supreme-Court.pdf>.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 9: "My suggestion is to abolish the UK Supreme Court and have its functions (and those of the Judicial Committee of the Privy Council) carried out by panels of five or more judges assigned on a case by case basis from judges in the Court of Appeal of England and Wales, the Court of Appeal of Northern Ireland, and the Inner House of the Court of Session".

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p.10: "The result of the above change would be to broaden the judicial base of the final court of appeal, and to ensure that all judges sitting at the final stage of appeal were also judges deciding cases at the level below that final stage, and so remained accustomed to the discipline of writing judgments which would be subject to the scrutiny of their fellow judges".

juridiction suprême permet de rendre cette dernière plus représentative et ainsi plus liée à l'ensemble de l'appareil judiciaire, ce faisant les juges suprêmes seraient moins enclins à l'activisme¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*: "This would I believe militate against the final court of appeal being, or being seen to be, a judicial policy making centre independent of government or parliament, with perhaps a corresponding sense of entitlement to rebalance the constitutional order of things as it thought fit."

Conclusion du chapitre I

760. Les intégrations européennes ont un impact considérable sur la place que le juge est appelé à avoir dans la justice constitutionnelle. L'intégration du Royaume-uni dans l'UE et sa fin récente ont entraîné une variation remarquable des pouvoirs des juges. En effet, si le principe de suprématie a permis au juge d'avoir un grand pouvoir sur les lois, la disparition de ce principe et les modalités du Brexit l'ont remis en cause. Le droit de l'Union (désormais intégré dans le droit national) est ainsi appelé à jouer un rôle plus accessoire et incertain dans les interventions des juges.

761. L'intégration du Royaume-Uni au Conseil de l'Europe a également conféré aux juges des prérogatives remarquables qui leur permettent d'exercer une emprise renforcée sur les décisions prises par le Parlement et le gouvernement : la section 3, la section 4 et le contrôle de proportionnalité en sont une claire illustration. C'est cette même intégration qui a poussé le législateur à revoir l'organisation juridictionnelle britannique et ce faisant, à consacrer l'indépendance renforcée des juges par rapport aux représentants. La révision de l'organisation juridictionnelle s'est notamment traduite par la création de la Cour suprême, qui exerce aujourd'hui une forte emprise sur la justice constitutionnelle.

762. Si les relations entre le territoire britannique et les organisations européennes (UE, Conseil de l'Europe) ont été une source de chamboulement pour le pouvoir des juges, les relations entre les différents territoires composant le Royaume-uni ont également exercé une influence.

Chapitre II : Le juge et l'organisation territoriale britannique

763. Outre le *common law* et les lois relatives aux « intégrations européennes » du Royaume-Uni, les lois sur la dévolution ont aussi eu d'importantes répercussions sur le rôle du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle au Royaume-Uni. La dévolution correspond à la reconnaissance d'une autonomie législative et politique aux différentes composantes du Royaume-Uni (Pays de Galles, Écosse, Irlande du Nord). La dévolution est un mouvement dont les origines remontent au XIX^{ème}¹⁰⁸⁸ avec les mouvements indépendantistes irlandais et la politique de la *Home Rule* prônée par le Libéral démocrate William Gladstone¹⁰⁸⁹. L'Irlande du Nord fut le lieu de mise en application précoce de l'idéal de la dévolution avec l'instauration d'un Parlement, le Parlement Stormont, entre 1920 et 1972.

764. L'Angleterre, elle, sera la grande oubliée de ce mouvement de décentralisation¹⁰⁹⁰, la *West Lothian Question* demeure d'ailleurs un problème régulièrement évoqué¹⁰⁹¹ : cette *Question* est celle de savoir s'il est opportun de permettre à un *MP* écossais de voter au Parlement de Westminster sur des lois qui ne concernent que les Anglais¹⁰⁹². Est-il équitable de permettre à un *MP* écossais de prendre part au vote d'une loi relative, par exemple, au service de santé, réservé aux seuls Anglais dans la mesure où la santé est une compétence dévolue. Bien plus que la question anglaise, celle de la survie de la dévolution dans les décennies à venir semble prendre de plus en plus de place, du fait du Brexit et des profonds

¹⁰⁸⁸ Pour un historique rapide de la dévolution voir COLE Alistair. « La territorialisation de l'action publique au Royaume-Uni », *Revue française d'administration publique*, 2007, n°121-122, pp. 131-144 ; KEATING Michael. « V. La dévolution au Royaume-Uni », *Annuaire des collectivités locales*, 2004, vol. 24, n°24, pp. 321-334.

¹⁰⁸⁹ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, 319 p., p. 89: "Devolution has been the firm policy of the Liberal Democrats, and the Party's predecessor, the Liberal Party, since, in 1886, Gladstone first proposed Home Rule for Ireland. Between 1886 and 1914, the Liberals introduced no fewer than three Irish Home Rule bills into Parliament".

¹⁰⁹⁰ Voir sur la question anglaise LEYLAND Peter. "Peter Leyland: Devolution, Greater Manchester and the Revitalisation of Local Government", *UK Constitutional Law Association*, 29th June 2015, [en ligne], [consultée le 29 juin 2015], <https://ukconstitutionallaw.org/2015/06/29/peter-leyland-devolution-greater-manchester-and-the-revitalisation-of-local-government/>.

¹⁰⁹¹ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, *op. cit.*, p. 98; LEYLAND Peter. "The multifaceted constitutional dynamics of U.K. Devolution", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp.251-273.

¹⁰⁹² BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, *op. cit.*: "The West Lothian Question asks whether it is right that Scottish MPs should be able to vote at Westminster on English domestic legislation (...)".

désaccords entre Anglais, Gallois, Écossais et Nord-irlandais relatifs au maintien ou non dans l'UE¹⁰⁹³.

765. En dépit des incertitudes sur l'avenir des lois sur la dévolution, elles représentent un enrichissement indéniable du rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Elles lui confèrent notamment un rôle de juge de la séparation verticale des pouvoirs et du bon fonctionnement des régimes politiques démocratiques et parlementaires du Pays de Galles, de l'Écosse ou encore de l'Irlande du Nord. Les lois de la dévolution octroyent en effet au juge un vaste pouvoir de contrôler la constitutionnalité des actes adoptés par les institutions de ces « régions ». Ces lois agissent par ailleurs comme des constitutions, ce qui ne peut que stimuler le rôle constitutionnel du juge (Section I).

766. L'enrichissement souligné du rôle du juge dans la justice constitutionnelle a néanmoins ses limites. L'expression constitutionnelle du juge est entravée à la fois par la manière dont est conçue la dévolution mais aussi par l'action du juge dans la jurisprudence *Miller* rendue en 2017 par la Cour suprême. Le juge est donc un acteur essentiel mais non unique ou prédominant. L'interprétation et l'application des règles de la dévolution reposent ainsi en grande partie sur des autorités et mécanismes extra-juridictionnels (Section II).

¹⁰⁹³ Voir sur ce sujet notamment MURKENS Jo. "Jo Murkens: A referendum on Britain's EU membership is a sure fire way to encourage the breakup of the UK", *UK Constitutional Law Association*, 4th March 2015, [en ligne], [consultée le 20/04/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/04/jo-murkens-a-referendum-on-britains-eumembership-is-a-sure-fire-way-to-encourage-the-breakup-of-the-uk/>: "By limiting his political drive to the level of intra- and inter-party bickering, Cameron ignores important constitutional dimensions. Can he realistically deny Scotland and Wales a 'veto' over Europe and still expect their commitment to the United Kingdom? The promise of a referendum is not a platform from which the UK will renew its national sovereignty and democracy, or its standing in Europe. Instead, it would mark the point in history at which the UK voluntarily debated and voted itself out of relevance, into obscurity and towards inevitable demise."

Section I : L'enrichissement du rôle constitutionnel des juges

768. Par la mise en place de la dévolution, le juge -et particulièrement la Cour suprême- a la mission de veiller à la bonne application d'un corpus de règles législatives représenté essentiellement par les différentes lois primaires adoptées par Westminster dont les trois lois initiales de 1998.

769. Le juge suprême compétent en matière de dévolution n'est pas le même selon l'époque étudiée : de 1998 à 2009 il s'agissait du *Privy Council* ou de l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords selon les cas (le premier était compétent pour connaître des *devolution issues*, la seconde pour trancher des questions relatives à la dévolution dans le cadre de procédures judiciaires classiques). À partir de 2009, et sur le fondement du *CRA* voté en 2005, le contentieux de la dévolution est chapeauté par la Cour suprême. Cette dernière devient la juridiction de dernier ressort ou encore la juridiction finale d'appel en la matière. L'apport le plus important du *CRA* de 2005 reste ainsi, comme en témoigne sa section 40(4)(b)¹⁰⁹⁴ le transfert du contentieux de la dévolution qui revenait au Conseil Privé à la Cour suprême.

770. Ces lois ont enrichi le rôle constitutionnel des juges et font ainsi partie des éléments qui participent à la prégnance du juge dans la justice constitutionnelle britannique. La dévolution est venue compléter le rôle constitutionnel des juges en ajoutant aux missions judiciaires une nouvelle dimension, celle relative à l'application de règles constitutionnelles de répartition verticale du pouvoir.

771. La dévolution constitue ainsi un outil supplémentaire d'expression constitutionnelle des juges, qui se voient reconnaître des prérogatives de contrôle des actes et faits des institutions dévolues et de leur compatibilité avec les lois qui posent la dévolution. Ce faisant, la dévolution offre au juge un biais supplémentaire pour rappeler aux gouvernants leur responsabilité constitutionnelle.

772. Il existe trois voies principales pour qu'une question relative à la compétence d'une institution dévolue puisse atteindre la juridiction suprême : la première est celle du contrôle requis par un organe de pouvoir sur une disposition juridique qui n'a pas encore force de loi (qui n'a donc pas reçu le *royal assent*), la seconde est celle du contrôle requis dans le cadre des *devolution issues* selon des modalités et procédures spécifiquement prévues par les

¹⁰⁹⁴ *Constitutional Reform Act, 2005, section 40(4): "Schedule 9— (a) transfers other jurisdiction from the House of Lords to the Court, (b) transfers devolution jurisdiction from the Judicial Committee of the Privy Council to the Court, and (c) makes other amendments relating to jurisdiction."*

lois de dévolution¹⁰⁹⁵. La troisième est celle d'un contrôle requis lors d'un litige ordinaire et selon les procédures ordinaires. Ces prérogatives font partie des instruments permettant au juge d'assurer la protection des droits des individus mais aussi l'application de règles de fonctionnement et d'organisation du pouvoir. Les prérogatives de contrôle insérées par les lois de la dévolution sont ainsi bien des prérogatives de justice constitutionnelle.

773. Les lois de la dévolution stimulent le rôle du juge dans la justice constitutionnelle britannique pour deux raisons. En premier lieu parcequ'elles confèrent aux juges de nouveaux pouvoirs, de nouveaux mécanismes de « *contrôle de constitutionnalité* » qui leur donnent une emprise supplémentaire sur des législatures, à savoir celles du Pays de Galles, d'Écosse et d'Irlande du Nord (I).

774. En second lieu, parce que le contenu et l'ampleur de ces lois de dévolution ont influencé et influencent toujours le rôle constitutionnel des juges. Ces lois en elles-mêmes ont une dimension politique et constitutionnelle qui se répercute indéniablement sur le contenu de la jurisprudence. Ces lois stimulent le rôle d'interprète des règles constitutionnelles tenu par les juridictions (II).

I) L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité vaste

775. Les mécanismes de « *contrôle de constitutionnalité* » mis en place par les lois de la dévolution sont de plusieurs sortes. En effet, la dévolution met en place un dispositif assez large de contrôle juridictionnel qui permet au juge d'avoir une emprise sur la législation tant au cours de son adoption par les autorités politiques qu'au cours de son application.

776. C'est ce qu'affirmaient Mc Corkindale, Mc Harg et Scott à propos du système de contrôle mis en place dans le cadre de l'Écosse¹⁰⁹⁶. Ce vaste dispositif reflète la volonté des

¹⁰⁹⁵ *Government of Wales Act 2006*, schedule 9; *Northern Ireland Act 1998*, schedule 10; *Scotland Act 1998*, schedule 6. Ces articles définissent le contenu de ces "devolution issues". Voir aussi « Practice direction-Devolution issues », *Justice*, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/devolution_issues; « Practice direction 10 », *The Supreme court*, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], <https://www.supremecourt.uk/procedures/practice-direction-10.html>. Ces directives pratiques donnent quant à elles des indications de procédure quand une 'devolution issue' est concernée.

¹⁰⁹⁶ Mc CORKINDALE Christopher, McHARG Aileen, F SCOTT Paul. "The Courts, Devolution and Constitutional Review", *The University Queensland Law Journal*, 2018, vol. 36, issue 2, pp. 289-310; MC HARG Aileen. "Aileen, Mc Harg: The Dog that Finally Barked: Constitutional Review under the Scotland Act",

représentants -soulignée par Alan Trench- lors de la mise en place du système de la dévolution en 1998 de faire du juge un arbitre essentiel dans le contentieux de la dévolution¹⁰⁹⁷.

777. Grâce aux lois de la dévolution, les juges acquièrent ainsi une compétence de contrôler la constitutionnalité des actes des institutions dévolues avant qu'ils ne soient adoptés par les assemblées législatives. C'est un contrôle *a priori* (A).

778. Bien plus, ils disposent aussi de la possibilité de contrôler la constitutionnalité des actes des institutions dévolues alors qu'ils s'appliquent. C'est un contrôle *a posteriori* (B).

A) Le contrôle juridictionnel a priori : un enrichissement limité du rôle des juges dans la justice constitutionnelle

779. Les lois de la dévolution mettent en place une procédure de contrôle juridictionnel abstrait et a priori des *bills* en discussion aux assemblées législatives du Pays de Galles, d'Écosse et d'Irlande du Nord. Cette procédure représente, sur le papier, un enrichissement significatif des prérogatives de justice constitutionnelle des juges et ainsi un bouleversement des traditions britanniques en la matière (1). Cet enrichissement a néanmoins très peu de répercussions dans la pratique, du fait d'une jurisprudence très limitée (2).

1) Le contrôle juridictionnel abstrait et a priori, un bouleversement des traditions britanniques

780. La Cour suprême va, après saisine des différents *Law officers* britannique, se prononcer sur la question de savoir si un projet de loi d'une assemblée législative d'une entité dévolue s'inscrit bien dans les compétences qui lui sont reconnues. C'est un contrôle abstrait car il s'agit d'un contrôle qui s'exerce en dehors de toute application de l'acte et vise à confronter deux textes en dehors de toute application concrète. C'est un contrôle *a priori* car il

UK Constitutional Law Association, 26th January 2012, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2012/06/26/aileen-mcharg-dog-that-finally-barked-constitutional-review-under-the-scotland-act/>.

¹⁰⁹⁷ TRENCH Alan. "The Courts and Devolution in the UK", *The British Journal of Politics and International Relations*, 2012, vol. 14, pp. 303-322, p. 303: "Before devolution in 1999, there was an expectation that one consequence would be an increased, and increasingly political, role for the courts. They would be called upon to resolve a variety of disputes arising from the new constitutional settlement, as had been seen in many other federal and decentralised systems around the world."

se fait avant que le projet ne devienne loi (*Act*) et donc avant que ce dernier ne reçoive la sanction royale (*Royal assent*).

781. Ce contrôle abstrait représente un enrichissement non négligeable des prérogatives des juges dans la justice constitutionnelle britannique. Il enrichit le rôle du juge et lui confère une position très politique, il intervient en effet avant que le projet de loi ne devienne loi. Il est donc proche du débat politique des Chambres. En outre, le contrôle de projets de lois écossais, gallois, nord-irlandais symbolise l'installation dans le droit constitutionnel britannique d'un lien entre le juge et le représentant parlementaire qui est contraire aux traditions constitutionnelles britanniques, surtout à l'acceptation traditionnelle donnée au principe de souveraineté du Parlement. Ce contrôle est en effet fondé sur la prérogative reconnue aux juges de contrôler la loi -acte démocratique par excellence- par rapport à des règles constitutionnelles et d'en suspendre l'application. « *La dévolution contrarie la déférence traditionnelle des juridictions à l'égard de la législation primaire adoptée par un parlement élu démocratiquement.* »¹⁰⁹⁸. Keith Ewing et Kenneth Dale-Risk soulignèrent que la dévolution représentait la première instauration au Royaume-Uni d'un pouvoir juridictionnel clair et non équivoque de contrôle et de sanction des actes adoptés par un parlement élu démocratiquement¹⁰⁹⁹. De ce point de vue, le contrôle ici mis en place représente un contrôle juridictionnel, sans précédent au Royaume-Uni, permettant au juge d'assurer une responsabilité constitutionnelle encore plus effective des représentants élus. Ce contrôle abstrait et *a priori* est d'autant plus surprenant, qu'il appartient plus à la logique des systèmes de *civil law* précise Lady Hale. Cette dernière compare ainsi le contrôle prévu dans le cadre de la dévolution avec la possibilité offerte, dans différents pays d'Europe, aux politiciens de saisir une juridiction spécialisée (une cour constitutionnelle) d'une requête portant sur une problématique constitutionnelle.

782. Les lois établissant la dévolution sont claires sur les situations dans lesquelles un acte est adopté par les assemblées législatives en dehors de leurs compétences¹¹⁰⁰ : a) quand l'acte a vocation à s'appliquer à un autre territoire que celui sur lequel est établie l'assemblée en question ; b) quand l'acte régit une matière relevant des matières réservées, c) quand l'acte

¹⁰⁹⁸ McCORKINDALE Christopher. The new powers of the judiciary in Scotland – Part I, *Judicial Power Project blog*, 29th April 2016, [en ligne], [consultée le 30/06/2016], <https://judicialpowerproject.org.uk/the-new-powers-of-the-judiciary-in-scotland/>: “*In short, devolution challenges the traditional deference shown by courts to primary legislation passed by a democratically elected parliament.*”.

¹⁰⁹⁹ EWING D. Keith, DALE-RISK Kenneth. *Human Rights in Scotland: Text, Cases and Materials*. W. Green, 3rd edition, 2004, 606 p.

¹¹⁰⁰ *Scotland Act 1998* section 29(2); *Wales Act 2017* section 3(1); *Northern Ireland Act 1998* section 6(2).

est incompatible avec les droits conventionnels ou anciennement le droit de l'UE, d) quand l'acte viole certaines dispositions annexes des différents actes. L'obligation de se conformer au droit de l'UE a bien évidemment disparue avec le Brexit, sauf pendant la période de transition qui s'est achevée le 31 décembre 2020. Dans le cas nord-irlandais, est rajouté le cas où l'acte discrimine une personne ou un groupe de personnes sur un fondement religieux ou politique¹¹⁰¹. Dans la lignée de la jurisprudence *Axa*, et en généralisant le propos du juge au cas des trois nations concernées, les limites à la compétence des autorités politiques dévolues ne proviennent pas que des lois établissant la dévolution. Dans la jurisprudence *Axa*, la Cour suprême considéra alors qu'en plus de la section 29 du *Scotland Act* 1998, les compétences du Parlement écossais étaient également limitées par les exigences tirées des droits constitutionnels de *common law* ou d'autres composantes du *rule of law*.

783. Les lois de la dévolution désignent précisément les autorités compétentes pour saisir le juge dans le cadre de ce contrôle *a priori*. Ainsi, la section 112(1) du *Government of Wales Act* voté en 2006 dispose que le Conseil général ou l'*Attorney General* peuvent poser à la Cour suprême la question de savoir si un projet de loi ou une disposition d'un projet de loi relèvent de la compétence de l'Assemblée législative du Pays de Galles¹¹⁰². On retrouve à peu près les mêmes dispositions dans le *Scotland Act* de 1998 et dans le *Northern Ireland Act* 1998 aux sections 33¹¹⁰³ et 11¹¹⁰⁴. Selon la section 33, l'Avocat général, le *Lord Advocate* ou encore l'*Attorney General* peuvent saisir la Cour suprême pour demander si un projet de loi ou une disposition d'un projet de loi relèvent de la compétence législative du Parlement écossais. Dans le cas de la section 11 de la loi nord-irlandaise, c'est l'Avocat Général pour l'Irlande du Nord ou l'*Attorney General* pour l'Irlande du Nord qui peuvent saisir la Cour suprême.

784. Dans les trois cas, les autorités désignées doivent agir dans un délai de 4 mois suivant l'adoption du projet de loi. Dans le cas gallois et écossais les autorités concernées peuvent aussi saisir la Cour pendant toute période de 4 semaines commençant avec

¹¹⁰¹ *Northern Ireland Act* 1998 section 6(2)(e): "A provision is outside that competence if any of the following paragraphs apply - (e) it discriminates against any person or class of person on the ground of religious belief or political opinion."

¹¹⁰² *Government of Wales Act* 2006, section 112(1): "The Counsel General or the Attorney General may refer the question whether a Bill, or any provision of a Bill, would be within the Assembly's legislative competence to the Supreme Court for decision."

¹¹⁰³ *Scotland Act* 1998, section 33(1): "The Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill would be within the legislative competence of the Parliament to the [F3Supreme Court] for decision."

¹¹⁰⁴ *Northern Ireland Act* 1998, section 11(1): "The [F2Advocate General for Northern Ireland or the] Attorney General for Northern Ireland may refer the question of whether a provision of a Bill would be within the legislative competence of the Assembly to the [F3Supreme Court] for decision."

l'approbation du projet de loi en accord avec les dispositions du *standing orders*. Dans le cas nord-irlandais, les institutions désignées ont aussi le droit d'agir devant la Cour suprême dans un délai de 4 mois qui commence par toute approbation ultérieure du projet de loi et cela conformément aux dispositions des *standing orders*. Les législations écossaises prévoient un contrôle *a priori* supplémentaire. Il a été instauré par le *Scotland Act 2016* dans le *Scotland Act 1998*, à la section 32A : « *L'avocat général, le Lord Advocate ou l'Attorney General peuvent soumettre à la Cour suprême, pour décision, la question de savoir si un projet de loi ou une de ses dispositions porte sur un objet protégé.* »¹¹⁰⁵.

2) Un contrôle peu appliqué

785. La Cour suprême a fait usage de cette prérogative de contrôle *a priori* que dans un nombre très restreint de cas. L'enrichissement du rôle du juge dans la justice constitutionnelle mérite, de ce point de vue, d'être considérablement relativisé ; l'utilité de ce contrôle *a priori* pour rappeler la responsabilité constitutionnelle des représentants gallois, écossais et nord-irlandais également. En effet, trois projets de lois de l'Assemblée galloise ont été contestés devant la juridiction en 2012, 2014 et 2015 dans les jurisprudences *Byelaws*¹¹⁰⁶, *Agricultural Sector*¹¹⁰⁷ et *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases*¹¹⁰⁸. En 2017, c'est l'*European Union (Legal Continuity)(Scotland)Bill* qui était contesté devant la juridiction suprême.

786. Dans le premier arrêt, il s'agissait de savoir si les sections 6 et 9 du *Local Government Byelaws (Wales) Bill* étaient conformes aux compétences reconnues à l'Assemblée du Pays de Galles. Ces sections avaient pour objectif de remettre en cause l'exigence de confirmation des règlements par un Secrétaire d'État. La Cour suprême considéra que l'Assemblée était bien compétente. Dans le deuxième arrêt, la Cour était saisie pour déterminer si, en adoptant l'*Agricultural Sector (Wales) Bill*, l'Assemblée galloise avait agi dans le cadre de ses compétences. L'objectif de ce projet de loi était de créer le Comité consultatif agricole

¹¹⁰⁵ *Scotland Act 1998*, section 32(A)(1): “*The Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill relates to a protected subject-matter to the Supreme Court for decision.*”.

¹¹⁰⁶ *Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012 - Reference by the Attorney General for England Wales* [2012] UKSC 53.

¹¹⁰⁷ *Agricultural Sector (Wales) Bill - Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43.

¹¹⁰⁸ *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill - Reference by the Counsel General for Wales* [2015] UKSC 3.

pour le Pays de Galles -qui avait été précédemment aboli en 2013 par le *Enterprise and Regulatory Reform Act* et cela en remplacement de la Commission des salaires agricoles. L'Assemblée galloise se considérait compétente en vertu de la section 108 et de l'annexe 7 du *Government of Wales Act* de 2006.

787. Dans la jurisprudence *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases*, la Cour suprême devait examiner si le projet de loi relevait de la compétence de l'Assemblée galloise sous deux angles. Le premier consistait à savoir si le projet entraînait dans la compétence de l'Assemblée quant à « *l'organisation et le financement du service national de santé* ». Le second impliquait d'examiner si le projet était en dehors de la compétence de l'Assemblée en raison de son incompatibilité avec les droits de la CEDH, ici l'article 1^{er} du Protocole Premier de la Convention. Sur ces deux points, la Cour suprême a considéré à la majorité que l'Assemblée avait agi en dehors de sa compétence.

788. Le mécanisme de contrôle *a priori* et abstrait peut aussi être utilisé par le gouvernement de manière détournée. C'est ce qui s'est produit dans le contexte houleux du Brexit et de l'adoption de l'*European Withdrawal Act* 2018, dans l'arrêt *The UK Withdrawal From the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* rendu en 2018 par la Cour suprême¹¹⁰⁹.

789. La discussion et le vote de l'*European Union (Legal Continuity)(Scotland)Bill* au Parlement écossais se comprend dans le contexte de l'adoption de l'*European Union (Withdrawal) Act* 2018 par le Parlement de Westminster. En effet, le *bill* écossais a été conçu et proposé alors que les institutions politiques écossaises s'opposaient au contenu de l'*European Union (Withdrawal) Bill*. Ce dernier donnait en effet aux ministres britanniques « *le pouvoir de prendre des règlements dans les domaines de compétence dévolus sans obligation légale de consulter ou d'obtenir l'accord de l'autorité dévolue concernée.* »¹¹¹⁰.

790. Le 13 juillet 2017, le gouvernement britannique présentait au Parlement un projet de loi -l'*European Union (Withdrawal) Bill*- dont l'objectif était non seulement d'abroger l'ECA 1972 mais aussi d'assurer une continuité juridique après le Brexit. Le 27 février 2018, le

¹¹⁰⁹ *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill- A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64.

¹¹¹⁰ COWIE Graeme, DE MARS Sylvia, KELLY Richard, TORRANCE David. *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, *op. cit.*, p. 72: "Despite these devolved powers having been conferred, UK Ministers still have the power to make regulations in areas of devolved competence without a legal requirement either to consult or to secure the agreement of, the relevant devolved authority. This was one area in respect of which the Scottish Government maintained opposition throughout the passage of the EU (Withdrawal) Bill, and about which the Welsh Government initially expressed criticism. "

gouvernement écossais présentait quant à lui, à l'Assemblée écossaise l'*European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill*. Ce dernier poursuivait plusieurs objectifs : a) « *sauvegarder tout le droit interne dévolu relatif à l'UE et intégrer tout le droit communautaire dévolu directement applicable dans le droit interne écossais* », b) « *donner aux ministres écossais le pouvoir de veiller à ce que le droit dévolu qui est sauvegardé ou incorporé dans le droit national continue de fonctionner efficacement après que le Royaume-Uni a quitté l'UE* » et enfin c) « *donner aux ministres écossais le pouvoir de veiller, le cas échéant, à ce que la législation écossaise suive l'évolution du droit communautaire.* »¹¹¹¹. Un des objectifs poursuivis par le *bill* écossais était donc de restreindre le pouvoir réglementaire des ministres britanniques quand ils agissent dans le cadre d'une compétence dévolue.

791. Le 21 mars 2018 le *bill* écossais devint un *Act*. Le 26 juin 2018, le *bill* devint un *Act* et cela en dépit de l'absence du vote d'une motion législative par le Parlement écossais. La convention Sewel fut écartée. La Cour suprême fut saisie, en vertu de la section 33(1) du *Scotland Act 1998*, par l'*Attorney General* et l'*Advocate General for Scotland* qui demandèrent à la juridiction de statuer sur le fait de savoir si le *bill* était de la compétence du Parlement écossais. La juridiction suprême a considéré, à l'unanimité, que le *bill* de manière générale relevait bien de la compétence du Parlement écossais.

792. Néanmoins, elle pointait du doigt tout particulièrement la section 17 ainsi que plusieurs autres sections du projet et affirmait, qu'en adoptant ces dispositions, le Parlement avait agi en dehors de sa compétence. La section 17 avait pour conséquence de faire dépendre l'application de la législation secondaire prise par un ministre britannique du consentement exprimé par les ministres écossais. La section 17 était donc contraire à la section 28(7) du *Scotland Act 1998*, en ce qu'elle venait contredire la loi de 1998 selon laquelle le *Scotland Act* n'affecte pas le pouvoir reconnu au Parlement de Westminster d'adopter des lois pour l'Écosse. En outre, l'annexe 4 du *Scotland Act 1998* interdit au Parlement écossais de modifier le *Scotland Act*. Dans ce cadre là, la section 17 de l'*European Union (Legal Continuity) (Scotland) bill* avait, selon la Cour, comme effet d'abroger implicitement le *Scotland Act 1998*.

793. La Cour suprême devait ici statuer sur un *bill* qui, au moment de la décision des juges suprêmes, était devenu un *Act*. Bien plus, la Cour devait examiner le *bill* au regard du

¹¹¹¹ BOFFEY Emma. "Case Comment: The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland [2018] UKSC 64", *UKSC blog*, January 2019, [en ligne], [consultée le 14/01/2021], <http://uksblog.com/case-comment-the-uk-withdrawal-from-the-european-union-legal-continuity-scotland-bill-a-reference-by-the-attorney-general-and-the-advocate-general-for-scotland-2018-uksc-64/>.

droit tel qu'il existait au moment de la décision et non au moment où le *bill* était en discussion et en vote au Parlement écossais. Cela était crucial car depuis que le *bill* avait été adopté le *Scotland Act* avait été modifié, du fait de l'adoption de l'*European Union (Withdrawal) Act 2018*¹¹¹². La conséquence d'un tel contrôle est fondamentale, comme l'a souligné Lord Reed dans son discours du 27 février 2019. « *La conséquence est qu'il est légalement possible pour le gouvernement britannique de réagir à l'adoption d'un projet de loi au Parlement écossais en saisissant la Cour et en persuadant ensuite le Parlement de modifier la loi sur l'Écosse afin de rendre le projet de loi invalide* »¹¹¹³.

794. En plus de prévoir des mécanismes de contrôle de constitutionnalité *a priori*, les lois de la dévolution donnent aux juridictions la possibilité de contrôler les actes adoptés par les institutions dévolues après leur promulgation. Est ainsi posé un contrôle juridictionnel *a posteriori*.

B) Le contrôle juridictionnel a posteriori, un contrôle ouvert et appliqué

795. Le contrôle juridictionnel *a posteriori* recouvre deux situations différentes : a) la première est celle d'un procès ordinaire (par exemple, d'une action en *judicial review* classique) dans laquelle un requérant va contester l'illégalité d'une décision prise par une institution galloise, écossaise ou nord-irlandaise ; b) la deuxième renvoie aux fameuses *devolution issues*, qui sont elles soumises à des règles de procédures spécifiques.

¹¹¹² *The UK Withdrawal From the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill- A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64, par. 97: "The task of this court when deciding a question in a reference under section 33 is therefore to determine whether the Bill or provision of the Bill would be within legislative competence if it were to receive Royal Assent at the time of our decision. In the rare circumstance in which there is supervening legislation by the UK Parliament which amends the Scotland Act and thereby changes the legislative competence of the Scottish Parliament after the Scottish Parliament has passed a Bill, this court's decision may be different from what it would have been if the Scotland Act had not been so amended. The amendment of the Scotland Act by the UK Withdrawal Act is such a circumstance."

¹¹¹³ Lord REED. « Scotland's Devolved Settlement and the Role of the Courts », *The Inaugural Dover House Lecture*, 27th February 2019, [en ligne], [consultée le 14/04/2019], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190227.pdf>, p. 17: "The consequence is that it is legally possible for the UK Government to react to the passage of a Bill in the Scottish Parliament by making a reference and then persuading the UK Parliament to amend the Scotland Act so as to render the Bill invalid."

796. Même si d'éminentes décisions sur la dévolution ont été le fruit des procédures et instances ordinaires¹¹¹⁴, cette partie se focalisera sur les *devolution issues* qui, en raison de leur spécificité, méritent selon nous qu'on s'y attarde.

797. Les *devolution issues* sont définies dans les lois de la dévolution et les *Practice Directions* adoptées par les juridictions. Ces différentes dispositions mettent en place une procédure ouverte aux juridictions et aux requérants, et de ce fait constituent un enrichissement des prérogatives du juge dans la justice constitutionnelle (1). Ce contrôle a, depuis sa mise en place, été exercé bien plus souvent que le contrôle abstrait (2).

1) Le contrôle des « *devolution issues* », une procédure ouverte

798. La procédure relative aux *devolution issues* est une procédure ouverte dans la mesure où elle offre beaucoup d'opportunités, aux juridictions comme aux justiciables, d'exercer la justice constitutionnelle. De ce fait, les mécanismes mis en place peuvent être interprétés comme une source d'enrichissement des prérogatives de justice constitutionnelle des juridictions. Les *devolution issues* sont clairement définies dans les lois de la dévolution (par l'annexe 6 du *Scotland Act 1998*¹¹¹⁵, l'annexe 10 du *Northern Ireland Act 1998*¹¹¹⁶ et enfin l'annexe 9 du *Government of Wales Act 2006*¹¹¹⁷), dans les *Practice directions 10*¹¹¹⁸ édictées par la Cour suprême, ou encore dans les *Practice directions* relatives aux *devolutions issues* devant les autres juridictions. Son article 2.1 précise bien que son objectif est de compléter les dispositions relatives aux *devolution issues* contenues dans les lois de la dévolution¹¹¹⁹. La *practice direction* régleme expressément la procédure telle qu'elle doit se dérouler au Pays

¹¹¹⁴ SIMSON CAIRD Jack. *The Supreme Court on Devolution*, Briefing Paper, House of Commons Library, n°07670, 2016, 33 p., p. 8: "The third route for devolution matters to reach the Supreme Court is through ordinary judicial proceedings. As such cases do not arise through a statutory mechanism, they can be less straightforward to identify. Nevertheless, there are a number of important cases on devolution that have reached the Supreme Court and, prior to 2009, the Appellate Committee of the House of Lords through this route, including the cases of *Robinson [2002]* (see section 2.2) and *AXA [2011]* (see section 3.2)".

¹¹¹⁵ Dans le cas écossais, l'annexe 6 (10) et (11) prévoient les possibilités pour la *Court of Session* et la *High Court of Judiciary* de transmettre une *devolution issue* à la Cour suprême.

¹¹¹⁶ Pour l'Irlande du Nord, l'annexe 10 (9) prévoit également la possibilité pour la Cour d'appel d'Irlande du Nord de transmettre une *devolution issue* à la juridiction suprême.

¹¹¹⁷ Concernant le Pays de Galles, l'annexe 9 (10) prévoit les cas dans lesquels la Cour d'appel peut transmettre une *devolution issue* à la Cour suprême. En plus de ces Annexes, on trouve les *Practice directions*.

¹¹¹⁸ Les "*Practice directions*" sont des règles procédurales de fonctionnement de la Cour suprême édictées par cette dernière.

¹¹¹⁹ « Practice direction- Devolution issues », *Justice*, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/devolution_issues, art. 2.1: "This Practice Direction supplements the provisions dealing with devolution issues in the Acts."

de Galles et dispose alors que cette dernière doit être adaptée aux spécificités écossaise et nord-irlandaise¹¹²⁰.

799. Les *devolution issues* comprennent à la fois la question de savoir si une institution dévolue a agi ou proposé d’agir dans le cadre de sa compétence et si elle a enfreint une obligation qui lui incombait¹¹²¹.

800. Ces différentes dispositions précitées listent les cas qui justifient que soit saisie une juridiction sur le fondement des *devolution issues* :

801. En premier lieu, pour contrôler que l’acte législatif voté par l’Assemblée galloise, le Parlement écossais ou l’Assemblée nord-irlandaise soit bien de leurs compétences telles que reconnues par les lois de la dévolution. En second lieu, dans les cas écossais et gallois (annexe 6(1)(b) dans le premier cas et annexe 9(1)(b) dans les second) pour régler la question de savoir si un organe décisionnaire a bien agi dans le cadre d’une compétence reconnue aux ministres écossais, au Premier ministre ou au *Lord Avocat*. En outre, dans les cas écossais, selon l’annexe 6(1)(c), une juridiction peut être saisie de la question de savoir si l’exercice présumé ou proposé d’une fonction par un membre de l’exécutif écossais relève, ou relèverait, de la compétence dévolue. Dans le cas gallois, selon l’annexe 9(1)(c), une juridiction peut être saisie de la question de savoir si l’exercice présumé ou proposé d’une fonction par les ministres gallois, le Premier ministre ou le Conseil général, relèvent des compétences respectives des ministres gallois, du Premier ministre ou du Conseil général. Enfin, selon l’annexe 10(1)(b) du *Northern Ireland Act 1998* une juridiction peut être saisie pour savoir si l’exercice présumé ou proposé d’une fonction par un ministre d’Irlande du Nord est ou serait invalide sur fondement de la section 24. Cette dernière interdit à tout ministre d’Irlande du Nord de présenter des législations subordonnées ou primaires incompatibles avec les droits conventionnels, avec le droit de l’UE ou discriminantes envers une personne ou une catégorie de personne sur le fondement d’une croyance religieuse ou d’une opinion politique.

802. De prime abord, les procédures relatives aux *devolution issues* peuvent être qualifiées d’ouvertes du point de vue des requérants dans la mesure où elles correspondent à un

¹¹²⁰ *Ibid.*, art. 2.1: “It deals specifically with the position if a devolution issue arises under the GWA. If a devolution issue arises under the NIA or the SA the procedure laid down in this Practice Direction should be adapted as required.”.

¹¹²¹ « Practice direction- Devolution issues », *op. cit.*, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/devolution_issues, art. 3.2: “Broadly a devolution issue will involve a question whether a devolved body has acted or proposes to act within its powers (which includes not acting incompatibly with Convention rights¹ and Community law²) or has failed to comply with a duty imposed on it. Reference should be made to the Acts where ‘devolution issue’ is defined.”.

système concret de contrôle de constitutionnalité. L'avantage de ce dernier, souligne Lady Hale, est qu'il s'opère « *dans le contexte d'un ensemble spécifique de faits impliquant des personnes réelles* »¹¹²². Le contrôle concret a donc l'avantage de prendre en compte la réalité des situations des justiciables. De ce point de vue, les mécanismes relatifs aux *devolution issues* sont centrés sur le justiciable.

803. En outre, les mécanismes relatifs aux *devolution issues* apparaissent comme ouverts aux requérants puisqu'ils leur donnent une large possibilité de soulever une *dévolution issue* devant une juridiction. En effet, une telle question peut être soulevée devant un grand nombre de juridictions. La Cour suprême n'a pas en la matière de compétence exclusive, les juridictions inférieures peuvent également connaître des *devolution issues*. Plusieurs dispositions des lois sur la dévolution prévoient des procédures permettant à certaines juridictions d'appel au cours d'une instance, de transmettre une *devolution issue* à la Cour suprême. Que ce soit auprès des juridictions situées en Angleterre, au Pays de Galles, en Écosse ou en Irlande du Nord, les *devolution issues* peuvent ainsi être invoquées devant les *tribunals*, les *magistrate courts*, la *Crown Court*, la *County Court* qui ensuite peuvent les transmettre aux juridictions supérieures que sont la *High Court* ou la *Court of Appeal* selon les cas.

804. En outre, le caractère ouvert des procédures relatives aux *devolution issues* peut se déduire du fait que ces « questions » peuvent être soulevées par une partie au cours de n'importe quelle instance au procès. Quand le requérant pose une telle question au procès en cours, ce sont à la fois les règles de procédure du procès en cours et celles des *practice directions* qui vont s'appliquer, indique l'article 5.1 de la *practice direction*. La juridiction devant laquelle est présentée la *devolution issue* ne la traitera que si elle la juge ni futile ni vexatoire¹¹²³. Si la juridiction détermine que la question posée est bien une *devolution issue*, elle devra préciser clairement et de manière concise l'objet de la question¹¹²⁴. Ce dernier point est intéressant et montre en quoi ces procédures peuvent être considérées comme enrichissantes pour la place des juges dans la justice constitutionnelle. En effet, les règles relatives aux *devolution issues*

¹¹²² HALE Brenda (Lady HALE). "Devolution and the Supreme Court- 20 Years On", *The Supreme Court-Speeches*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>, 14 juin 2018, p. 6: "This is concrete review of the sort we are very used to in the common law world. It has two advantages (and there may be more). First, it comes up in the context of a specific set of facts involving real people".

¹¹²³ « Practice direction- Devolution issues », *op. cit.*, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/devolution_issues, art. 6.2: "In determining whether a devolution issue arises the court, notwithstanding the contention of a party to the proceedings, may decide that a devolution issue shall not be taken to arise if the contention appears to the court to be frivolous or vexatious (paragraph 2 of schedule 8 to the GWA).".

¹¹²⁴ *Ibid.*, art. 6.3: "If the court determines that a devolution issue arises it must state what that devolution issue is clearly and concisely.".

conduisent, de fait, à impliquer un grand nombre de juridictions dans le contrôle de constitutionnalité. L'exigence pour une juridiction de vérifier le caractère ni futile ni vexatoire de la question, ou encore celle d'en exposer précisément l'objet conduit inévitablement le juge à exercer la justice constitutionnelle en se prononçant lui-même sur la *devolution issue*. De ce point de vue, ces procédures (qui sont sans doute destinées à ne pas submerger les juridictions de questions) peuvent être vues comme des marques de confiance à l'égard des juges. Le caractère souhaitable de l'implication des juridictions ordinaires dans un contrôle concret, était d'ailleurs souligné par Lady Hale lors d'une intervention, le 14 juin 2018¹¹²⁵. Pour la juge, l'intervention et l'expérience des juridictions inférieures ne peuvent que nourrir et enrichir le rendu de la décision par la Cour suprême.

805. En plus de vérifier le caractère ni vexatoire ni futile et de préciser l'objet de la *devolution issue*, la juridiction devra la notifier à l'*Attorney General* et à l'Assemblée dans le cas du Pays de Galles sauf s'ils sont déjà parties au procès¹¹²⁶. Cette notification contiendra une date pour laquelle l'*Attorney General* ou l'Assemblée devront faire savoir à la juridiction s'ils prennent ou non part au procès -à la partie du procès portant sur la *devolution issue*-¹¹²⁷. La date en question correspondra à un délai de 14 jours après la date de la notification¹¹²⁸. Si des circonstances exceptionnelles le justifient, le juge pourra fixer un délai supérieur à 14 jours¹¹²⁹. Si une juridiction notifie une *devolution issue*, elle pourra aussi prendre les mesures qu'elle estime nécessaires relatives « à l'ajournement, à la suspension, à la poursuite de l'instance ou aux mesures provisoires »¹¹³⁰, en attendant que l'*Attorney General* ou l'Assemblée prennent position sur leur participation au procès.

¹¹²⁵ HALE Brenda (Lady HALE). "Devolution and the Supreme Court- 20 Years On", *op. cit.*, p. 6: "This is concrete review of the sort we are very used to in the common law world. It has two advantages (and there may be more). First, it comes up in the context of a specific set of facts involving real people; and second, it comes up through the courts of the part of the United Kingdom in question."

¹¹²⁶ « Practice direction- Devolution issues », *op. cit.*, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/devolution_issues, art. 7.1: "If a court determines that a devolution issue arises in the proceedings, it must order a devolution issue notice substantially in the form numbered 'DI 1' in Annex 1 to be given to the Attorney General and the Assembly unless they are already a party to the proceedings (paragraph 5(1), schedule 8 to the GWA)."

¹¹²⁷ *Ibid.*, art. 7.5: "The devolution issue notice will specify a date as the date by which the Attorney General or the Assembly must notify the court of any intention to take part as a party to the proceedings, so far as they relate to a devolution issues. Such date will be 14 days, or such longer period as the court may direct (see below), after the date of the notice."

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Ibid.*, art. 7.6: "The court may, in exceptional circumstances, specify a date longer than 14 days after the date of the notice as the date by which the Attorney General and the Assembly must notify the court of any intention to take part as a party to the proceedings. The court may do this before the notice is given, or before or after the expiry of the period given in the notice."

¹¹³⁰ *Ibid.*, art. 7.9(1): "(1) When a court orders a devolution issue notice to be given the court may make such further orders as it thinks fit in relation to any adjournment, stay, continuance of the proceedings, or interim

806. Si ni l'*Attorney General* ni l'Assemblée ne répondent pas ou s'ils ne souhaitent pas prendre part au procès dans le délai prescrit, celui-ci devra immédiatement reprendre à la date de l'expiration de la période pendant laquelle la réponse des autorités susnommées devait être donnée¹¹³¹. La juridiction n'a alors aucune obligation de les informer de l'issue du procès en question¹¹³². Si, au contraire, les deux autorités concernées souhaitent prendre part au procès, elles doivent le notifier dans le délai.

807. Elles peuvent alors demander à ce que l'affaire soit renvoyée devant la Cour suprême et dans ce cas remplir un formulaire spécifiquement prévu à cet effet¹¹³³. Si elles ne le demandent pas, la juridiction décidera si elle doit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction selon le schéma juridictionnel prévu à l'art 3.4 de la *Practice direction*¹¹³⁴. Le système des renvois juridictionnels prévu par cette disposition vaut d'ailleurs tant pour le Pays de Galles, que pour l'Écosse et l'Irlande du Nord¹¹³⁵.

measures, during the period within which the Attorney General and the Assembly have to notify the court if they intend to take part as a party to the proceedings.”

¹¹³¹ *Ibid.*, art. 7.10(1): “If neither the Attorney General nor the Assembly notify the court within the specified time of any intention to take part as a party to the proceedings: (1) the proceedings should immediately continue on expiry of the period within which they had to notify the court; and (...)”.

¹¹³² *Ibid.*, art. 7.10(2): “(...) (2) the court has no duty to inform them of the outcome of the proceedings apart from the duty to notify them if the court decides to refer the devolution issue to another court (see paragraph 10.3(5)).”.

¹¹³³ *Ibid.*, art. 8.3: “If the Attorney General or the Assembly is a party to the proceedings, and either of them intends to require the court to refer the devolution issue to the Judicial Committee, the Attorney General or the Assembly must as soon as practicable send to the court and the other parties (and to each other if only one of them has become a party) a notice substantially in the form numbered ‘DI 3’ shown in Annex 1.”.

¹¹³⁴ *Ibid.*, art. 9.1: “If the court is not required to refer the devolution issue to the Judicial Committee, the court will decide whether it should refer the devolution issue to the relevant court as specified in paragraph 3.4.”.

¹¹³⁵ *Ibid.*, art. 3.4: “Under all the Acts the court may refer a devolution issue to another court as follows:
1) A magistrates’ court may refer a devolution issue arising in civil or summary proceedings to the High Court (paragraphs 6 and 9, schedule 8 to the GWA; paragraphs 15 and 18, schedule 10 to the NIA; and paragraphs 18 and 21, schedule 6 to the SA).

(2) The Crown Court may refer a devolution issue arising in summary proceedings to the High Court and a devolution issue arising in proceedings on indictment to the Court of Appeal (paragraph 9, schedule 8 to the GWA; paragraph 18, schedule 10 to the NIA; paragraph 21, schedule 6 to the SA).

(3) The County Court, the High Court (unless the devolution issue has been referred to the High Court)⁴, and the Crown Court⁵ may refer a devolution issue arising in civil proceedings to the Court of Appeal (paragraph 7, schedule 8 to the GWA; paragraph 16, schedule 10 to the NIA; paragraph 19, schedule 6 to the SA).

(4) A tribunal from which there is no appeal must, and any other tribunal may, refer a devolution issue to the Court of Appeal (paragraph 8, schedule 8 to the GWA; paragraph 17, schedule 10 to the NIA; paragraph 20, schedule 6 to the SA).

(5) The Court of Appeal may refer a devolution issue to the Judicial Committee, unless the devolution issue was referred to it by another court (paragraph 10, schedule 8 to the GWA; paragraph 19, schedule 10 to the NIA; paragraph 22, schedule 6 to the SA).

(6) An appeal against the determination of a devolution issue by the High Court or the Court of Appeal on a reference lies to the Judicial Committee with the leave of the court concerned, or, failing such leave, with special leave of the Judicial Committee (paragraph 11, schedule 8 to the GWA; paragraph 20, schedule 10 to the NIA; paragraph 23, schedule 6 to the SA).”.

808. Pour apprécier l'opportunité d'un tel renvoi, la juridiction pourra organiser le dépôt d'observations écrites ou une audience spécifique sur cette question¹¹³⁶. Dans son appréciation, la juridiction devra prendre en compte différentes circonstances, dont certaines impliquent d'exercer la justice constitutionnelle : 1) l'importance de la *devolution issue* pour le public en général, 2) l'importance de celle-ci pour les parties au procès, 3) si la décision relative au renvoi de l'affaire sera décisive pour le litige qui oppose les parties, 4) si toutes les conclusions de fait pertinentes ont été tirées, 5) le délai qu'entraînerait un renvoi, notamment dans les affaires impliquant des enfants et les affaires pénales et enfin 6) les coûts additionnels que le renvoi à la juridiction peut impliquer¹¹³⁷. Les quatre premières circonstances témoignent ici aussi du caractère ouvert de ces procédures pour les juridictions, et impliquent pour ces dernières de s'impliquer en profondeur dans la *devolution issue* soulevée devant elles. Les règles relatives aux *devolution issues* témoignent ainsi d'une volonté d'inclure un grand nombre de juridictions dans le contentieux constitutionnel relatif à l'exercice des compétences des institutions dévolues. De ce point de vue, les règles régissant les *devolution issues* valorisent le rôle du juge.

809. Que la juridiction décide de renvoyer ou non l'affaire, sa décision sera obligatoirement motivée¹¹³⁸. Si le juge décide de ne pas renvoyer l'affaire, il donnera des directives pour la conduite future de la procédure, parmi lesquelles figureront des directives quant à la participation du procureur général et de l'Assemblée s'ils sont parties¹¹³⁹. Les règles de procédures et de formes relatives au renvoi juridictionnel sont fixées aux articles 10.1, 10.2, 10.3 et 10.4 des *Practice directions*. Si une juridiction décide de renvoyer l'affaire devant une

¹¹³⁶ *Ibid.*, art. 9.2: "Before deciding whether to make a reference the court may hold a directions hearing or give written directions as to the making of submissions on the question of whether to make a reference."

¹¹³⁷ *Ibid.*, art. 9.4: "In exercising its discretion as to whether to make a reference, the court will have regard to all relevant circumstances and in particular to:

- (1) the importance of the devolution issue to the public in general;
- (2) the importance of the devolution issue to the original parties to the proceedings;
- (3) whether a decision on the reference of the devolution issue will be decisive of the matters in dispute between the parties;
- (4) whether all the relevant findings of fact have been made (a devolution issue will not, unless there are exceptional circumstances, be suitable for a reference if it has to be referred on the basis of assumed facts);
- (5) the delay that a reference would entail particularly in cases involving children and criminal cases (including whether the reference is likely to involve delay that would extend beyond the expiry of the custody time limits if the defendant is remanded in custody and his trial has not commenced); and
- (6) additional costs that a reference might involve."

¹¹³⁸ *Ibid.*, art. 9.5: "The court should state its reasons for making or declining to make a reference."

¹¹³⁹ *Ibid.*, art. 9.6: "If the court decides not to refer the case, it will give directions for the future conduct of the action, which will include directions as to the participation of the Attorney General and the Assembly if they are parties."

autre juridiction, alors elle ajourne ou suspend l'instance, sauf ordonnance contraire, et rend toute autre décision qu'elle juge appropriée en lien avec l'ajournement ou la suspension¹¹⁴⁰.

810. Les procédures relatives aux *devolution issues* devant la Cour suprême sont régies par la *Practice direction* 10. Cette dernière précise que la Cour peut être amenée à connaître des *devolution issues* dans quatre situations : 1) par le biais d'une question posée en ce sens par un agent compétent, 2) « *par voie de recours contre la détermination d'une question de dévolution par (6) certaines cours supérieures d'Angleterre et du Pays de Galles, d'Écosse et d'Irlande du Nord et contre la détermination d'une question de compatibilité par un tribunal composé de deux ou plusieurs juges de la High Court of Justiciary en Écosse* », 3) « *par voie de renvoi d'une question de dévolution ou de compatibilité (8) par certaines cours d'appel.* », 4) « *par renvoi direct par un agent compétent (9) d'une question de dévolution, que cette question de dévolution (10) fasse ou non l'objet d'un litige.* »¹¹⁴¹. Les modalités de fonctionnement et de procédure de ces quatre options sont précisément réglementées par la *Practice direction* 10.

811. Ce contrôle *a posteriori* a été effectivement mis en œuvre dans la jurisprudence.

2) *Les devolution issues dans la jurisprudence*

812. La majorité des *devolution issues* qui ont été traitées par la Cour suprême concernait la compatibilité d'actes adoptés par l'exécutif écossais avec les droits conventionnels¹¹⁴². Le contrôle concret *a posteriori* a, lui, été plus souvent utilisé par la Cour suprême.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 11: “If a reference is made the court will adjourn or stay the proceedings in which the devolution issue arose, unless it otherwise orders; and will make such further orders as it thinks fit in relation to any adjournment or stay.”.

¹¹⁴¹ « Practice direction 10 », *The Supreme Court*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://www.supremecourt.uk/procedures/practice-direction-10.html#footnotes>: “Questions of the kind referred to in paragraphs 10.1.1 and 10.1.2.(5) can reach the Supreme Court in four ways: a. by way of a reference of a question by a relevant officer; b. by way of an appeal from the determination of a devolution issue by (6) certain superior courts of England and Wales, Scotland and Northern Ireland and from the determination of a compatibility issue by a court of two or more judges of the High Court of Justiciary in Scotland (7); c. by way of a reference of a devolution issue or a compatibility issue (8) by certain appellate courts; d. by way of a direct reference by a relevant officer (9) of a devolution issue whether or not the devolution (10) issue is the subject of litigation.”.

¹¹⁴² SIMSON CAIRD Jack. *The Supreme Court on Devolution*, op. cit., p. 6: “The majority of the ‘devolution issues’ cases that have reached the Supreme Court have concerned challenges to the acts of the Scottish executive for being incompatible with Convention rights.”.

813. L'arrêt *Salvesen* rendu par la Cour suprême en 2013, est le premier dans lequel la juridiction considéra qu'une législation adoptée par une assemblée législative locale n'entrerait pas dans les compétences des institutions dévolues dans la mesure où elle était incompatible avec le droit de propriété prévu par l'article 1^{er} du Premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'agissait de la section 72 de l'*Agricultural Holdings (Scotland) Act 2013*.

814. L'arrêt *A Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to Paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (Northern Ireland)* rendu par la Cour suprême en 2020 évoquait aussi les *devolution issues*¹¹⁴³. Dans cette jurisprudence la Cour, à l'unanimité, refusa la demande formulée par l'*Attorney General* qui avait saisi la Cour en application de la section 34 de l'annexe 10 du *Northern Ireland Act 1998*. La Cour considérait que les actes contestés ne pouvaient pas être attaqués sur le fondement de leurs incompatibilités avec la section 24 du *Northern Ireland Act 1998*.

815. Même si la jurisprudence n'est pas abondante sur les litiges de conflits de compétences, elle a le mérite d'exister et le juge a donc pu faire usage de cette prérogative constitutionnelle. Cette jurisprudence est apparue après la création (2005) et l'installation (2009) de la Cour suprême. Auparavant, le Conseil Privé et l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords ne tranchèrent que peu de litiges en rapport avec la dévolution.

816. La jurisprudence *Martin v Most* de 2010 est une illustration de la prérogative constitutionnelle ainsi reconnue du juge¹¹⁴⁴. En l'espèce, il s'agissait de savoir si en adoptant le *Criminal Proceedings etc (Reform) (Scotland) Act 2007* le Parlement écossais avait bien agi dans le cadre de sa compétence. Cette loi prévoyait en effet une augmentation du pouvoir de sanction des *sheriffs*. La Cour suprême considéra en l'espèce que le Parlement écossais avait bien agi dans le cadre de sa compétence.

817. La jurisprudence *Christian Institute* de 2015 illustre aussi ce contrôle concret et *a posteriori*. En l'espèce, quatre organismes de bienfaisance contestaient la Partie IV du *The Children and Young People (Scotland) Act 2014* qui reconnaissait à certaines personnes identifiées la possibilité d'exercer plusieurs fonctions d'aide et d'assistance aux enfants et aux

¹¹⁴³ *A Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to Paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998* [2020] UKSC 2.

¹¹⁴⁴ *Martin (Appellant) v. Her Majesty's Advocate (Respondent) (Scotland)* [2010] UKSC 10.

jeunes adultes¹¹⁴⁵. Selon ces organismes, cette disposition, outre d'être contraire à la CEDH et au droit de l'UE, ne ressortait pas de la compétence du Parlement écossais mais plutôt de celle du Parlement de Westminster, comme faisant partie des « *matières réservées* ». En l'espèce, la Partie IV de la loi était contestée en ses dispositions relatives au partage de données personnelles que les organismes considéraient comme relevant des matières réservées, plus précisément du *Data Protection Act* de 1998 qui venait mettre en application au Royaume-Uni la directive 95/46/EC. La Cour suprême considéra l'argumentation relative à la « *matière réservée* » comme étant inopérante.

818. Il faut aussi prêter attention aux sanctions judiciaires dans le cas d'un acte d'une entité dévolue non conforme à la répartition de compétences opérée par les lois de dévolution.

819. Si la Cour suprême se fonde sur un des articles précités des lois de la dévolution de 1998, alors la sanction sera la nullité, le juge considérera alors que l'acte en question « *n'est pas du droit* », en reprenant les mots des lois de 1998. La sanction est donc importante et permet au juge d'exercer une forte influence dans les missions de protection mais aussi d'élaboration du droit. Cette forte influence va dans le sens de l'importance du juge dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

820. Par contre si la Cour suprême se fonde sur des motifs autres, tels que les droits constitutionnels de *common law* ou encore des principes du droit public (comme le *rule of law*), alors la sanction ne sera pas toujours la nullité. Ici la disposition en question qui violerait un droit constitutionnel de *common law* serait neutralisée par le biais d'une interprétation conforme -d'après ce qui a été vu aux chapitres précédents-.

821. Si la Cour suprême constate que l'acte ou une partie de l'acte voté par l'entité dévolue est *ultra vires*, ce dernier ne sera pas non plus toujours annulé. En revanche, le juge peut décider de suspendre l'application de la disposition incriminée, de manière temporaire ou permanente¹¹⁴⁶. Cette prérogative est expressément prévue dans les lois de la dévolution¹¹⁴⁷ et

¹¹⁴⁵ *The Christian Institute and others (Appellants) v. The Lord Advocate (Respondent)(Scotland)* [2016] UKSC 51.

¹¹⁴⁶ GIBSON-MORGAN Elizabeth. "The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review?", *Revue Miroirs*, 2014, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], <http://www.reuemiroirs.fr/links/article8.pdf>.

¹¹⁴⁷ *Government of Wales Act 2006*, section 153(2)(b): "The court or tribunal may make an order— (b)suspending the effect of the decision for any period and on any conditions to allow the defect to be corrected."; *Scotland Act 1998*, section 102(2)(b): "The court or tribunal may make an order— (b)suspending the effect of the decision for any period and on any conditions to allow the defect to be corrected".; *Northern Ireland Act 1998*, section 81(2)(b): "The court or tribunal may make an order— (b)suspending the effect of the decision for any period and on any conditions to allow the defect to be corrected.".

a été utilisée plusieurs fois par les juges. Les règles de la dévolution laissent donc au juge une marge de manœuvre remarquable quant à la portée de ses décisions, ce qui renforce la liberté et donc la confiance dont le juge bénéficie. En effet, cette suspension d'application a pour objectif de laisser aux autorités politiques compétentes la possibilité de remédier au problème par l'adoption de mesures adéquates et ainsi, de laisser un dernier mot aux autorités bénéficiant de la légitimité démocratique. C'est ainsi que dans les jurisprudences *Salvesen* et *Christian Institute*, la Cour suprême, en se fondant sur la section 102(2)(b), décida de suspendre les effets de sa décision qui constatait l'incompatibilité des dispositions législatives contestées (la section 72(10) du *Agricultural Holdings (Scotland) Act 2003* et la Partie IV du *Children and Young People (Scotland) Act 2004*) avec les droits conventionnels. La raison d'une telle solution était la volonté de la juridiction suprême de laisser au Parlement écossais et au gouvernement écossais -s'ils l'estimaient opportuns- la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux incompatibilités repérées. Ces exemples témoignent d'une volonté pour les juridictions d'utiliser ce pouvoir de suspension afin de nourrir un dialogue avec les autorités politiques, ce qui fait écho à la philosophie dialogique de la section 4 du *HRA 1998*, s'orientant en pratique vers une philosophie de domination des juges. Cela s'observe aussi dans la jurisprudence *Christian* dans laquelle la Cour avertit l'exécutif et la législature qu'en cas d'amendements insuffisants pour remédier à l'incompatibilité soulevée, des sanctions supplémentaires seraient prises.

822. Une question importante, évoquée par Lady Hale dans son « *speech* »¹¹⁴⁸, est celle de l'application dans le temps d'un jugement déclarant qu'une loi prise par une entité dévolue se situe en dehors de sa compétence. Une telle solution emporte-t-elle des effets rétroactifs -et ainsi s'applique-t-elle à partir de l'adoption de la loi- ou ne vaut-elle qu'à partir de la date du jugement ? Le principe consacré à la section 102(2)(a) du *Scotland Act 1998*, à la section 81(2)(a) du *Northern Ireland Act 1998* et à la section 153(2)(a) du *Government of Wales Act 2006*, est que la décision rendue par le juge aura un effet rétroactif s'appliquant dès l'adoption de la loi sauf si la juridiction ou le *tribunal* émet un *order* qui ait pour effet de supprimer ou de limiter les effets rétroactifs de la décision¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ HALE Brenda (Lady HALE). "Devolution and the Supreme Court- 20 Years On", *op. cit.*, p. 14: "But suppose we have gone through all of that and found that a provision in an Act of a devolved legislature is outside its competence: a rare event so far, but certainly not unforeseeable. The question then arises as to whether that finding operates from when the legislation came into effect or only from the court's finding that it was outside competence. That same question also arises where the local law derived from a UK statute is found incompatible with the Convention rights or with EU law."

¹¹⁴⁹ *Scotland Act 1998*, section 102(2)(a) : "The court or tribunal may make an order— (a) removing or limiting any retrospective effect of the decision, (...)"; *Northern Ireland Act 1998*, section 81(2)(a) : "The court or

823. Les lois de la dévolution ont enrichi le rôle constitutionnel des juges et leur ont confié de nouvelles prérogatives de contrôle leur permettant d'activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. L'enrichissement causé par les lois de la dévolution ne s'explique pas seulement par les mécanismes de contrôle juridictionnel, mais aussi par la nature et l'objectif de ces législations fondatrices.

II) Un enrichissement lié à la nature et à l'objectif des lois de la dévolution

824. Outre les mécanismes de contrôle mis en place par les lois de la dévolution tel que nous les avons décrits, la nature même de ces lois influe également sur le rôle constitutionnel des juges. En effet, les lois de la dévolution étant de véritables actes fondateurs de régimes politiques, les juges deviennent alors des gardiens (et non « *les* » gardiens) d'actes de nature clairement constitutionnelle. Ces lois correspondent bien aux objectifs, identifiés par Philippe Raynaud, d'une version du constitutionnalisme considérée comme dominante dans les pays démocratiques et libéraux, celle dans laquelle « *les régimes politiques (...), grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire, rendent possible la limitation du pouvoir législatif lui-même en veillant à la conformité des lois à la constitution et à ses principes généraux (...).* »¹¹⁵⁰.

825. Dans les pays libéraux et démocratiques, la Constitution sert, comme l'a souligné Benjamin Constant, non seulement à organiser le fonctionnement du pouvoir politique des gouvernants, mais aussi à permettre la réalisation des droits des individus à l'encontre des institutions étatiques et particulièrement du législateur¹¹⁵¹. Ces deux grands thèmes

tribunal may make an order - (a)removing or limiting any retrospective effect of the decision"; Government of Wales Act 2006, section 153(2)(a): "*The court or tribunal may make an order - (a)removing or limiting any retrospective effect of the decision*".

¹¹⁵⁰ RAYNAUD Philippe. « Constitutionnalisme », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 266-271.

¹¹⁵¹ CONSTANT Benjamin. *Des réactions politiques*, Les classiques des sciences sociales, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], http://classiques.uqac.ca/classiques/constant_benjamin/des_reactions_politiques/des_reactions.htm, 147 p., p. 44: « *Une constitution est la garantie de la liberté d'un peuple : par conséquent, tout ce qui tient à la liberté est constitutionnel, et, par conséquent aussi, rien n'est constitutionnel de ce qui n'y tient pas. Étendre une constitution à tout, c'est faire de tout des dangers pour elle, c'est créer des écueils pour l'en entourer. Il y a de grandes bases, auxquelles toutes les autorités nationales ne peuvent toucher, mais la réunion de ces autorités peut faire tout ce qui n'est pas contraire à ces bases. Parmi nous, par exemple, ces bases sont une représentation nationale en deux sections, point d'unité, point d'hérédité, l'indépendance des tribunaux, l'inviolable maintien des propriétés que la constitution a garanties, l'assurance de n'être pas détenu arbitrairement, de n'être point distrait*

(fonctionnement du pouvoir politique et protection des droits des individus) font partie de la définition traditionnelle donnée à une constitution au sens matériel.

826. D'un point de vue matériel, ces lois contiennent, comme toute constitution, des règles relatives à l'organisation des pouvoirs et à la protection des droits¹¹⁵². Cette définition de la constitution comme norme organisant l'exercice du pouvoir présente des similitudes avec l'idée phare du principe de *rule of law* selon lequel les pouvoirs de l'État doivent s'exercer conformément à ce qui est prévu par le droit. Le principe est donc bien que tous les pouvoirs qu'ils soient locaux ou centraux doivent s'exercer conformément aux règles fixées.

827. Ici, l'exercice de la justice constitutionnelle par le législateur (à travers l'adoption des lois de la dévolution) est venu stimuler l'exercice de la justice constitutionnelle par les juges. En effet, les lois de la dévolution mettent en place des systèmes politiques et juridiques à part entière (A). En outre, elles représentent une mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs et de la nécessité de protéger les droits et libertés et font du juge un acteur de leur protection (B).

A) Des lois de mise en place de systèmes politiques et juridiques

828. L'ampleur et les objectifs poursuivis par les lois de la dévolution ont indéniablement stimulé l'exercice de la justice constitutionnelle par les juges. Les législations portant création de la dévolution ont instauré au sein des « régions » concernées, des systèmes politiques et juridiques autonomes.

829. La nature de ces lois ne pouvait qu'influencer le traitement que les juges en feraient. Ces lois ont en effet une nature constitutionnelle en ce qu'elles créent au niveau des territoires concernés de nouvelles institutions (1) et en ce qu'elles existent comme des constitutions formelles pour les institutions galloises, écossaises et nord-irlandaises (2).

1) Les lois de la dévolution, des lois de création institutionnelle

de ses juges naturels, de n'être point frappé par des lois rétroactives, et quelques autres principes en très petit nombre. ».

¹¹⁵² KING Anthony. *Does the United Kingdom still have a constitution?*, London, Sweet and Maxwell, 2001, 111 p. 1 : « A constitution is the set of the most important rules that regulate the relations among the different parts of the government of a given country and also the relations between the different parts of the government and the people of the country.. ».

830. Ces lois mettent en place de véritables régimes politiques au sein des régions concernées (a), mis en place qui aura des répercussions sur la jurisprudence de la Cour suprême (b).

a) *La dévolution ou la création de véritables régimes politiques*

831. Ces lois répondent à la définition classique de la constitution fournie par Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel qui rappellent que la constitution doit notamment « *tendre à l'essentiel (...): la détermination de la forme de l'État (État unitaire ou État fédéral) ; la distribution des relations entre les pouvoirs publics ou constitués, (...)* »¹¹⁵³. Comme Philippe Ardant et Bertrand Mathieu le soulignent il existe « *un fonds commun aux Constitutions* », « *Toutes ont un objet identique : aménager l'organisation et le fonctionnement du pouvoir ainsi que les relations des gouvernants et des gouvernés.* »¹¹⁵⁴. Ce sont les composantes majeures des constitutions libérales.

832. La nature constitutionnelle des lois de la dévolution a ainsi été rappelée, à maintes reprises par la jurisprudence : la notion de « *loi constitutionnelle* », façonnée dans la jurisprudence *Thoburn* en 2002 a été reprise dans l'affaire *Robinson* rendue en 2002 par la Cour suprême dans laquelle Lord Bingham qualifia le *Northern Ireland Act* de 1998 de « *constitution* ». Ce fut également le cas dans l'affaire *H v Lord Advocate*¹¹⁵⁵, relative au *Scotland Act* 1998, dans lequel le juge soulignait son « *statut constitutionnel fondamental* »¹¹⁵⁶. Dans l'arrêt *Agricultural Sector (Wales) Bill* rendu en 2014 par la Cour suprême, le *Government of Wales Act* 2006 était qualifié d'acte « *de grande importance constitutionnelle* »¹¹⁵⁷. La nature constitutionnelle des lois de la dévolution, en l'espèce du *Scotland Act* 1998, a eu également un effet sur la démarche du juge dans la jurisprudence rendue par la Cour suprême

¹¹⁵³ GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 29^e édition, 2015, 860 p., p. 207.

¹¹⁵⁴ ARDANT Philippe, MATHIEU Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 28^e édition, 2016-2017, 603 p., p. 80.

¹¹⁵⁵ *BH (AP) (Appellant) and another v. The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland)* [2012] UKSC 24.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 30: « *But in my opinion only an express provision to that effect could be held to lead to such a result. This is because of the fundamental constitutional nature of the settlement that was achieved by the Scotland Act.* ».

¹¹⁵⁷ *Agricultural Sector (Wales) Bill - Reference by the Attorney General for England and Wales* [2014] UKSC 43, par. 6: « *The description of the GWA 2006 as an Act of great constitutional significance cannot be taken, in itself, to be a guide to its interpretation. (...) When enacting the GWA 2006 Parliament had to define, necessarily in fairly general and abstract terms, permitted or prohibited areas of legislative activity. The aim was to achieve a constitutional settlement.* ».

en 2018 sur le *Scottish Continuity Bill*¹¹⁵⁸. En l'espèce le juge affirmait que pour interpréter le *Scotland Act*, « les tribunaux tiennent compte de son objectif de parvenir à un règlement constitutionnel »¹¹⁵⁹.

833. À la manière d'une constitution, les lois fondatrices de 1998 mettent en place de véritables régimes politiques en Écosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord. Frédérique Roux observe même l'intégration du Royaume-Uni à un ensemble commun qu'elle appelle « régionalisme européen »¹¹⁶⁰. Les lois de dévolution mettent en place un État régional qui, selon Louis Favoreu, « se caractérise par la reconnaissance d'une réelle autonomie politique reconnue au profit des entités régionales et notamment d'un pouvoir normatif autonome »¹¹⁶¹. Il correspond « à la prise en compte de certaines spécificités, qu'elles soient ethniques, culturelles, linguistiques, religieuses, et il se rapproche de l'État fédéral. ». Ce dernier ne semble pas néanmoins désigner l'État britannique, les compétences reconnues aux régions étant beaucoup trop dépendantes des volontés du pouvoir de Westminster¹¹⁶².

834. Les lois de la dévolution mettent en place des régimes d'équilibre du pouvoir que sont les régimes parlementaires. Comme le note Frédérique Roux, une « relation de responsabilité » similaire à celle qui unit la Chambre des Communes aux ministres est créée pour les institutions écossaises. On retrouve donc « un exécutif issu du Parlement, dont le Premier ministre est (...) membre (...), élu par celui-ci et responsable avec son équipe collectivement devant lui. »¹¹⁶³. On retrouve ces éléments dans le (1) de la section 45 de la loi

¹¹⁵⁸ *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 12 : “The Scotland Act must be interpreted in the same way as any other statute. The courts have regard to its aim to achieve a constitutional settlement (...)”.

¹¹⁶⁰ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 419: « Il y a dans toute l'Europe une tendance à reconnaître les identités locales longtemps bafouées par les États nations centralisateurs et omnipotents ; à tel point que l'on pourrait penser qu'il y a une tendance vers un modèle commun celui d'une régionalisation voire d'un régionalisme. ».

¹¹⁶¹ FAVOREU Louis, MESTRE Jean-Paul, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, CHARPY Chloé, SCOFFONI Guy, PFERSMANN Otto, LAMOUREUX Sophie, BENESSIANO William. *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 460.

¹¹⁶² GAMBLE Andrew. “The Constitutional Revolution in the United Kingdom”, *The Journal of Federalism*, vol. 36, n°1, pp.19-35, p. 28: “The reforms have not delivered self-government, or federal institutions, or done much to limit the continued supremacy of the Westminster executive. From this standpoint the reforms look like a clever device to appease pressure from nationalists wanting full separation and from constitutional reformers wanting to decentralize power. The devolution settlement is another tactic by the Westminster executive to set up new institutional arrangements that appear to devolve powers to subordinate bodies but in reality give away nothing of importance, and certainly nothing that at Westminster is regarded as the preserve of “high politics.” This is centralism again, clothed differently to be sure, but still centralism.”. Sur la question du fédéralisme au Royaume-Uni, voir également TIERNEY Stephen. “Stephen Tierney: Can the Union Survive the Election?”, *UK Constitutional Law Group*, 9th May 2015, [en ligne], [consultée le 9 mai 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/05/09/stephen-tierney-can-the-union-survive-the-election/>.

¹¹⁶³ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 88.

sur l'Écosse de 1998 selon lequel le Premier ministre est désigné par la Reine parmi les membres du Parlement¹¹⁶⁴. Au (2) de la même section est expressément affirmé le principe clé du régime parlementaire selon lequel le Premier ministre se doit de démissionner s'il ne bénéficie plus de la confiance du Parlement¹¹⁶⁵.

835. Bien plus, le « *gouvernement est soumis à des règles classiques de responsabilité devant le Parlement. Les Parlementaires ont la possibilité de contrôler l'action de l'exécutif de plusieurs manières : les questions écrites et orales, les motions de membres et les interventions lors des débats. Il existe également une procédure d'un vote de censure permettant au Parlement de poser une question de confiance.* »¹¹⁶⁶. Sont mis en place par la loi de 1998 pour l'Irlande du Nord, une Assemblée et un gouvernement dirigé par un Premier ministre. On retrouve par ailleurs la logique selon laquelle le Premier ministre découle nécessairement du législatif à la section 8 du *Northern Ireland (St Andrews Agreement) Act* voté en 2006 qui vient modifier la loi de 1998. Selon cette disposition, l'officier en charge des nominations faisant partie du parti politique le plus important au sein de l'Assemblée doit nommer comme Premier ministre un membre de ladite Assemblée¹¹⁶⁷.

836. Telle est également la situation au Pays de Galles où les *Government of Wales Act* votés en 1998 et en 2006 instaurent une structure de type parlementaire. À côté d'une assemblée galloise est ainsi prévu un gouvernement gallois¹¹⁶⁸. Bien plus, la loi de 2006 reconnaît une autonomie législative aux institutions galloises. Ainsi sa section 107(1)¹¹⁶⁹ donne à l'Assemblée galloise la capacité d'adopter des « Actes de l'Assemblée nationale ». Selon l'annexe 5 de la loi de 2006,¹¹⁷⁰ l'Assemblée nationale est compétente pour intervenir dans des

¹¹⁶⁴ *Scotland Act 1998*, section 45(1): “*The First Minister shall be appointed by Her Majesty from among the members of the Parliament and shall hold office at Her Majesty’s pleasure*”.

¹¹⁶⁵ *Scotland Act 1998*, section 45(2): “*The First Minister may at any time tender his resignation to Her Majesty and shall do so if the Parliament resolves that the [F]Scottish Government no longer enjoys the confidence of the Parliament.*”.

¹¹⁶⁶ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit.

¹¹⁶⁷ *Northern Ireland (St Andrews Agreement) Act 2006*, section 8(4): “*the nominating officer of the largest political party of the largest political designation shall nominate a member of the Assembly to be the First Minister.*”.

¹¹⁶⁸ *Government of Wales Act, 2006*, section 45: « (1) *There is to be a Welsh F1... Government, or Llywodraeth F2... Cymru, whose members are—(a) the First Minister or Prif Weinidog (see sections 46 and 47), (b) the Welsh Ministers, or Gweinidogion Cymru, appointed under section 48, (c) the Counsel General to the Welsh F1... Government or Cwnsler Cyffredinol i Lywodraeth F2... Cymru (see section 49) (referred to in this Act as “the Counsel General”), and (d) the Deputy Welsh Ministers or Dirprwy Weinidogion Cymru (see section 50).* »

¹¹⁶⁹ *Government of Wales Act, 2006*, Section 107(1): “*The Assembly may make laws, to be known as Acts of the National Assembly for Wales or Deddfau Cynulliad Cenedlaethol Cymru (referred to in this Act as “Acts of the Assembly”).*”.

¹¹⁷⁰ *Government of Wales Act, 2006*, schedule 5 - Assembly measures: “*Part 1, Matters: Field 1: agriculture, fisheries, forestry and rural development; Field 2: ancient monuments and historic buildings; Field*

domaines pré-listés tels que l'agriculture, la pêche et le développement rural, la culture, le développement économique, l'éducation et la formation ou encore l'urbanisme et l'aménagement du territoire.

837. La mise en place de régimes politiques spécifiques au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord entraîne indéniablement la mise en place d'ordres juridiques spécifiques. Les lois de 1998 agissent comme des constitutions en ce qu'elles abordent la question des procédures internes aux institutions et principalement aux trois assemblées législatives. Les lois de 1998 leur laissent une certaine autonomie, les section 22 du *Scotland Act 1998*¹¹⁷¹, section 41 du *Northern Ireland Act 1998*¹¹⁷² et section 31 du *Government of Wales Act 2006*¹¹⁷³ prévoyant que les procédures législatives doivent être déterminées par les assemblées elles-mêmes dans le cadre de l'adoption de *standing orders*.

838. Les deux premières précisent cependant dans une annexe spécifique¹¹⁷⁴ le contenu de ces *standing orders* en faisant une distinction entre ce que ces derniers « peuvent prévoir » et ce qu'ils « doivent prévoir ». Pour le Pays de Galles, cette distinction est opérée aux sections 31 et 111. Ainsi, dans la dernière catégorie (ce que les *standing orders* « doivent prévoir ») figure l'obligation qui est faite aux *standing orders* de prévoir pour les trois assemblées des procédures qui doivent être publiques sauf dans des cas exceptionnels précisément déterminés par les *standing orders*. En outre, les trois lois obligent à l'établissement de rapports sur les travaux de l'assemblée et à leur publication.

839. Enfin ces lois prennent en compte la nécessité de la protection des droits. Même si elles ne contiennent aucune déclaration générale de droits, le fait qu'elles considèrent les droits conventionnels comme une condition de validité du droit produit par les nations montre que les principes sous-entendus par ces droits comme la protection de l'autonomie de l'individu, de sa liberté d'expression, d'aller et venir, etc... sont considérés comme fondamentaux pour la réalisation du projet politique qu'est la dévolution. Le législateur mis en place au sein des trois

3: culture; Field 4: economic development; Field 5: education and training; Field 6: environment; Field 7: fire and rescue services and promotion of fire safety; Field 8: food; Field 9: health and health services; Field 10: highways and transport; Field 11: housing; Field 12: local government; Field 13: National Assembly for Wales; Field 14: public administration; Field 15: social welfare; Field 16: sport and recreation; Field 17: tourism; Field 18: town and country planning; Field 19: water and flood defence; Field 20: Welsh language.”.

¹¹⁷¹ *Scotland Act 1998*, section 22(1): “The proceedings of the Parliament shall be regulated by standing orders.”.

¹¹⁷² *Northern Ireland Act 1998*, section 41(1): “The proceedings of the Assembly shall be regulated by standing orders.”.

¹¹⁷³ *Government of Wales Act 2006*, section 31(1): “ “[F]or Senedd] proceedings are to be regulated by standing orders (referred to in this Act as “the standing orders”).”.

¹¹⁷⁴ *Scotland Act 1998*, schedule 3; *Northern Ireland Act 1998*, schedule 6.

nations concernées se trouve indéniablement encadré et limité par des règles constitutionnelles d'organisation et de séparation des pouvoirs mais aussi de protection des droits.

840. Ces lois de la dévolution ont permis la mise en place de véritables régimes politiques. Un tel objectif a eu des répercussions visibles sur la jurisprudence de la Cour suprême.

b) Les répercussions visibles de cette création institutionnelle sur la Cour suprême

841. Le caractère éminemment démocratique et représentatif des institutions dévolues a eu des répercussions sur la jurisprudence de la Cour suprême, qui l'a explicitement reconnu et pris en compte. De ce point de vue, la dévolution a dynamisé l'intervention des juges dans la justice constitutionnelle. C'est ce que semble suggérer l'affaire *Axa* devant le Cour suprême en 2011¹¹⁷⁵. En l'espèce, des compagnies d'assurance remettaient en cause la légalité d'une loi votée en 2009¹¹⁷⁶ par le Parlement d'Écosse sur les *Dommages et l'amiante*. Un des arguments avancés par les requérants était qu'une loi votée en 2009 par les autorités dévolues écossaises était « *le résultat d'un exercice irraisonnable, irrationnel et arbitraire de l'autorité législative conférée par le Scotland Act de 1998 au Parlement écossais.* »¹¹⁷⁷.

842. Les requérants soutenaient qu'une loi votée par le Parlement écossais pouvait faire l'objet d'une procédure de *judicial review* sur les mêmes fondements de *common law* que ceux utilisés pour la législation secondaire. Lord Hope et la majorité des juges rejetèrent l'argument en précisant qu'une telle loi ne pouvait faire l'objet d'une procédure de *judicial review* que dans des circonstances exceptionnelles. Le raisonnement de Lord Hope suivait deux grandes étapes : a) une première dans laquelle il recherchait si une disposition du *Scotland Act*

¹¹⁷⁵ *AXA General Insurance Limited and others (Appellants) v. The Lord Advocate and others (Respondents) (Scotland)* [2011] UKSC 46. Sur cette jurisprudence voir. TOMKINS Adam. "Adam Tomkins: Confusion and Retreat: The Supreme Court on Devolution", *UK Constitutional Law Association*, 19th February 2015, [en ligne], [consultée le 19 février 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/02/19/adam-tomkins-confusion-and-retreat-the-supreme-court-on-devolution/>.

¹¹⁷⁶ Cette loi avait pour but de remettre en cause l'arrêt *Rothwell v. Cheminal and Insulating Co Ltd* [2007] UKHL 39. En l'espèce, il a été décidé que la simple présence de plaques pleurales ne constituait pas un préjudice pouvant fonder une réclamation en dommage et intérêts.

¹¹⁷⁷ *AXA General Insurance Limited and others (Appellants) v. The Lord Advocate and others (Respondents) (Scotland)* [2011] UKSC 46, par. 42: "The appellants' case at common law is that the 2009 Act was the result of an unreasonable, irrational and arbitrary exercise of the legislative authority conferred by the Scotland Act 1998 on the Scottish Parliament".

de 1998 interdisait explicitement que les actes votés par les autorités dévolues écossaises (ici une loi) puissent faire l'objet d'une procédure de *judicial review*.

843. Après avoir répondu à cette question par la négative¹¹⁷⁸, Lord Hope aborde b) la deuxième étape qui consistait à savoir sur quels fondements une loi votée par le Parlement écossais pouvait être attaquée par le biais du *judicial review*. Il affirmait qu'elle ne pouvait l'être que dans des circonstances exceptionnelles et non par le biais des fondements traditionnels de *common law*¹¹⁷⁹. Il justifie cette solution en livrant son analyse des institutions mises en place par la dévolution. Il affirme que « *la caractéristique dominante du Parlement écossais est son enracinement dans les traditions de la démocratie universelle. Il tire sa force de l'électorat.* »¹¹⁸⁰. Lord Hope poursuivait arguant du fait que, bien que différent du Parlement de Westminster qui est encore considéré comme souverain, le Parlement écossais partage avec ce dernier certaines caractéristiques justifiant que ses lois ne puissent faire que restrictivement l'objet d'une procédure en *judicial review*. Ces deux assemblées parlementaires ont ainsi en commun « *les avantages découlant de la profondeur et de l'étendue de l'expérience de leurs membres élus* »¹¹⁸¹ qui ont reçu un mandat de l'électorat.

844. Par une telle analyse le juge reconnaissait implicitement que la dévolution, et plus précisément les lois de 1998 qui la mettent en œuvre, ont un caractère constitutionnel, dans la mesure où elles ne sauraient être considérées uniquement comme des expressions de la volonté de Westminster, mais aussi comme des actes mettant en place de nouveaux systèmes politiques démocratiques représentatifs¹¹⁸².

845. L'influence sur le juge de l'ampleur du processus de la dévolution et de son implication -à savoir la mise en place d'institutions législatives et démocratiques- est également remarquable dans la jurisprudence *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales)*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 47: “Against this background, as there is no provision in the Scotland Act which excludes this possibility, I think that it must follow that in principle Acts of the Scottish Parliament are amenable to the supervisory jurisdiction of the Court of Session at common law. The much more important question is what the grounds are, if any, on which they may be subjected to review.”

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 52: “As for the appellants’ common law case, I would hold, in agreement with the judges in the Inner House (2011 SLT 439, para 88), that Acts of the Scottish Parliament are not subject to judicial review at common law on the grounds of irrationality, unreasonableness or arbitrariness.”

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 49: “The dominant characteristic of the Scottish Parliament is its firm rooting in the traditions of a universal democracy. It draws its strength from the electorate.”

¹¹⁸¹ *Ibid.*: “A sovereign Parliament is, according to the traditional view, immune from judicial scrutiny because it is protected by the principle of sovereignty. But it shares with the devolved legislatures, which are not sovereign, the advantages that flow from the depth and width of the experience of its elected members and the mandate that has been given to them by the electorate.”

¹¹⁸² SUMPTION Jonathan. “Judicial and Political Decision-Making-The Uncertain Boundary”, *op. cit.*, p. 3: “In one sense it can be said that the unspoken object of most modern democratic constitutions is to treat the people as a source of legitimacy (...)”.

Bill rendue en 2015 par la Cour suprême. En l'espèce, Lord Thomas rappelait que les assemblées dévolues pouvaient difficilement être distinguées du Parlement britannique « *quant à l'évaluation des différents choix et intérêts concernant les questions qui relèvent de la compétence première des législatures.* »¹¹⁸³. La prise en compte des choix du législateur est donc de mise, aussi bien quand le juge est confronté à une loi votée par le Parlement de Westminster, que quand il doit examiner une loi ou un projet de loi d'une assemblée dévolue. Lord Thomas poursuivait et déduisait de la nature démocratique des assemblées dévolues, que ces dernières « *doivent exercer les mêmes choix législatifs que le Parlement du Royaume-Uni aurait à exercer dans les domaines de compétence législative qu'il n'a pas déconcentrés.* »¹¹⁸⁴.

846. Enfin, dans la jurisprudence *Scottish Continuity Bill* rendue par la Cour suprême en 2018, les juges prirent également acte du contenu institutionnel des lois de la dévolution. Ils affirmaient ainsi que le Parlement écossais disposait d'un pouvoir législatif dont il était important d'assurer le bon fonctionnement. Pour ce faire, le juge soulignait l'importance de « *donner une interprétation cohérente et prévisible du Scotland Act afin que le Parlement écossais dispose d'un système cohérent, stable et fonctionnel* »¹¹⁸⁵.

847. De manière générale, les lois de la dévolution font du juge un gardien de la séparation verticale des pouvoirs en lui conférant la mission de contrôler le respect par les entités dévolues de la répartition des compétences. En étant en charge en dernier ressort du contentieux de la dévolution, la Cour suprême exerce une mission de juge constitutionnel qui est considérée comme un lieu commun pour un système de justice constitutionnelle. En effet, la plupart des cours constitutionnelles disposent de la compétence de trancher des litiges relatifs à la répartition territoriale des compétences. C'est ce qu'observent Louis Favoreu et Wanda Mastor en affirmant que « *dans tous les pays étudiés, qu'il s'agisse des États unitaires (fortement décentralisés), régionaux ou fédéraux, la juridiction constitutionnelle s'est vue*

¹¹⁸³ *Recovery of Medical Costs For Abestos Diseases (Wales) Bill - Reference by the Counsel General for Wales* [2015] UKSC 3, par. 119: "I would find it difficult to make any logical distinction in the context of the United Kingdom's devolved constitutional structure between these legislatures and the United Kingdom Parliament in according weight to the evaluation of the different choices and interests in respect of matters which are within the primary competence of the legislatures."

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 120: "Under the devolution settlements, in areas where legislative competence has been devolved, the Assemblies and the Scottish Parliament, as the democratically elected bodies with primary legislative competence, have to exercise the same legislative choices as the United Kingdom Parliament would have to exercise in areas of legislative competence which it has not devolved."

¹¹⁸⁵ *The UK Withdrawal From the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill - A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64, par. 12: "The courts have regard to its aim to achieve a constitutional settlement and therefore recognise the importance of giving a consistent and predictable interpretation of the Scotland Act so that the Scottish Parliament has a coherent, stable and workable system within which to exercise its legislative power."

désignée par la Constitution comme arbitre (...) entre le pouvoir central et les collectivités subétatiques, et entre ces dernières »¹¹⁸⁶. La loi écossaise prévoit une répartition des compétences selon laquelle les entités dévolues se voient reconnaître une compétence de droit commun et Westminster une compétence d'attribution. Le Parlement britannique est compétent pour les « *matières réservées* » (*reserved matters*). Ainsi selon le (2) (b) de la section 29 de la loi sur l'Écosse de 1998, n'entrent pas dans les compétences du Parlement écossais les dispositions portant sur les « *matières réservées* »¹¹⁸⁷. La même logique prévaut pour le Pays de Galles, où le Senedd est compétent pour tout ce qui ne relève pas des « *matières réservées* »¹¹⁸⁸.

848. L'agencement des compétences opéré par la Loi nord-irlandaise est organisé un peu différemment que celui qui prévaut en Écosse. En effet, le *Northern Ireland Act* voté en 1998 fait une distinction entre les « *matières transférées* », les « *matières exceptées* » et « *les matières réservées* ». Les premières correspondent aux matières qui ne rentrent ni dans la deuxième catégorie ni dans la troisième¹¹⁸⁹. Les secondes désignent les domaines pour lesquels Westminster est exclusivement compétent¹¹⁹⁰. Les dernières sont les matières qui sont considérées comme pouvant un jour revenir aux institutions dévolues¹¹⁹¹. Les institutions dévolues peuvent néanmoins toujours légiférer sur des « *matières exceptées* » ou « *réservées* » selon des conditions fixées par la section 8 du *Northern Ireland Act* 1998¹¹⁹². Si tel est le cas, elles doivent requérir au préalable l'accord du Secrétaire d'État de l'Irlande du Nord¹¹⁹³. Dans le deuxième cas, l'autre exigence est que la disposition portant sur une matière exceptée soit

¹¹⁸⁶ FAVOREU Louis, MASTOR Wanda. *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 2011, 161 p., pp. 104-105.

¹¹⁸⁷ *Scotland Act* 1998, section 29(2)(b): "A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply— (b) it relates to reserved matters, (...)." .

¹¹⁸⁸ *Wales Act* 2017, section 3(1)(2): "A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply— (...) (c) it relates to reserved matters (see Schedule 7A);" .

¹¹⁸⁹ Ces matières sont par exemple les services sociaux et de santé, l'éducation, l'agriculture, la sécurité sociale, le développement économique, etc... Elles ne sont pas expressément listées mais se déduisent de ce qui est ni « *exclu* » ni « *réserve* ».

¹¹⁹⁰ Ces matières sont par exemple la Constitution, la succession royale, les relations internationales, les élections, la nationalité, l'immigration et l'asile, etc.. Voir *Northern Ireland Act* 1998, schedule 2.

¹¹⁹¹ Ces matières sont par exemple : La délégation de fonctions relatives à l'Irlande du Nord à tout ministre de la Couronne, la navigation y compris la navigation commerciale, l'aviation civile mais pas les aéroports, l'estran, le fond et le sous-sol de la mer et leurs ressources naturelles (sauf en ce qui concerne les ports) ; etc.. Voir *Northern Ireland Act* 1998, Schedule 3.

¹¹⁹² *Northern Ireland Act* 1998, section 8: "The consent of the Secretary of State shall be required in relation to a Bill which contains—(a) a provision which deals with an excepted matter and is ancillary to other provisions (whether in the Bill or previously enacted) dealing with reserved or transferred matters; or (b) a provision which deals with a reserved matter." .

¹¹⁹³ Ces matières sont par exemple la navigation et l'aviation civile, le contrôle des importations et des exportations, la propriété intellectuelle, etc... Voir *Northern Ireland Act* 1998, schedule 3.

accessoire à d'autres dispositions qui portent sur des matières réservées ou transférées¹¹⁹⁴. Nonobstant une première loi de dévolution relative au Pays de Galles adoptée en 1998, c'est celle de 2006 qui reconnaît à la section 107(1) à l'assemblée galloise la compétence de faire des lois¹¹⁹⁵.

849. Depuis 1998, la répartition des compétences entre Westminster et les entités locales a bien évolué. Ainsi, en Écosse, les compétences des entités dévolues n'ont cessé d'augmenter avec le vote du *Scotland Act* en 2012 et avec le vote de la loi qui fut la conséquence de la tenue du référendum en 2014. Ce fut le *Scotland Act* voté en 2016 qui conféra aux institutions écossaises davantage de prérogatives dans les domaines fiscaux et d'aide sociale. La mission du juge de veiller au respect des compétences des institutions dévolues n'est pas aisée. Lady Hale le rappelle quand elle évoque le fait que la frontière entre les compétences réservées et celles qui reviennent à Westminster sont parfois floues¹¹⁹⁶.

850. En plus d'emporter la création d'institutions et régimes politiques locaux, les lois de la dévolution peuvent être analysées comme des constitutions au sens formel.

2) *Les lois de la dévolution, des constitutions au sens formel*

851. D'un point de vue formel, les lois de la dévolution se rapprochent également des constitutions écrites et rigides dans la mesure où, en application de la jurisprudence *Thoburn* rendue en 2002, elles ne peuvent, faire l'objet d'une abrogation implicite par une loi contraire postérieure. La jurisprudence *Brynmawr* en est un exemple : le juge Beatson considéra que la nature constitutionnelle du *Government of Wales Act 2006* exigeait qu'il ne puisse être contredit qu'expressément¹¹⁹⁷. Ainsi, la nature constitutionnelle de cette loi justifiait qu'une loi

¹¹⁹⁴ *Northern Ireland Act 1998*, section 8.

¹¹⁹⁵ *Government of Wales Act 2006*, section 107(1): « (1) *The Assembly may make laws, to be known as Acts of the National Assembly for Wales or Deddfau Cynulliad Cenedlaethol Cymru (referred to in this Act as "Acts of the Assembly")* ».

¹¹⁹⁶ HALE Brenda (Lady HALE). "Devolution and the Supreme Court- 20 Years On", *op. cit.*, p. 9: "Thirdly, there cannot always be hard and fast lines between devolved and reserved matters. Demarcation disputes are not always easy to resolve."

¹¹⁹⁷ *Brynmawr Foundation School, R (on the application of) v. Welsh Ministers & Anor (Rev 1)* [2011] EWHC 519 (Admin), par. 72: "Mr Kerr accepted that GOWA 2006 is intended to provide a framework for devolved government in Wales, including the general allocation of functions, but submitted that this did not affect the rule of construction reflected in the *generalia specialibus non derogant maxim*. That rule of construction, he submitted, is relevant to the ascertainment of the limits and effect of the framework for devolved government in Wales and the ascertainment of those limits remains a matter for the court. This, however, does not reflect the approach of the courts to the construction of a statute which is recognised to have constitutional status. Account has been taken of that status when construing the statute. For example, "constitutional" statutes, unlike "ordinary"

postérieure « spéciale » ne puisse abroger implicitement la loi de 2006. Comme les constitutions écrites et rigides, les lois de la dévolution sont donc protégées des intrusions du législateur ordinaire. On retrouve l'idée que les lois constitutionnelles doivent servir de frein à l'action du pouvoir politique et particulièrement législatif. Comme cela a été vu, le Parlement de Westminster pourra toujours abroger explicitement une loi constitutionnelle mais en l'empêchant de la remettre en cause implicitement, le juge cherche à le confronter à ses responsabilités. Cela permet au juge de faire jouer la responsabilité constitutionnelle du Parlement face à l'opinion publique. Les lois sur la dévolution sont un exemple de rigidification de la Constitution britannique.

852. Enfin, les lois de dévolution agissent comme des constitutions formelles pour les autorités dévolues dans la mesure où ces dernières n'ont aucun pouvoir unilatéral de modification des lois fondatrices et d'autres lois de nature constitutionnelle votées par Westminster. De ce fait, ces législations fondatrices sont, pour le juge, des outils particulièrement efficaces pour contraindre les représentants écossais, gallois et nord-irlandais à agir dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues.

853. L'annexe 4 du *Scotland Act 1998*, l'annexe 7B du *Government of Wales Act 2006* consacrent cette limitation de pouvoir des autorités écossaises et galloises¹¹⁹⁸. En ce sens, ces lois sont des constitutions d'une extrême rigidité, que le juge a récemment reconnue et mise en pratique. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour suprême sur le *Scottish Continuity Bill*, le juge rappelle qu'une disposition adoptée par le projet de loi (la section 17) est contraire au *Scotland Act 1998* et à la préservation de la souveraineté parlementaire¹¹⁹⁹. En sanctionnant la disposition en question, la jurisprudence met en pratique le principe de l'annexe 4 de la loi de 1998, principe selon lequel le Parlement écossais ne peut modifier le *Scotland Act 1998*. Le juge est protecteur d'une forme de rigidité qui, bien qu'installée par le législateur de

statutes, have been stated not to be susceptible to implied repeal: see Laws LJ in Thoburn v Sunderland City Council at [63]."

¹¹⁹⁸ *Scotland Act 1998*, schedule 4, part 1(1): "An Act of the Scottish Parliament cannot modify, or confer power by subordinate legislation to modify, any of the following provisions. (2) The provisions are: (...) (f): the Human Rights Act"; schedule 4, part 1 (2): "An Act of the Scottish Parliament cannot modify, or confer power by subordinate legislation to modify, the law on reserved matters."; *Government of Wales Act 2006*, schedule 7B, part 1 (1): "A provision of an Act of the [F2Senedd] cannot make modifications of, or confer power by subordinate legislation to make modifications of, the law on reserved matters.", (5): "A provision of an Act of the [F2Senedd] cannot make modifications of, or confer power by subordinate legislation to make modifications of, any of the provisions listed in the table below— European Communities Act 1972, The whole Act. Government of Wales Act 1998, Section 144(7). Human Rights Act 1998, The whole Act. Civil Contingencies Act 2004, The whole Act. Energy Act 2008, Section 100 and regulations under that section."

¹¹⁹⁹ *The UK Withdrawal from The European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland [2018] UKSC 64.*

Westminster, est de nature constitutionnelle. La démarche du juge suit la logique de la législation de 1998, et sa volonté d'instaurer des régimes politiques autonomes compatibles avec le principe de souveraineté du Parlement. Les autorités législatives et exécutives sont également limitées par le *Human Rights Act* 1998 que les institutions galloises, écossaises et nord-irlandaises ne peuvent remettre en cause de leur seule initiative.

854. Peut également être incluse dans la problématique de la rigidité des lois de la dévolution, la question de savoir si elles doivent faire l'objet d'une méthode d'interprétation spécifique, d'une méthode qui conférerait à ces lois une protection renforcée.

855. En plus de mettre en place de nouveaux régimes politiques et de nouvelles institutions, les lois de la dévolution donnent au juge des outils supplémentaires pour contrôler la conformité de l'action de représentants (gallois, écossais et nord-irlandais) aux exigences de la séparation des pouvoirs et de la sauvegarde des droits et libertés.

B) Les lois de la dévolution, un rôle supplémentaire pour le juge dans la sauvegarde des droits et libertés.

856. Les lois de la dévolution ont des implications libérales dont le juge est un gardien essentiel. Elles affirment, en effet, la nécessaire prise en compte et protection des droits par les entités dévolues tout en confiant là aussi un rôle important au juge.

857. Les règles de la dévolution sont donc l'expression d'une acception matérielle du *rule of law* selon laquelle le pouvoir doit être limité non seulement par des règles de formes et de procédures mais aussi par des règles de fond relatives à la protection de l'autonomie de l'individu. Elles donnent ainsi au juge un rôle de protecteur des droits. Il s'agit ici de prévoir la protection de l'autonomie de l'individu et même des personnes face à l'État et aux autres individus et personnes. Même si les lois de 1998 ne prévoient aucune déclaration de droits, elles prennent néanmoins en compte l'importance des droits en posant leur respect par les autorités dévolues comme condition de validité de leurs actes. Cela découle de la section 29(2)(d) du *Scotland Act* 1998, de la section 94(6)(c) du *Government of Wales Act* 2006 et enfin de la section 6(d) du *Northern Ireland Act* 1998.

858. Le rôle du juge dans la protection des droits dans le contentieux de la dévolution passe par la mise en œuvre juridictionnelle de deux exigences de validité posées dans les trois dispositions ci-dessus : celle relative à la compatibilité avec les droits de la CEDH et celle relative à la compatibilité avec le droit de l'UE. Cette dernière exigence est restée en vigueur entre le jour de sortie du Royaume-Uni et le jour de l'expiration de la période de mise en œuvre de l'accord de retrait. Le 31 décembre 2020 elle est donc appelée à disparaître.

859. Les lois de 1998, si elles n'adoptent pas la tradition libérale des déclarations de droits, héritée de la philosophie des Lumières et des théories de droit naturel inaugurées par les révolutions américaine et française, ont néanmoins pour effet d'instaurer la nécessité de garantir les droits individuels. Il s'agit ici des droits de la CEDH. On y trouve ainsi le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression ou encore la liberté de réunion ou d'association. Ces droits conventionnels constituent bien un instrument supplémentaire entre les mains du juge pour garantir le respect et l'application de droits et libertés.

860. Bien plus, comme l'observent Christopher McCordinkale, Aileen Mc Harg et Paul F. Scott, les droits conventionnels sont encore plus prégnants quant à l'activité législative des assemblées législatives des entités dévolues¹²⁰⁰. En effet, alors que le juge ne peut atteindre directement l'existence juridique d'une loi primaire de Westminster contraire aux droits conventionnels, il le peut pour une loi votée par une assemblée locale qui n'est alors pas considérée comme étant du droit. Les lois de la dévolution donnent par conséquent aux droits conventionnels une force considérable par rapport au droit local des trois nations concernées, et au juge celle d'influer sur l'activité législative locale, d'interpréter et de protéger les droits. Le juge déjà interprète et protecteur des droits conventionnels par rapport aux actes de l'exécutif et du législatif au niveau central le devient aussi au niveau des nations écossaises, galloises ou nord-irlandaises.

861. Les lois de la dévolution de 1998 complétant donc le *HRA* de 1998, la jurisprudence s'est posée la question de la relation entre les deux. Ce fut le cas dans la jurisprudence *Somerville* rendue en 2007 par la Chambre des Lords. Ce dernier affirma que,

¹²⁰⁰ MC CORKINDALE Christopher, MC HARG Aileen, SCOTT F. Paul. The Courts, Devolution and Constitutional Review”, *The University Queensland Law Journal*, 2018, vol. 36, issue 2, pp. 289-310, p. 293: “As regards the constitutional constraints, Convention rights bear more heavily on the Scottish Parliament than on the UK Parliament. Whereas an ASP which is incompatible with Convention rights is ‘not law’, in relation to UK statutes the courts are merely empowered to issue a ‘declaration of incompatibility’, which does not invalidate the legislation.”.

dans un litige relatif à la violation des droits conventionnels, tant le *HRA* que le *Scotland Act* 1998 pouvaient s'appliquer. Ainsi, le délai d'action d'un an prévu par la première loi n'enfermait pas l'exercice d'une action sur le fondement de la deuxième. En l'espèce, il s'agissait de prisonniers qui contestaient la légalité du maintien en isolement permise par la règle 80 du *Prisons and Young Offenders Institutions (Scotland) Rules* 1994. Une des questions posées était de savoir si l'acte pris par le gouverneur de la prison en vertu de ces *Rules* de 1994 pouvait être considéré comme un acte pris par l'exécutif écossais comme entendu par la section 57(2) du *Scotland Act* de 1998. Si tel était le cas, l'acte pouvait être contesté pour violation des droits conventionnels au titre de la loi écossaise de 1998, sans que le délai de prescription d'un an prévu par le *HRA* de 1998 puisse être valablement opposé.

862. Apparurent en premier lieu les litiges relatifs à la compatibilité des politiques menées par les institutions dévolues avec les droits et libertés. Dès 2001, avec la jurisprudence *Anderson, Reid and Doherty v. Scottish Ministers*, le *Privy Council* aborda la compatibilité de la législation adoptée par une assemblée législative dévolue avec les obligations en matière de droits de l'Homme découlant de la CEDH¹²⁰¹. Dans cette jurisprudence, le *Privy Council* examinait la compatibilité de la section 1 du *Mental Health (Public Safety and Appeals)(Scotland) Act* 1999 avec l'article 5 de la CEDH.

863. La même problématique se posait dans la jurisprudence *DS v. Lord Advocate* rendue en 2007 rendue par le *Privy Council* et dans la jurisprudence *Whaley v. Lord Advocate* rendue par la Chambre des Lords en 2007.

864. Le juge a également été protecteur des droits dans la jurisprudence *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill* rendue en 2015 par la Cour suprême¹²⁰². En l'espèce, elle a jugé -et donc donné raison aux requérants- que le projet de loi interfèrerait avec l'article 1^{er} du Protocole Ier de la CEDH. En 2016, la Cour suprême examinait, dans l'arrêt *Christian Institute*, la compatibilité de dispositions du *Children and Young People (Scotland) Act* 2014 avec l'article 8 de la CEDH¹²⁰³. En 2018, dans l'arrêt *In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland)*,

¹²⁰¹ *Anderson & Ors v. Scottish Ministers & Anor (Scotland)* [2001] UKPC D5.

¹²⁰² *Recovery of Medical Costs For Asbestos Diseases (Wales) Bill - Reference by the Counsel General for Wales* [2015] UKSC 3.

¹²⁰³ *The Christian Institute and others (Appellants) v. The Lord Advocate (Respondent) (Scotland)* [2016] UKSC 51.

la Cour suprême estimait que le droit nord-irlandais relatif à l'avortement était incompatible avec l'article 8 de la CEDH¹²⁰⁴.

865. Toutefois l'incompatibilité d'une loi votée par les institutions dévolues (et donc le non respect de leur domaine de compétence) avec la CEDH n'est prononcée qu'autant que la législation en question ne peut pas être interprétée et mise en œuvre de manière conforme à la Convention¹²⁰⁵. C'est l'application de la logique de la section 3 du *HRA* 1998. Cela a été rappelé dans la jurisprudence *ANS* rendue par la Cour suprême en 2012. En l'espèce le juge rappelait, dans un premier temps, que « *Si le sens ordinaire de la législation est incompatible avec la Convention, il faut alors examiner si l'incompatibilité peut être corrigée en interprétant la législation de la manière requise par la section 3* »¹²⁰⁶. Ensuite, « *Si la législation ne peut être interprétée d'une manière compatible avec la Convention, elle ne sera pas de la compétence du Parlement écossais* »¹²⁰⁷. C'est ainsi que dans l'arrêt *Salvesen v. Riddell* rendu par la Cour suprême en 2013, les juges considéraient que la disposition concernée ne pouvait pas être interprétée de manière conforme à la Convention¹²⁰⁸ et qu'ainsi elle était nécessairement incompatible. Était contestée la compatibilité de la section 72 du *Agricultural Holdings (Scotland) Act* 2003 avec l'article 1 du Protocole premier de la Convention.

866. Dans le cadre du Brexit, les dispositions relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et aux autres règles constitutionnelles contenues dans l'*European Union (Withdrawal) Act* 2018 détermineront également les modalités de contrôle des actes adoptés par les « régions » du Royaume-Uni. Le souhait de rompre avec la Charte et de conférer aux principes généraux du droit de l'UE une place minorée était pourtant ce que souhaitait le Parlement de Westminster. En effet, les dispositions du *Scottish Continuity Bill*, discutées au Parlement écossais en 2018, affichaient la volonté de vouloir préserver la Charte

¹²⁰⁴ *In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland) Reference by the Court of Appeal in Northern Ireland pursuant to Paragraph 33 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (Abortion) (Northern Ireland)* [2018] UKSC 27.

¹²⁰⁵ Lord REED. « Scotland's Devolved Settlement and the Role of the Courts », *op. cit.*, p. 15: « *That same question also arises where the local law derived from a UK statute is found incompatible with the Convention rights or with EU law. In the case of an incompatibility with Convention rights, it would only arise if the statute could not be read and given effect in a compatible way. In the case of an incompatibility with EU law, it would arise in its most acute form, as the incompatible provision has simply to be ignored.* ».

¹²⁰⁶ *ANS (Respondent) and another v. ML (AP) (Appellant) (Scotland)* [2012] UKSC 30, par. 17 : « *If however the ordinary meaning of the legislation is incompatible with the Convention rights, it is then necessary to consider whether the incompatibility can be cured by interpreting the legislation in the manner required by section 3.* ».

¹²⁰⁷ *Ibid.*: « *If the legislation can be construed in accordance with section 3 in a manner which is compatible with the Convention rights, then it will be within the competence of the Scottish Parliament so far as the Convention rights are concerned. If it cannot be so construed, then it will not be within competence.* ».

¹²⁰⁸ *Salvesen (Appellant) v. Riddell and another (Respondents), Lord Advocate intervening (Scotland)* [2013] UKSC 22.

dans le droit écossais après le Brexit et aussi de consacrer un droit d'action des justiciables fondé sur la violation de la Charte ou d'un principe général du droit de l'UE¹²⁰⁹. Ce projet de loi, abandonné, prévoyait même un pouvoir de suspendre l'application d'une règle de droit contraire à ces règles constitutionnelles.

867. Si les lois de la dévolution ont indéniablement entraîné un enrichissement du rôle constitutionnel des juges, ce dernier est néanmoins limité.

Section II : Un enrichissement limité

868. Dans la justice constitutionnelle, la dévolution enrichit indéniablement le rôle des juges, tout particulièrement celui de la Cour suprême. Il convient néanmoins d'en souligner les limites.

869. Elles tiennent tant à l'action des juges qu'à la manière dont est conçue la dévolution. La décision *Miller* rendue par la Cour suprême en 2017 constitue une preuve indéniable des entraves à un rôle constitutionnel du juge plus important. Cette jurisprudence, en validant une acception diceyenne de la souveraineté du Parlement et des conventions de la Constitution, limite l'importance du juge dans l'application des règles de la dévolution au profit des représentants.

¹²⁰⁹ MC CORKINDALE Christopher, MCHARG Aileen. "Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I)", *UK Constitutional Law Association*, 6th March 2018, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/03/06/christopher-mccorkindale-and-aileen-mcharg-continuity-and-confusion-legislating-for-brexit-in-scotland-and-wales-part-i/>.

870. La nuance de l'importance du juge dans l'application et la protection des règles de la dévolution s'explique aussi par la manière dont celle-ci a été conçue. Avant toute chose, elle a été créée avec l'idée clairement affichée de préserver le principe de souveraineté parlementaire, d'autant plus importante depuis l'épisode du Brexit où le vote de lois relatives à la mise en place du Brexit s'est produit en dépit de l'opposition affichée par les institutions dévolues. En outre, dès les origines de la dévolution, le juge n'était conçu que comme un mécanisme, parmi d'autres, d'application des règles de répartition verticale du pouvoir. Les juridictions se trouvent ainsi concurrencées par des mécanismes extra-juridictionnels de collaboration entre les différentes administrations du Royaume-Uni. Ces mécanismes ont pour objectif de permettre que le fonctionnement de la dévolution et les différends qui l'accompagnent soient avant tout régis par l'action des représentants élus et des administrations.

871. La nature limitée de la juridictionnalisation de la justice constitutionnelle tient donc à la philosophie dans laquelle a été conçue la dévolution, une philosophie attachée au principe de souveraineté parlementaire et à l'importance de procédés extra-juridictionnels d'application des règles constitutionnelles.

872. Autrement dit, ces limites à l'efficience du juge sont avant tout extrinsèques à la volonté des juges et émanent des législateurs/constituants de la dévolution (I). Cette philosophie semble toutefois confirmée par les juges eux-mêmes, la Cour suprême ayant, dans la décision *Miller* rendue en 2017, refusé de reconnaître le caractère justiciable de la convention Sewel. Ici il s'agit de limitations intrinsèques au pouvoir judiciaire mais en lien avec la philosophie qui gouverne la dévolution. Ces limitations du fait du juge viennent confirmer et renforcer celles déjà existantes (II).

I) L'attachement aux modalités extra-juridictionnelles de résolution des litiges

873. L'enrichissement du rôle constitutionnel des juges est à nuancer dans la mesure où les juridictions ont en pratique un rôle limité. Cela s'explique, en premier lieu, par le fait qu'elles ne disposent d'aucun moyen de contrainte sur les lois votées par Westminster, au contraire des actes votés par les institutions galloises, écossaises et nord-irlandaises. La dévolution porte donc avant tout une limitation extra-juridictionnelle au pouvoir de Westminster.

874. La dévolution met en œuvre la souveraineté parlementaire décrite par Dicey, dans laquelle le Parlement est souverain « *juridique* » mais pas « *politique* » (A). En outre, la dévolution est également conçue comme un ensemble de règles à objectif constitutionnel dont le juge n'est qu'un protecteur accessoire. Les représentants et les administrations sont les acteurs premiers de l'application des règles constitutionnelles de la dévolution, de la justice constitutionnelle de la dévolution (B).

A) La dévolution, avant tout une limitation extra-juridictionnelle au pouvoir de Westminster

875. Les lois de la dévolution s'acharnent à affirmer le maintien du principe de souveraineté du Parlement. Par conséquent, la dévolution ne présente que peu d'enrichissements du rôle constitutionnel des juges au regard de la législation votée par Westminster. Elle ne leur offre aucune prérogative de contrôle des lois adoptées par le Parlement britannique. Comme le précise Alan Trench, « *la caractéristique principale de la dévolution est que sa structure constitutionnelle signifie que seuls les corps législatifs décentralisés peuvent dépasser leurs pouvoirs, et non le niveau britannique* »¹²¹⁰.

876. Si les lois de la dévolution affirment la préservation du principe de la souveraineté du Parlement d'un point de vue juridique, elles entraînent néanmoins une limitation extra-juridictionnelle des pouvoirs de Westminster. La section 28(7) du *Scotland Act* 1998 précise bien que la dévolution « *n'affecte pas le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni de faire des lois pour l'Écosse.* »¹²¹¹. La section 107(5) du *Government of Wales Act* 2006 prévoit la même disposition¹²¹². Dans le cas du *Northern Ireland Act* de 1998, la section 5(6) affirme également le même principe mais apporte une nuance particulière¹²¹³. Cette dernière reconnaît la possibilité pour un acte de l'Assemblée législative de modifier une disposition faite

¹²¹⁰ TRENCH Alan. "The Courts and Devolution in the UK", *op. cit.*, p. 307: "The first key feature of devolution is that its constitutional structure means that only the devolved legislatures can exceed their powers, and not the UK level."

¹²¹¹ *Scotland Act* 1998, section 28(7): "This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland."

¹²¹² *Government of Wales Act* 2006, section 107(5): "This Part does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Wales."

¹²¹³ *Northern Ireland Act* 1998, section 5(6): "This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Northern Ireland, but an Act of the Assembly may modify any provision made by or under an Act of Parliament in so far as it is part of the law of Northern Ireland."

par ou sous l’emprise d’un acte du Parlement de Westminster, à condition que cette disposition fasse partie du droit nord-irlandais.

877. Dans la jurisprudence de la Cour suprême sur le *Scotland Continuity Bill*, le juge a mis en pratique cet aspect asymétrique de la dévolution et a rappelé que celle-ci ne se concevait que dans le cadre du maintien du principe de souveraineté du Parlement de Westminster et de sa capacité à légiférer dans le domaine de compétence des entités dévolues¹²¹⁴.

878. Outre d’être une limitation de nature extra-juridictionnelle au pouvoir de Westminster, la dévolution est une limitation imparfaite. Cela s’est illustré dans la période historique du Brexit à travers l’adoption du *EU (Withdrawal) Act 2018* et du *EU (Withdrawal Agreement) Act 2020*. Pour la première fois, avec l’adoption de la loi de 2018, la convention Sewel a été ostensiblement violée par le gouvernement britannique¹²¹⁵.

879. En effet, ces deux législations ont été votées par le Parlement de Westminster en dépit de l’opposition formulée par une ou plusieurs assemblées dévolues. La loi de 2018 faisait l’objet d’un refus de consentement par le Parlement écossais, alors que celle de 2020 faisait l’objet d’une opposition farouche des trois législatures dévolues. Ces dernières adoptèrent des résolutions s’opposant à l’adoption du projet de loi. Or, ces deux lois ayant clairement un impact sur les compétences des institutions galloises, écossaises et nord-irlandaises, la convention Sewel aurait pu s’appliquer. Le vote de ces législations montre l’imperfection des contraintes qui pèsent sur Westminster, ce dernier pouvant ainsi s’affranchir du consentement requis et légiférer seul. Le non respect de la convention Sewel par les autorités britanniques est d’autant plus préoccupant que les juridictions ont refusé de lui reconnaître un caractère justiciable, alors même qu’elle est codifiée dans les lois de 2016 précitées.

880. Le non respect de la convention Sewel a été justifié par Michael Gove, *Chancellor of the Duchy of Lancaster*. Pour lui, ne pas appliquer cette convention dans le cadre

¹²¹⁴ *The UK Withdrawal from The European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64, par. 12: “Since the Scottish Parliament commenced its work on 2 July 1999, the courts have had occasion to interpret the law by which it is governed. The main principles may be summarised as follows. The powers of the Scottish Parliament, like those of Parliaments in many other constitutional democracies, are delimited by law. The Scottish Parliament is a democratically elected legislature with a mandate to make laws for people in Scotland. It has plenary powers within the limits of its legislative competence. But it does not enjoy the sovereignty of the Crown in Parliament; rules delimiting its legislative competence are found in section 29 of and Schedules 4 and 5 to the Scotland Act, to which the courts must give effect. And the UK Parliament also has power to make laws for Scotland, a power which the legislation of the Scottish Parliament cannot affect: section 28(7) of the Scotland Act.”.

¹²¹⁵ “Parliament and Brexit”, *UK in a Changing Europe*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://ukandeu.ac.uk/research-papers/parliament-and-brexite-report/>, p. 37.

de l'adoption des lois précitées, respecte l'esprit de la règle conventionnelle¹²¹⁶. En effet, la convention Sewel prescrit que le Parlement de Westminster ne légifèrera pas, « *normalement* », sur les compétences dévolues sans avoir obtenu le consentement des institutions dévolues¹²¹⁷. Le 14 juin 2018, David Mundell, Secrétaire d'État pour l'Écosse, justifiait alors -au cours des discussions qui menèrent à l'adoption de l'*European Union (Withdrawal) Act 2018*- que le consentement des institutions dévolues ait été ignoré car le Royaume-Uni ne traversait pas une époque « *normale* »¹²¹⁸.

881. En dépit de ces justifications apportées, la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords, dans un rapport rendu le 9 juin 2020, soulignait avec regret le fait que plusieurs lois relatives au Brexit aient été adoptées en dépit de l'absence de consentement des législatures dévolues¹²¹⁹. La Commission en question adressa même une recommandation à la Commission sur la procédure, celle de réfléchir aux moyens permettant de donner au consentement législatif des législatures dévolues « *une plus grande importance dans le processus législatif à Westminster* »¹²²⁰.

882. La limitation que représente la dévolution pour le Parlement de Westminster est également considérablement fragilisée par les contenus respectifs du *EU (Withdrawal) Act 2018* et du *EU (Withdrawal Agreement) Act 2020*.

883. Le rôle du juge est limité dans le cadre de la dévolution. Celle-ci ne permet pas au juge de contrôler la législation votée par Westminster. De plus, le système de la dévolution est organisé de telle sorte que les juridictions n'ont finalement qu'un rôle accessoire dans la

¹²¹⁶ *Ibid.*, p. 37 : “*Defending the decision to proceed without the consent of any of the devolved legislatures, the Chancellor of the Duchy of Lancaster, Michael Gove, acknowledged that it was: “a significant decision and it is one that we have not taken lightly. However, it is in line with the Sewel convention... The Sewel convention—to which the government remain committed—states that the UK Parliament ‘will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent’ of the relevant devolved legislatures. The circumstances of our departure from the EU, following the 2016 referendum, are not normal; they are unique.*”.

¹²¹⁷ Voir sur les relations entre la convention Sewel et l'hypothèse de l'abrogation du *HRA 1998*. ELLIOTT Mark. “Mark Elliott: *HRA Watch: Reform, Repeal, Replace? Could the Devolved Nations Block Repeal of Human Rights Act and the Enactment of a New Bill of Rights?*”, *UK Constitutional Law Association*, 16th May 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <https://ukconstitutionallaw.org/2015/05/16/hra-watch-reform-repeal-replace-mark-elliott-could-the-devolved-nations-block-repeal-of-the-human-rights-act-and-the-enactment-of-a-new-bill-of-rights/>.

¹²¹⁸ David Mundell, The Secretary of State for Scotland: “*Exit was neither anticipated nor provided for in the Scotland Act 1998 and the structure of the devolution settlement. So it is clearly fair to say—as Mike Russell, the Scottish Government’s own Brexit Minister, has said—that ‘these are not normal times’*”. Voir *Hansard*, HC Deb., vol. 642.

¹²¹⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Brexit legislation : constitutional issues*, session 2019-2021, 6th report, 24 p., p. 17: “*While we recognise the political tensions that have inevitably existed between the UK Government and devolved administrations, it is regrettable that legislative consent was not achieved for many of the Brexit bills.*”.

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 18: “*We recommend that the Procedure Committee considers how legislative consent could be given greater prominence in the legislative process at Westminster.*”.

mise en application des règles de répartition des pouvoirs entre les autorités locales et les autorités centrales.

B) Le juge, acteur accessoire de l'application des règles de la dévolution

884. Malgré l'ambitieux système de contrôle juridictionnel mis en place par les lois et réglementations relatives à la dévolution, l'action des juges est limitée principalement par deux facteurs. Le premier est interne aux juridictions et le second -qui lui est intrinsèquement lié- est d'ordre plus général et tient à la philosophie du système de protection des règles de la dévolution.

885. Le premier facteur réside dans l'aspect quantitativement réduit de la jurisprudence sur les litiges relatifs à la dévolution. Si la Chambre des Lords ou la Cour suprême ont rendu quelques arrêts importants en la matière (qui ont contribué à l'augmentation de leur intervention dans la matière constitutionnelle) elles n'interviennent que très ponctuellement. Jack Simson Caird précisait en 2016 que les décisions judiciaires relatives à la dévolution ne représentaient qu'une faible part de la charge totale de travail de la juridiction¹²²¹. Même si la Cour suprême a davantage fait usage de ses prérogatives de contrôle *a posteriori* et concret, cela reste néanmoins très timide, les décisions rendues étant au nombre d'une vingtaine en un peu plus de 10 ans.

886. En outre, la préservation du principe de souveraineté du Parlement enlève aux juges une faculté qui pourrait leur permettre d'être plus actif, à savoir la faculté de contrôler et d'invalider les lois votées par les institutions centrales. C'est une grande différence entre les pouvoirs du juge dans le contentieux de la dévolution et ceux d'une juridiction oeuvrant dans un cadre fédéral, où les lois votées par le Parlement fédéral peuvent être contrôlées et, si besoin, remises en cause.

¹²²¹ SIMSON CAIRD Jack. *The Supreme Court on Devolution*, op. cit., p. 3: "While there has not been a dramatic departure from the approach of the Appellate Committee of the House of Lords, the Supreme Court's judgments in a number of major devolution cases since 2009 has added a distinctively constitutional character to the Court's work. Even if they represent a relatively small proportion of the Court's workload, the impact of a Supreme Court judgment, particularly when it concerns a challenge to the legality to a Bill or to an Act, can be wide-ranging."

887. Le deuxième facteur s'explique par la volonté affichée des différents gouvernements de privilégier un mode extra-juridictionnel de résolution des conflits relatifs à la dévolution¹²²². Les gouvernants sont attachés au constitutionnalisme politique. Ainsi, lors de l'élaboration des règles de la dévolution, l'idée était d'éviter dans la mesure du possible le recours aux juridictions pour trancher les litiges. Comme le précise Alan Trench, « *ce qui a donc été créé dans le cadre institutionnel de la dévolution, c'est un système qui a créé une vaste flexibilité en marge, pour permettre de résoudre politiquement les désaccords, puis de les mettre en œuvre sous une forme juridique, sans qu'il soit nécessaire d'impliquer les tribunaux.* »¹²²³. Les mécanismes politiques de protection des règles constitutionnelles mis en place par la dévolution seront plus amplement étudiés dans la deuxième partie de cette thèse.

888. Beaucoup de règles relatives aux relations entre les organes de pouvoirs sont issues non pas des lois de la dévolution, mais d'instruments de *soft law* parmi lesquels figure le *Memory of Understanding*. Son but était de faciliter la résolution bilatérale des litiges relatifs à la dévolution, entre *Whitehall* et les institutions de la dévolution.

889. Bien plus, une partie importante de ces conflits trouvent une résolution par le biais de négociations politiques. Dans la première année qui a suivi l'adoption des lois de la dévolution, 10 concordats multilatéraux et 20 concordats bilatéraux ont été conclus entre les départements de *Whitehall* et l'exécutif écossais¹²²⁴. Le but des concordats n'est pas de créer des obligations juridiques mais plutôt de poser des règles de droit souple pour permettre la coopération entre les administrations et l'échange d'informations entre elles¹²²⁵. Comme le rappelle la Commission des Affaires Ecosaises de la Chambre des Communes dans son rapport du 22 mai 2019, le « *règlement constitutionnel du Royaume-Uni met l'accent sur l'importance de ces relations personnelles. Cela se reflète dans le protocole d'accord entre les deux gouvernements, qui stipule que les affaires intergouvernementales doivent être menées de*

¹²²² TRENCH Alan. "The Courts and Devolution in the UK", *op. cit.*, p. 312: "The arrangements for intergovernmental relations after devolution were designed chiefly with a view to being used to resolve disputes. This reflects an expectation on the part of politicians in the UK that they are the prime decision-makers, and are reluctant to use the courts if they can avoid doing so."

¹²²³ *Ibid.*, p. 313: "What was therefore created as part of the institutional framework of devolution was a system that created extensive flexibility at the margins, to enable disagreements to be resolved politically and then implemented in a legal form, without need for the courts to be involved."

¹²²⁴ POIRIER Johanne. "The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective", *The Constitution Unit*, 2001, [en ligne], [consultée le 20/05/2021], <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution-unit/files/75.pdf>, 30 p., p. 19.

¹²²⁵ GAY Oonagh. "Devolution and Concordats", *House of Commons Library*, Research paper 99/84, 1999, 36 p., p. 21: « *The Guidance emphasised that concordats were not designed to create legal obligations or restrictions, but would act as the ground rules for administrative co-operation and exchange of information.* »

manière informelle (...), et que les différends intergouvernementaux doivent être résolus de manière informelle entre fonctionnaires chaque fois que cela est possible »¹²²⁶.

890. Le recours au juge est donc une voie accessoire de résolution des différends. C'est ce qu'affirme Lord Reed dans un discours prononcé le 27 février 2019, il rappelait que les « possibilités de recours aux tribunaux qu'elle (la dévolution) offre sont là si nécessaires » ; mais qu'il « existe également des dispositions politiques et institutionnelles qui sont susceptibles de revêtir une plus grande importance au quotidien, notamment les dispositions intergouvernementales destinées à encourager la coopération et à résoudre les différends, (...) »¹²²⁷. Les juridictions ne sont donc appelées à intervenir que si les discussions et négociations politiques n'aboutissent pas¹²²⁸. Lord Reed concluait ainsi que les « juristes du gouvernement, au nord et au sud de la frontière, ont joué un rôle beaucoup plus important au quotidien que les tribunaux, bien que les décisions des tribunaux aient également été d'une grande importance pour préciser comment la loi doit être interprétée »¹²²⁹.

891. Le *Memory of Understanding* d'octobre 2013, « entre le gouvernement britannique et les autorités décentralisées, décrit les procédures permettant d'éviter et de résoudre les litiges entre administrations conformément aux principes généraux énoncés dans le protocole d'accord. »¹²³⁰. Ces administrations doivent « s'engager pleinement à parvenir à un accord si possible. Si aucun accord n'est conclu au niveau officiel, les ministres devraient

¹²²⁶ House of Commons Scottish Affairs Committee. *The relationship between the UK and Scottish Governments*, session 2017-2019, 8th report, 47 p., p. 6: “The UK’s constitutional settlement places great emphasis on the importance of these personal relationships. This is reflected in the Memorandum of Understanding (MoU) between the two governments, which states that intergovernmental business should be conducted informally by default, and that intergovernmental disputes should be resolved informally between officials wherever possible.”.

¹²²⁷ Lord REED. « Scotland’s Devolved Settlement and the Role of the Courts », *op. cit.*, p. 7: “The possibilities of recourse to the courts which it provided were there if required, but there were also political and institutional arrangements which were likely to be of greater significance on a day to day basis, including the inter-governmental arrangements designed to encourage co-operation and resolve differences, (...)”.

¹²²⁸ *Ibid.*, p. 6: “It could reasonably be expected that disagreements between the devolved administrations and the UK Government about whether legislation by the devolved legislatures or actions by the devolved administrations were within their powers would usually be resolved by discussion and political negotiation.”.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 7: « Government lawyers, north and south of the border, have been much more important on a day to day basis than the courts, although the judgments of the courts have also been of great importance in clarifying how the law should be interpreted.”.

¹²³⁰ *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*, October 2013, 60 p., p. 17: “This agreement, between the UK Government and the devolved administrations, outlines procedures for avoiding and resolving disputes between administrations consistent with the general principles set out in the Memorandum of Understanding.”.

faire tout leur possible pour résoudre le problème sans qu'il soit nécessaire d'invoquer officiellement le processus du JMC »¹²³¹, le Joint Ministerial Committee.

892. De cette volonté de résoudre un maximum de différends entre les administrations des entités dévolues dans un cadre extra-juridictionnel a donc découlé la mise en place par le *Memory* de la Commission Ministérielle Mixte (JMC). Son objectif était de servir « *comme un lieu de résolution de litiges* »¹²³². Elle est utilisée « *lorsque les négociations au niveau officiel ont échoué et qu'une "impasse" »* apparaît¹²³³.

893. Comme le précise l'article A1.1 de la Partie II du Protocole de 2013, le « *gouvernement britannique et les trois administrations dévolues ont accepté de participer à une commission ministériel mixte (JMC) composée des ministres du gouvernement britannique, de l'Écosse, du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord.* »¹²³⁴.

894. Les missions de la Commission, précisées par l'article A1.2 de la Partie II du Protocole, sont les suivantes : « *examiner les questions non dévolues qui empiètent sur les responsabilités dévolues, et les questions dévolues qui empiètent sur les responsabilités non dévolues* » ; « *lorsque le gouvernement britannique et les administrations décentralisées en conviennent, examiner les questions décentralisées s'il est utile de discuter de leur traitement respectif dans les différentes parties du Royaume-Uni* » ; « *maintenir à l'étude les modalités de liaison entre le gouvernement britannique et les administrations décentralisées ;* » et enfin « *examiner les litiges entre les administrations* »¹²³⁵.

895. Les *Law officers* participent également à la résolution extra-juridictionnelle des litiges relatifs à la dévolution. Leur mission est, en effet, de conseiller juridiquement le gouvernement, d'aider les ministres à agir légalement et de manière conforme au *rule of law*.

¹²³¹ *Ibid.*, p. 18: "All should fully commit themselves to achieving agreement if possible. If no agreement is reached at official level, Ministers should make every effort to resolve the problem without the need formally to invoke the JMC process."

¹²³² *Ibid.*, p. 312: "The key institution here was the Joint Ministerial Committee (JMC), particularly in its plenary format, which was conceived first and foremost as a forum for the resolution of such disputes."

¹²³³ House of Commons Scottish Affairs Committee. *Op. Cit.*, p. 16: "As well as being a forum for discussion and consultation, the JMC is part of the formal dispute resolution process which is used when official-level negotiations have failed, and 'an impasse' has presented itself."

¹²³⁴ *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee, op. cit.*, p. 12: "The UK Government and the three devolved administrations have agreed to participate in a Joint Ministerial Committee (JMC) consisting of UK Government, Scottish, Welsh and Northern Ireland Ministers."

¹²³⁵ *Ibid.*: "A1.2 The terms of reference of the Joint Ministerial Committee are: a. to consider non-devolved matters which impinge on devolved responsibilities, and devolved matters which impinge on non-devolved responsibilities; b. where the UK Government and the devolved administrations so agree, to consider devolved matters if it is beneficial to discuss their respective treatment in the different parts of the United Kingdom; c. to keep the arrangements for liaison between the UK Government and the devolved administrations under review; and d. to consider disputes between the administrations."

Ils sont considérés comme des « *gardiens impartiaux du rule of law* »¹²³⁶et, ce faisant, contribuent à ce que les gouvernants agissent dans le sens de la préservation de la Constitution. Ils sont des acteurs qui permettent la responsabilité constitutionnelle des représentants, ce faisant ils remplissent des missions de justice constitutionnelle. Peuvent ainsi intervenir en cas de désaccord juridique relatif à la dévolution, l'*Attorney General*, le *Solicitor General* et l'*Advocate General* à l'égard du gouvernement britannique, le *Lord Advocate* (appuyé par le *Solicitor General for Scotland*) à l'égard du gouvernement écossais, le *Counsel General* à l'égard du gouvernement gallois et enfin l'*Attorney General* pour l'Irlande du Nord. Parmi ces institutions, l'*Attorney General* du Royaume-Uni est celui qui dispose de la plus forte autorité et influence. En effet, les opinions émises par ce dernier sont contraignantes pour le gouvernement en l'absence d'indications contraires de la jurisprudence. Outre, les *Law officers*, les *special advisers* –qui sont des personnes spécialement nommées pour assister le ministre et lui fournir divers conseils- peuvent également participer à l'exercice de la justice constitutionnelle et ainsi contribuer à la résolution de questions relatives à la dévolution. Ces conseillers spéciaux sont nombreux, en témoignent les 116 présents au sein du gouvernement britannique en 2020¹²³⁷.

896. Les mécanismes de contrôle, prévus dans le cadre de la procédure législative, expliquent aussi l'intervention limitée des juridictions. Les lois de la dévolution mettent, en effet, en place toute une série de mécanismes dont l'objectif est de résoudre les inconstitutionnalités en amont, ce qui contribue à rendre l'intervention des juridictions moins utile. Ce faisant, ces lois empruntent au constitutionnalisme politique, la croyance selon laquelle les mécanismes de procédure législative permettent une protection effective des droits et qu'ils constituent des outils efficaces pour permettre la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Les sections 31 du *Scotland Act* 1998, 9 et 10 du *Northern Ireland Act* 1998, et 97 et 110 du *Government of Wales Act* 2006, donnent une responsabilité constitutionnelle aux membres de l'exécutif et/ou à toute personne en charge d'un projet de loi. Ces dispositions les contraignent à se prononcer au début de la procédure législative sur la constitutionnalité des mesures proposées. Ces dispositions permettent de déceler très tôt les inconstitutionnalités, de les rendre « *immédiatement apparentes* »¹²³⁸, avant même que le débat parlementaire n'ait lieu.

¹²³⁶ “Law officers”, *Institute for Government*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/law-officers>.

¹²³⁷ « Special advisers », *Institute for Government*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/special-advisers>.

¹²³⁸ TRENCH Alan. “The Courts and Devolution in the UK”, *op. cit.*, p. 308: “All government legislation in Scotland and Northern Ireland must similarly be certified by the minister introducing it (though not that of

897. Bien plus, ces dispositions et procédures vont nécessiter l'implication de toutes les institutions concernées et ainsi la conformité d'un projet de loi avec les lois de la dévolution sera la préoccupation d'un réseau d'institutions¹²³⁹. Ainsi, par exemple, tout projet de loi émis par le gouvernement écossais fera d'abord l'objet d'un débat au sein de l'équipe gouvernementale, débat impliquant notamment les conseillers juridiques de l'exécutif et les rédacteurs du projet. Par la suite, le projet de loi sera soumis aux conseillers juridiques du Parlement écossais et du gouvernement britannique. La section 31(2) du *Scotland Act* 1998 invite ainsi le *Presiding Officer*, c'est-à-dire celui qui dirige les procédures et débats au Parlement, à se prononcer sur la conformité du projet de loi avec les compétences reconnues à l'Écosse¹²⁴⁰. Au niveau britannique, tout projet de loi provenant du gouvernement écossais appellera l'intervention de l'*Office of the Advocate General (OAG)*¹²⁴¹. Ce dernier est l'équipe juridique écossaise du gouvernement britannique, dont une des missions est la fourniture de conseils juridiques au gouvernement britannique pour les questions en lien avec l'Écosse. Cela peut impliquer des conseils relatifs aux implications constitutionnelles d'un projet de législation du gouvernement écossais.

898. Pour Alan Trench la particularité des lois de la dévolution tient ici à l'éventail des « *obstacles procéduraux* »¹²⁴² que les législations galloises, écossaises et nord-irlandaises doivent franchir au cours de la procédure législative. L'ampleur de ces obstacles est de nature à dissuader les exécutifs et législatifs gallois, écossais et nord-irlandais d'adopter des dispositions qui se situent en dehors de leurs sphères de compétence. De telles contraintes procédurales contrastent, selon l'auteur, avec beaucoup de constitutions fédérales qui ne prévoient pas de telles garanties au stade de la procédure législative et qui, de ce fait, facilitent plus la résolution juridictionnelle des litiges sur la constitutionnalité des mesures¹²⁴³.

private members or committees), while in Wales all legislation must be certified by whoever introduces it—whether a minister, committee or back-bench member (see section 31 Scotland Act 1998; sections 9 and 10 Northern Ireland Act 1998; sections 97 and 110 Government of Wales Act 2006). It will therefore be immediately apparent if legislation exceeds that body's powers before it is debated, let alone passed into law (or purport to be passed into law).”.

¹²³⁹ *Ibid.*: “These statutory provisions are notable for two reasons. (...)The second is the extent to which these provisions underpin intensive work by officials of all the institutions involved to ensure that legislation is in fact within competence.”.

¹²⁴⁰ *Scotland Act* 1998, section 31(2): “The Presiding Officer shall, on or before the introduction of a Bill in the Parliament, decide whether or not in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament and state his decision.”.

¹²⁴¹“Office of the Advocate General for Scotland”, *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-advocate-general-for-scotland/about>

¹²⁴² TRENCH Alan. “The Courts and Devolution in the UK”, *op. cit.*, p. 308.

¹²⁴³ *Ibid.* : “These statutory provisions are notable for two reasons. One is their detail, and the extent to which they create procedural hurdles through which devolved legislation must pass. This contrasts with the

899. L'attachement à des modalités extra-juridictionnelles de résolution des litiges n'est pas le seul élément expliquant le rôle limité du juge. La jurisprudence *Miller* a également un impact et confirme les entraves à un rôle plus actif du juge.

II) L'enrichissement limité et la décision *Miller*

900. Les limites de la place du juge dans l'application et la protection des règles constitutionnelles de la dévolution trouvent un écho particulier dans la décision *Miller* rendue en 2017 par la Cour suprême.

901. Les clauses insérées dans les lois de la dévolution pouvaient logiquement permettre au juge d'accroître son rôle constitutionnel en appliquant les théories alternatives à celle de Dicey sur la souveraineté parlementaire (A). Cette possibilité a néanmoins été rejetée par l'arrêt *Miller* rendu en 2017 par la Cour suprême, dans lequel cette dernière confirmait le rôle modeste tenu par les juges dans le contentieux de la dévolution (B).

A) Les clauses insérées dans les lois sur la dévolution de 2016 et 2017 : des espoirs logiques d'enrichissement du rôle constitutionnel des juges

902. Les clauses insérées dans les lois de la dévolution de 2016 et 2017 constituaient des sources intéressantes d'enrichissement du rôle constitutionnel des juges. Les clauses en question insèrent deux règles : la convention Sewel d'une part, et la règle de la permanence des institutions dévolues d'autre part.

903. La convention Sewel a, en effet, été consacrée dans le *Scotland Act* de 2016 et le *Wales Act* 2017. La section 2 du *Scotland Act* 2016 modifie la section 28 du *Scotland Act* 1998 de manière à y insérer la disposition affirmant que « *le Parlement de Westminster ne légifèrera normalement pas sur les matières dévolues sans le consentement du Parlement écossais* »¹²⁴⁴. Les clauses insérées ne sont pas une nouveauté sur le fond, mais font écho à la section 4 du *Statute of Westminster* datant de 1931 selon laquelle les règles édictées par le

approach under many federal constitutions, which do not create such requirements of process to vet legislation by constituent units but simply provide that legislation beyond a legislature's competence is invalid.”.

¹²⁴⁴ *Scotland Act* 2016, section 2: “*In section 28 of the Scotland Act 1998 (Acts of the Scottish Parliament) at the end add—“(8)But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament.*”.”.

Parlement de Westminster ne sont pas considérées comme faisant partie du droit des *Dominions* sauf si ces derniers y ont consenti ou l'ont demandé¹²⁴⁵. Est transposée exactement la même disposition dans la section 2 du *Wales Act* 2017 qui l'insère à la section 107 du *Government of Wales Act* 2006.

904. Les sections 1 du *Scotland Act* 2016 et du *Wales Act* 2017 contiennent, quant à elles, une disposition selon laquelle les assemblées législatives et gouvernements de ces nations sont permanents et ne peuvent être abolis que sur la base d'une décision du peuple exprimée par référendum¹²⁴⁶.

905. En acceptant d'assurer une protection juridictionnelle de ces clauses, le juge aurait pu enrichir son rôle de protecteur de règles constitutionnelles à visée démocratique sans pour autant remettre en cause la reconnaissance du pouvoir important d'édiction des normes du Parlement. Cet enrichissement était plausible et concevable au regard des ressources tant doctrinales que jurisprudentielles dont disposait le juge.

906. D'un point de vue doctrinal, les théories de la manière et de la forme ou encore de la redéfinition pouvaient fournir au juge le bagage théorique adéquat pour affirmer la justiciabilité de ces clauses. D'un point de vue jurisprudentiel, la décision *Jackson* rendue par la Chambre des Lords en 2005 constituait un précédent intéressant même si elle ne s'appliquait pas au cas de la dévolution. La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords affirmait ainsi, dans un rapport rendu le 20 novembre 2015, que même si l'attitude de la

¹²⁴⁵ *Statute of Westminster*, 1931, section 4: "No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof."

¹²⁴⁶ *Scotland Act* 2016, section 1: "In the *Scotland Act* 1998 after Part 2 (the Scottish Administration) insert – 'PART 2A Permanence of the Scottish Parliament and Scottish Government 63A Permanence of the Scottish Parliament and Scottish Government':

(1)The Scottish Parliament and the Scottish Government are a permanent part of the United Kingdom's constitutional arrangements''.

(2)The purpose of this section is, with due regard to the other provisions of this Act, to signify the commitment of the Parliament and Government of the United Kingdom to the Scottish Parliament and the Scottish Government.

(3)In view of that commitment it is declared that the Scottish Parliament and the Scottish Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Scotland voting in a referendum."'';

Wales Act 2017, section 1: "In the *Government of Wales Act* 2006, before Part 1 (National Assembly for Wales) insert – 'Part A1 Permanence of the Assembly and Welsh Government A1 Permanence of the Assembly and Welsh Government':

(1)The Assembly established by Part 1 and the Welsh Government established by Part 2 are a permanent part of the United Kingdom's constitutional arrangements.

(2)The purpose of this section is, with due regard to the other provisions of this Act, to signify the commitment of the Parliament and Government of the United Kingdom to the Assembly and the Welsh Government.

(3)In view of that commitment it is declared that the Assembly and the Welsh Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Wales voting in a referendum."''.

Cour suprême vis-à-vis de cette disposition était imprévisible, elle pourrait indéniablement être vue par les juges comme l'expression de la volonté du Parlement de vouloir limiter sa propre compétence en conditionnant son intervention à la consultation préalable du peuple par référendum¹²⁴⁷.

907. Autrement dit, les clauses insérées dans les lois de la dévolution auraient pu conduire le juge à faire application des théories alternatives à celle de Dicey sur la souveraineté parlementaire. Ces théories alternatives sont celles de la « *manière et de la forme* » et de la « *redéfinition* » dans lesquelles il est reconnu que le Parlement peut lier son successeur, ce qui – nous le verrons – a des répercussions sur le rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Ces théories proposent une vision de l'autorité parlementaire « *self-embracing* », alors que celle de Dicey est « *continuing* ». Comme le rappelle Hilaire Barnett, la différence entre les deux tient à l'objet des dites doctrines. Contrairement à celle de la « *manière et de la forme* », la théorie de la « *redéfinition* » concerne à la composition du Parlement de Westminster¹²⁴⁸.

908. La « *manière et la forme* » concerne alors des modifications de procédure d'édiction des normes dans le cadre d'un Parlement de Westminster toujours composé des Communes, des Lords et du monarque. Plus précisément la « *manière* » renvoie aux procédures employées pour produire des normes juridiquement valides ; la « *forme* » quant à elle renvoie à l'exigence de l'emploi d'un langage spécifique dans la loi qui souhaite apporter une réforme¹²⁴⁹. La « *redéfinition* », quant à elle, revient à ajouter un acteur extérieur à ce trio originaire dans le processus de prise de décision parlementaire. Malgré cela, ces deux théories ont pour point commun de reconnaître qu'un Parlement peut lier son successeur en prévoyant

¹²⁴⁷ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Scotland Bill*, session 2015-2016, 6th report, 19 p., p. 15: “It is a fundamental principle of the UK constitution that Parliament is sovereign and that no Parliament may bind its successors. There is now a strong argument that Parliament is seeking to limit its own competence in a way that the courts may seek to uphold in future given that it rests on a requirement for popular consent. While we recognise that it is extremely unlikely that this will ever be tested in the courts, it is nonetheless symbolically important and we are concerned that these provisions, as currently worded, risk introducing uncertainty concerning the absolute nature of parliamentary sovereignty where there should be none.”.

¹²⁴⁸ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 123: “Any provision relating solely to procedure but not affecting the composition of Parliament may be termed as a ‘manner and form’ provision; whereas when the actual composition of Parliament is altered, the appropriate term is ‘redéfinition’.”.

¹²⁴⁹ GORDON Michael. *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution - Process, politics and democracy*-, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, 366 p., p. 91: “The manner in which legislation is to be enacted can be seen to refer to the action that must be taken by specified institutions or office-holders, in what particular sequence and in what particular time-scale, in order for measures recognisable as legally valid to be produced. The form in which legislation is to be enacted, in contrast, can be seen to refer to the particular language (if any) which must be used to express effectively the ends which a specific legal measure is created to achieve.”.

dans une loi, une nouvelle procédure législative dans le cadre du trio législatif originaire ou non.

909. Ces théories proviennent, notamment, de Jennings et Heuston. Le premier, s'il ne remettait pas en cause l'idée diceyenne selon laquelle le Parlement peut légiférer sur toute matière, contestait qu'un Parlement ne puisse pas lier son successeur. Selon Jennings, un Parlement peut en effet lier son successeur en imposant des conditions spécifiques pour modifier une loi. Par exemple, un Parlement pourrait, en adoptant une loi proclamant les droits et libertés, poser dans une de ses dispositions l'exigence que cette loi ne puisse être révisée qu'à une majorité des 3/5^{ème}. Jennings est un précurseur de la théorie de la « *manière et de la forme* ». Il commence clairement par affirmer que « *si la souveraineté désigne un pouvoir suprême, alors le Parlement n'est pas souverain* ». Ainsi, « *il y a plein de choses, (...), que le Parlement ne peut pas faire.* »¹²⁵⁰. Ainsi, si le Parlement est souverain juridiquement, selon la distinction opérée par Dicey entre souveraineté juridique et politique, alors il n'a pas de pouvoir absolu et illimité poursuit Jennings.

910. Pour ce dernier, la souveraineté juridique du Parlement n'est qu'un « *concept juridique, une forme d'expression que les juristes vont utiliser pour exprimer les relations entre le Parlement et les cours.* ». Le Parlement est souverain juridiquement dans la mesure où ce qu'il adopte sera considéré par les juges comme étant du droit. Les règles produites selon le principe du consentement des Communes, des Lords et du monarque vont être reconnues comme étant du droit par les juges ainsi que les lois qui viennent modifier ce principe. Il affirme aussi que le terme de « *souveraineté juridique* » n'est qu'un terme qui sert à désigner un pouvoir de faire toute loi selon « *la manière requise par le droit* »¹²⁵¹. Selon l'auteur le « *souverain juridique* » peut s'autolimiter car « *son pouvoir de changer le droit inclut le pouvoir de changer le droit qui l'affecte* ». Autrement dit, pour cet auteur, le pouvoir législatif du Parlement tire sa source du droit, et plus précisément du *common law*, *common law* que le Parlement est en droit de changer.

911. La théorie développée par Heuston est assez proche. Il rappelait que la « *souveraineté est un concept juridique* » et que les « *règles qui permettent d'identifier le*

¹²⁵⁰ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 148: "Yet if sovereignty is supreme power, Parliament is not sovereign. For there are many things, as Dicey and Laski both point out, which Parliament cannot do."

¹²⁵¹ *Ibid.*, pp. 152-153: "'Legal sovereignty' is merely a name indicating that the legislature has for the time being power to make laws of any kind in the manner required by the law."

souverain et qui prescrivent sa composition et ses fonctions lui préexistent nécessairement »¹²⁵² ; qu'il existe une distinction entre les règles relatives à la composition, à la procédure, d'un côté et celles qui sont relatives au domaine d'intervention du souverain de l'autre¹²⁵³. Il en déduit ainsi que, les juges devraient avoir la possibilité de contrôler le respect des règles relatives à la composition et à la procédure mais pas au domaine d'intervention du souverain¹²⁵⁴.

912. Si cette théorie est contestable dans la séparation trop étanche qu'elle propose entre la « *forme* » et le « *fond* », elle est intéressante en ce qu'elle est l'exemple d'une nouvelle conciliation entre suprématie du Parlement et exercice juridictionnel de la justice constitutionnelle. En effet, cette théorie concilie le grand pouvoir d'édiction des normes du Parlement avec celui, exercé par les juges, de contrôler que les lois votées sont bien conformes aux procédures particulières prescrites par une loi antérieure. Certains auteurs sont même allés plus loin que les auteurs de la théorie de la « *manière et de la forme* » et ont admis qu'un Parlement pouvait aussi se limiter substantiellement. Il s'agit d'Herbert Hart¹²⁵⁵ ou encore de Peter Oliver¹²⁵⁶.

913. Dans le cadre offert par ces théories alternatives, les clauses insérées dans les lois de la dévolution votées en 2016 et 2017 représentaient des outils intéressants pour développer le rôle du juge dans la justice constitutionnelle. Si l'idée selon laquelle le Parlement peut lier ses successeurs est considérée comme viable, alors il pourrait être défendu que le juge puisse considérer que le non-respect par un Parlement futur des clauses sur la dévolution entraîne l'inconstitutionnalité de la loi en question.

914. Ainsi, si un Parlement vote une loi abolissant les institutions législative et exécutive sans avoir organisé au préalable un référendum ou s'il vote une loi sur une matière réservée aux trois nations concernées sans faire jouer la règle *Sewel*, le juge pourrait considérer que cette loi est inconstitutionnelle. Le Parlement serait ici limité par des règles constitutionnelles que le juge entérine. Cette disposition pouvait donc être de nature à remettre

¹²⁵² HEUSTON R.F.V. *Essays in Constitutional Law*, op. cit., p. 6: "(1) Sovereignty is a legal concept: the rules which identify the sovereign and prescribe its composition are logically prior to it."

¹²⁵³ *Ibid.*: "(2) There is a distinction between rules which govern, on the one hand, (a) the composition, and (b) the procedure, and, on the other hand, (c) the area of power, of a sovereign legislature."

¹²⁵⁴ *Ibid.*: "(3) The Courts have jurisdiction to question the validity of an alleged Act of Parliament on grounds 2(a) and 2(b), but not on ground 2(c)."

¹²⁵⁵ HART L.A. Herbert. *The Concept of Law*, op. cit., p. 149: "The requirement that at every moment of its existence Parliament should be free from legal limitations including even those imposed by itself is, after all, only one interpretation of the ambiguous idea of legal omnipotence."

¹²⁵⁶ OLIVER Peter. *The Constitution of Independence, The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 392 p.

considérablement en cause la nature absolue de la souveraineté du Parlement. Les dispositions étudiées ici illustrent bien les théories alternatives de la souveraineté du Parlement.

915. Ensuite, ces dispositions pourront toujours être interprétées par le juge de manière contraire à celle de l'arrêt *Miller*, de manière à les qualifier de justiciables. Cela permettrait au juge d'écarter des lois qui empièteraient sur des matières relevant des trois nations et servirait par conséquent une juridictionnalisation croissante de la justice constitutionnelle britannique. En effet, en inscrivant cette convention Sewel dans un texte de loi, le législateur ouvre la possibilité d'une future intervention du juge pour la protéger. Ce faisant, le rôle de gardien des compétences déjà exercé par le juge s'en trouverait augmenté.

916. Comme l'affirme Michael Gordon, la fonction du juge ici serait de contrôler si les procédures prévues par la loi en question (la manière et la forme) ont bien été respectées. Il s'agit alors *a priori* d'un contrôle à la portée assez restreinte comme l'affirme l'auteur¹²⁵⁷. L'inscription de la convention Sewel dans ces mêmes lois aux sections 2, est aussi un élément qui permettrait d'imaginer un accroissement des prérogatives constitutionnelles des juges. Comme il a été vu précédemment, la souveraineté du Parlement a fait l'objet d'une abondante théorisation dans la doctrine britannique.

917. Si les clauses insérées dans les lois de 2016 et 2017 précitées représentaient un espoir de voir le rôle des juges dans la dévolution gagner en consistance, cet espoir a été freiné par la décision *Miller* rendue par la Cour suprême.

B) Le rejet par la Cour suprême de la justiciabilité des clauses codifiant des conventions, une limite à la juridictionnalisation de la justice constitutionnelle

918. La limite posée à l'accroissement du rôle constitutionnel des juges dans le cadre de la dévolution est particulièrement criante dans l'arrêt *Miller* rendu en 2017 par la Cour suprême. Elle découle du refus des juges de reconnaître la justiciabilité de la convention Sewel telle qu'intégrée dans le *Scotland Act* de 2016.

¹²⁵⁷ GORDON Michael. *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution - Process, politics and democracy-*, op. cit., p. 318: "(...) the courts would simply be required to ascertain whether a procedural condition, contained in statute, had been satisfied in the enactment of legislation."

919. Cette décision peut paraître décevante et peu aventureuse au regard d'une décision antérieure, la décision *Jackson* de 2005, dans laquelle le juge avait été plus audacieux. Il avait accepté d'appliquer une théorie alternative de la souveraineté parlementaire, celle de la redéfinition telle qu'exposée précédemment. Si la décision *Jackson* ne porte pas sur la dévolution, elle présente néanmoins des points de connexion avec la décision *Miller* en ce que toutes deux posent au juge la question de la reconnaissance jurisprudentielle de nouvelles procédures d'adoption de lois. La décision *Jackson* a trait à une procédure dans laquelle seules la Reine et la Chambre des Communes interviennent ; la jurisprudence *Miller* a trait à une procédure au cours de laquelle interviennent le Parlement écossais et le Parlement de Westminster.

920. Dans la jurisprudence *Jackson*, les requérants avançaient que la loi sur la chasse de 2004 (*Hunting Act 2004*) était illégale dans la mesure où elle avait été adoptée selon les procédures prévues par le *Parliament Act* de 1949 que les demandeurs considéraient comme illégal. En effet, les requérants contestaient le fait que la loi de 1949 avait été adoptée selon la procédure prévue par le *Parliament Act* de 1911 –donc sans le consentement des Lords- et non selon les règles de la procédure législative classique.

921. La question posée aux juges était celle de la nature de la loi de 1949 : était-elle une législation primaire ou secondaire ? Dans le premier cas, cela revenait alors à accepter qu'un acte adopté sans le consentement des Lords puisse quand même être reconnu comme étant un acte du Parlement de Westminster. Le juge opta pour cette solution et valida alors juridictionnellement la possibilité que le Parlement puisse se redéfinir. Cela ressortait expressément des propos de Lord Bingham : « *La loi de 1911 a évidemment opéré un important changement constitutionnel, mais le changement ne se situe pas dans le fait d'autoriser un nouveau type de loi (...) mais dans la création d'une nouvelle procédure d'adoption de la législation primaire* »¹²⁵⁸. Ainsi, le juge pouvait considérer dans l'affaire *Miller*, à la manière de Lord Steyn¹²⁵⁹ dans l'affaire *Jackson* par rapport au *Parliament Act* de 1911, que le Parlement en adoptant le *Scotland Act* de 2016 « *a prescrit de nouvelles conditions formelles permettant d'authentifier l'expression de sa volonté. En d'autres termes, le Parlement s'est*

¹²⁵⁸ *Jackson & Ors v. Her Majesty's Attorney General* [2005] UKHL 56, par. 24: “*The 1911 Act did, of course, effect an important constitutional change, but the change lay not in authorising a new form of sub-primary parliamentary legislation but in creating a new way of enacting primary legislation.*”

¹²⁵⁹ *Ibid.*, par. 81: “*The law and custom of Parliament regulates what the constituent elements must do to legislate: all three must signify consent to the measure. But, apart from the traditional method of law making, Parliament acting as ordinarily constituted may functionally redistribute legislative power in different ways. For example, Parliament could for specific purposes provide for a two-thirds majority in the House of Commons and the House of Lords. This would involve a redefinition of Parliament for a specific purpose.*”

simplement redéfini pour les matières visées par cette même loi. La règle de reconnaissance n'est donc pas substantiellement altérée puisque le principe même de la souveraineté du Parlement n'est pas remis en cause. »¹²⁶⁰.

922. Thibault Guilly affirme qu'une telle théorie serait une arme cachée pour le juge qui lui permettrait d'assurer à certaines dispositions constitutionnelles un statut formel plus important qu'une loi ordinaire. La reconnaissance juridictionnelle de la théorie de la redéfinition opérée par la décision *Jackson* doit néanmoins être nuancée dans la mesure où, comme le rappelle Thibault Guilly, la procédure prévue par le *Parliament Act* 1911 n'a pas pour ambition d'être impérative. Mais, « *qu'en serait-il si le Parlement venait à se redéfinir de manière impérative, par exemple en soumettant l'adoption d'une quelconque mesure à la tenue d'un référendum ou à la réunion d'une majorité qualifiée ?* »¹²⁶¹. La décision *Jackson* marquait ainsi une « *reconnaissance au moins partielle de la théorie de la redéfinition* ». La « *question de l'entrenchment, c'est-à-dire de l'éventuelle sanction judiciaire d'une violation de la nouvelle procédure législative issue de la redéfinition du Parlement* » restait ouverte.

923. Dans l'affaire *Miller*, le juge, confronté à cette épineuse question, choisira d'y répondre par la négative. La corrélation entre dispositions de manière et de forme et juridictionnalisation semble ainsi être mise à mal au regard de l'arrêt *Miller* rendu en 2017. Dans cette jurisprudence, la Cour suprême refusa de considérer les clauses insérant la convention Sewel comme des dispositions justiciables¹²⁶². La juridiction sous-entend ainsi que la consécration législative de cette règle ne lui enlève pas son caractère conventionnel¹²⁶³. Pour se justifier, la Cour se fonde sur les termes employés dans le *Scotland Act* de 2016. Elle considère que les expressions « *il est reconnu* » et « *ne devra pas normalement légiférer* » de la section 2 font obstacle à la reconnaissance de la justiciabilité de cette disposition¹²⁶⁴. Les juges de la Cour affirment dans cet arrêt qu'ils ne sont « *ni les parents, ni les gardiens des*

¹²⁶⁰ GUILLUY Thibault. « Le Parliament Act 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson de 2005 », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, vol. V, 2013, pp. 241-268.

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 254.

¹²⁶² *R(on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5, par. 148: “*As the Advocate General submitted, by such provisions, the UK parliament is not seeking to convert the Sewel Convention into a rule which can be interpreted, let alone enforced, by the courts; rather, it is recognizing the convention for what is, namely a political convention, and is effectively declaring that it is a permanent feature of the relevant devolution settlement.*”.

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ *Ibid.*; “*That follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words ('it is recognised' and 'will not normally'), of the relevant subsection. We would have expected UK Parliament to have used other words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts.*”.

conventions politiques ; ils en sont au mieux des observateurs. »¹²⁶⁵. La Cour suprême refuse la justiciabilité de ces conventions codifiées. L'interprétation donnée par la Cour est surprenante et peut laisser dubitatif. Ainsi, le professeur Aurélien Antoine s'interrogeait sur la pertinence du refus de reconnaître un caractère justiciable aux clauses des lois de 2016 et 2017¹²⁶⁶.

924. En outre, cette décision *Miller* est étonnante car comme l'affirme Kenneth Campbell « *la partie de la Convention relative à la motion de consentement général s'est vue dotée d'une force législative* »¹²⁶⁷, ce qui, selon lui, est amené à avoir bien « *plus qu'un effet symbolique* »¹²⁶⁸. En effet, selon lui, cette disposition contraint véritablement le Parlement de Westminster parce que « *les circonstances de son adoption rendent cela clair* »¹²⁶⁹ d'une part, et d'autre part car en matière d'interprétation législative toute disposition d'une loi est considérée comme devant avoir des effets juridiques. Pour Anthony Gordon, cette jurisprudence est un véritable coup d'arrêt au pouvoir créateur des juges et au concept de « *souveraineté partagée* » entre les juges et le Parlement¹²⁷⁰.

925. Le refus des juges de reconnaître la justiciabilité de la clause codifiant la convention Sewel peut néanmoins être compris dans le cadre du rapport de force qui les unit au Parlement et au gouvernement. En effet, ce refus s'analyse comme une autolimitation des juges, symbole du respect qu'ils portent aux représentants pour faire appliquer le droit constitutionnel (ici la convention Sewel). Cette jurisprudence représente ainsi une limitation du rôle des

¹²⁶⁵ *Ibid.*, par. 146: « *Judges therefore are neither the parents nor the guardians of political conventions, they are merely observers.* ».

¹²⁶⁶ ANTOINE Aurélien. « Le jugement Miller, la dévolution et la Convention Sewel », *Jus Politicum Blog*, 22 février 2017, [en ligne], [consultée le 03/02/2020], <http://blog.juspoliticum.com/2017/02/22/le-jugement-miller-la-devolution-et-la-convention-sewel/>: « *En revanche, la démonstration emporte moins la conviction lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi de 2016 qui reprend la convention Sewel dont l'effet est de limiter l'omnipotence du Parlement britannique.* », « *L'ensemble du raisonnement est conforme aux précédents qui prennent en compte des conventions de la Constitution sans en donner une autorité juridictionnelle. En revanche, l'argumentaire des juges est-il toujours pertinent lorsque ladite convention est incluse dans une loi ?* ».

¹²⁶⁷ CAMPBELL Kenneth. « Kenneth Campbell QC: How Devolution Has Altered Some Fundamentals of the British Constitution », *UK Constitutional Law Association*, 20th January 2017, [en ligne], [consultée le 15/02/2018], <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/20/kenneth-campbell-qc-how-devolution-has-altered-somefundamentals-of-the-british-constitution/>; voir également sur le même sujet CAMPBELL Kenneth, QC. « Kenneth Campbell QC: The Draft Scotland Bill and limits in constitutional statutes », *UK Constitutional Law Association*, 30th January 2015, [en ligne], [consultée le 12 juin 2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/02/02/kenneth-campbell-qc-the-draft-scotland-bill-and-limits-in-constitutional-statutes/>; ELLIOTT Mark. « The draft scotland bill and the Sovereignty of the UK Parliament », *Public Law ForEveryone*, 22nd January 2015, [en ligne], [consultée le 12 juin 2015], <http://publiclawforeveryone.com/2015/01/22/the-draft-scotland-bill-and-the-sovereignty-of-the-uk-parliament/>.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ GORDON Anthony. « Le Brexit et la Constitution de Common law », *Observatoire du Brexit – Analyse en continu du processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne*, 5 juillet 2018, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://brexit.hypotheses.org/1525>.

juridictions dans l'activation de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. C'est à ces derniers que revient la mission de veiller à l'application de la Convention Sewel : la responsabilité constitutionnelle des représentants passe ainsi par leur propre action et vigilance. Dans cette jurisprudence le juge cherche, selon Anthony Gordon, à éviter une crise constitutionnelle qui aurait beaucoup trop mis en évidence « *les implications d'une 'souveraineté divisée'* »¹²⁷¹.

926. Les clauses adoptées dans les lois pour l'Écosse et le Pays de Galles en 2016 et 2017 montrent que l'idée défendue par les théories alternatives de la souveraineté du Parlement, à savoir qu'un Parlement peut lier son successeur, était pourtant parfaitement envisageable. Sur un tel fondement, et contrairement à la jurisprudence *Miller* qui en 2017 a nié toute force juridique à ces clauses, la Cour suprême aurait pu reconnaître que le Parlement avait réussi à lier ses successeurs ou à se redéfinir et qu'ainsi une censure future par le juge d'une disposition législative qui ne respecterait pas ces dispositions serait possible. Le juge aurait pu alors se hisser comme protecteur de ces clauses et donc comme protecteur de l'existence des institutions de la dévolution face à un pouvoir central qui tenterait d'abolir les institutions dévolues sans consentement populaire. Ainsi, la dévolution aurait mené à une augmentation du rôle constitutionnel du juge.

927. Dans l'affaire *Miller I*, les juges refusèrent d'appliquer des théories alternatives de la souveraineté parlementaire qui lui auraient permis d'affirmer un rôle constitutionnel plus actif. Au contraire, *Miller I* est un exemple de consécration jurisprudentielle supplémentaire du principe de souveraineté parlementaire tel que conçu par Dicey. D'autres supports théoriques s'offraient aux juges. Face à la pensée de Dicey et à la théorie de la souveraineté illimitée existe celles où le pouvoir d'édiction des normes du Parlement se trouve limitée. Comme le rappelle Herbert Hart la vision de Dicey « *n'est qu'une interprétation de l'idée ambiguë qu'est l'omnipotence juridique.* »¹²⁷².

¹²⁷¹ *Ibid.* : "By deciding not to create any legal space for the convention, it may well be that the Supreme Court was seeking to avoid becoming the source of a constitutional crisis that would have brought the implications of a "divided sovereignty" very much to the fore."

¹²⁷² HART L. A. Herbert. *The Concept of Law*, op. cit., p. 149: "The requirement that at every moment of its existence Parliament should be free from legal limitations including even those imposed by itself is, after all, only one interpretation of the ambiguous idea of legal omnipotence."

Conclusion du chapitre II

928. Les répercussions de la dévolution sur le rôle du juge dans la justice constitutionnelle sont paradoxales. Si la dévolution a conféré aux juges de nouveaux outils lui permettant d'exercer une influence accrue sur la décision politique prise par les représentants, elle entérine simultanément la limitation de son intervention. Le juge est ainsi vu comme un acteur essentiel mais foncièrement insuffisant. Le système de la dévolution consacre simultanément l'importance de l'intervention des juges dans l'application des règles de la dévolution et la place essentielle de la coopération inter-gouvernementale, inter-administration. Les mécanismes mis en place suggèrent alors que l'interprétation et la protection des règles constitutionnelles n'est pas le seul fait des juridictions, mais doit également s'opérer en dehors des prétoires. Le refus des juges de reconnaître le caractère justiciable de la convention Sewel est une illustration des limites du rôle des mécanismes juridictionnels.

929. Si la dévolution témoigne de l'importance des représentants, elle n'est pas la seule. D'autres éléments témoignent de leur puissance dans la justice constitutionnelle, tirée de leur rôle prépondérant dans la prise de décision constitutionnelle.

CONCLUSION DU TITRE II

930. L'intervention du législateur a été cruciale pour le juge et lui a donné de nombreux outils pour lui permettre d'exercer une emprise plus importante sur la prise de décision constitutionnelle. Ces outils sont principalement des mécanismes de contrôle de la législation que ce soit au nom du droit supra-national (dans le cadre de l'UE et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme) ou au nom du droit national (dans le cadre du contrôle des actes adoptés par les autorités galloises, écossaises et nord-irlandaises).

931. L'étude de ces grandes lois témoigne de l'interdépendance entre les acteurs de la justice constitutionnelle. Le législateur en s'emparant de la question constitutionnelle a nourri les prérogatives du juge dans l'application et la protection de la Constitution. Le législateur, et plus largement le représentant, joue un rôle capital dans la justice constitutionnelle.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

932. Au Royaume-Uni, la prise de décision constitutionnelle est fortement influencée par l'action des juges. Ces derniers peuvent puiser à divers endroits pour exercer leur influence dans la détermination et la protection des règles constitutionnelles. Le *common law*, source ancienne et prestigieuse du droit britannique, demeure un outil grâce auquel le juge interprète les décisions des représentants à l'aune de règles constitutionnelles fondamentales. Le *HRA* 1998 n'a d'ailleurs pas ôté cet instrument de cette efficacité.

933. Les lois et les réformes constitutionnelles sont venues ajouter aux pouvoirs issus du *common law* d'autres prérogatives. Ces dernières ont renforcé l'emprise du juge sur la prise de décision constitutionnelle et lui ont offert des moyens supplémentaires de contraindre et d'encadrer les différentes volontés gouvernementales.

934. L'adoption de ces lois constitutionnelles témoigne simultanément de l'importance des citoyens et des représentants dans la justice constitutionnelle. Ces lois tout en renforçant le rôle du juge ont renforcé l'intervention du citoyen qui dispose d'outils supplémentaires pour obtenir une protection juridictionnelle de ses droits. Ces réformes montrent également la puissance des représentants dans la justice constitutionnelle. Elles sont l'illustration de l'immense pouvoir des représentants, issu des traits fondamentaux de l'ordre constitutionnel britannique. La souveraineté parlementaire et la nature relativement souple de la Constitution leur confèrent ainsi une fabuleuse marge de manœuvre dans la prise de décision constitutionnelle.

SECONDE PARTIE : LA FAIBLESSE DES CITOYENS ET LA PUISSANCE DES REPRÉSENTANTS DANS LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

935. Si le juge est un acteur essentiel et prenant de plus en plus de place dans l'exercice de la justice constitutionnelle, il ne saurait en avoir le monopole. Les citoyens et les représentants interviennent ainsi nécessairement, bien que de manière inégale, dans l'interprétation, l'application et la protection des règles et principes constitutionnels.

936. Les citoyens forment un ensemble appelé le peuple (ou société civile). Le peuple renvoie à l'ensemble des personnes résidant sur le territoire britannique, la qualité de citoyen n'est ainsi pas réservée dans cette thèse à ceux ou celles qui ont le droit de vote. Est citoyen celui qui s'exprime constitutionnellement sur l'ordre constitutionnel britannique (les mineurs, les étrangers sur le sol britannique peuvent donc y être inclus) et qui cherche ainsi à influencer, par le biais d'un mécanisme prévu à cet effet par le droit constitutionnel britannique, sur la prise de décision constitutionnelle au Royaume-Uni.

937. Parmi les mécanismes permettant à un individu de s'exprimer constitutionnellement figure le référendum qui correspond à « *une consultation du corps électoral par laquelle on demande aux citoyens de répondre par oui ou par non à une question qui peut porter en particulier sur l'adoption d'un texte* »¹²⁷³. Font également partie des

¹²⁷³ COHENDET Marie-Anne. *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 849 p.

procédures permettant l'expression constitutionnelle citoyenne les élections, les manifestations, l'usage de la liberté d'expression ou encore la saisine d'un juge. L'exercice de la justice constitutionnelle prend ainsi différentes formes, révélatrices des formes « *représentative* », « *participative* » ou « *délibérative* » de la démocratie britannique.

938. Le concept de citoyenneté a une histoire particulière au Royaume-Uni et a traditionnellement revêtu une importance moindre qu'en France ou aux États-Unis. Cela s'observe par l'apparition tardive de cette notion à un niveau législatif. En effet, ce n'est qu'en 1948 avec le vote du *British Nationality Act* que la citoyenneté a été expressément reconnue dans une loi du Parlement. Aurélie Duffy-Meunier souligne même l'ambiguïté persistante du concept de citoyenneté dans la culture constitutionnelle et politique britannique¹²⁷⁴. Cette opacité provient de la philosophie politique qui a inspiré le régime constitutionnel britannique. Comme l'observe Aurélie Duffy-Meunier, c'est le « *libéralisme négatif* »¹²⁷⁵ de William Blackstone qui a énormément influencé la Constitution britannique. Dans cette acception du libéralisme, il n'y a pas de citoyenneté définie par rapport à un ensemble de droits et de devoirs expressément listés et/ou définis dans un texte d'ordre constitutionnel ; mais plutôt par rapport à ce que le *common law* ou la loi interdit de faire. Cette acception est alors celle de la liberté conçue négativement, le citoyen a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit par le *common law* ou le législateur. En outre, la condition de nationalité n'entraînait pas celle de citoyenneté, c'est-à-dire de participation à la vie politique et particulièrement à la désignation de représentants¹²⁷⁶. Les nationaux étaient des sujets du monarque. Quand elle fut établie au XIX^{ème} siècle, cette citoyenneté britannique ne visait qu'une élite, comme le précise Aurélie Duffy-Meunier dans la mesure où elle était « *conditionnée par la propriété et le genre jusqu'en 1918* »¹²⁷⁷.

939. Ce particularisme britannique du concept de citoyenneté n'est néanmoins pas aussi important qu'il y paraît, dans la mesure où existe au Royaume-Uni, comme l'affirmait T.H Marshall, une conception politique et civile de la citoyenneté¹²⁷⁸, qui si elle n'est pas

¹²⁷⁴ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La citoyenneté au Royaume-Uni ou la recherche d'une valeur inexplorée », *HAL archives – ouvertes.fr*, 2013, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02610724/file/A._Duffy-Meunier_La_citoyennete_au_Royaume-Uni.pdf.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, p. 2: « *Le libéralisme négatif de Blackstone a, tout d'abord, marqué la Constitution et par-là même la conception de la citoyenneté au Royaume-Uni. Les Britanniques sont ainsi présentés comme des sujets de la couronne dont les droits ne sont pas garantis de façon positive, mais négative.* ».

¹²⁷⁶ POLLY J. Price. "Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)", *op. cit.*

¹²⁷⁷ DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La citoyenneté au Royaume-Uni ou la recherche d'une valeur inexplorée », *op. cit.*

¹²⁷⁸ MARSHALL T.H. *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, 85 p., p. 27: "I have divided citizenship into three elements, civil, political and social."

consacrée juridiquement l'est d'un point de vue politique. La première conception (la conception politique de la citoyenneté) recouvre selon Dawn Oliver, « *le droit de participer à l'exercice du pouvoir politique en tant qu'électeur, ou comme un membre élu du Parlement ou d'une autorité locale.* »¹²⁷⁹. La seconde (la conception civile de la citoyenneté), quant à elle renvoie aux droits nécessaires à la liberté individuelle qui, s'ils ne sont pas consacrés expressément, résultent indirectement des règles apportées par les juges et les autorités représentatives élues. Parmi ces droits figurent « *la liberté de la personne, la liberté d'expression, de pensée et de foi, le droit à la propriété, et le droit à la justice et à l'accès aux juridictions.* »¹²⁸⁰. Ces droits et libertés sont consacrés à la fois dans la loi et dans la jurisprudence, qui sont alors susceptibles de servir de référence pour évaluer la nature du régime politique et donc la nature de la relation entre le gouvernant et le gouverné. Il est également important de noter que l'histoire politique contemporaine britannique a vu un regain d'intérêt des différents partis politiques pour le concept de citoyenneté.

940. Comme le précise Robert Blackburn, les années 1990 ont été celles de la « *renaissance de l'interprétation du progrès national en terme de citoyenneté.* »¹²⁸¹. Ainsi, les réformes du gouvernement Blair dans les années 1990-2000 ont mené à une transformation du concept de citoyenneté. Cette transformation s'explique entre autres par le *Human Rights Act* qui comme l'affirme Aurélie Duffy-Meunier, « *est la première déclaration de droits subjectifs susceptible d'être invoqués par les citoyens.* »¹²⁸². Il faut aussi rappeler, comme le fait Frédérique Roux, que « *la citoyenneté est particulièrement importante pour l'Union britannique car elle est la manifestation politique d'une unité commune (...).* »¹²⁸³.

941. Les représentants, quant à eux, renvoient aux personnes rattachées directement (quand elles sont issues de l'élection) ou indirectement (quand elles sont nommées par des

¹²⁷⁹ OLIVER Dawn. *Constitutional Reform in the UK*, op. cit., p. 41: "By the political element of citizenship he meant the right to participate in the exercise of political power as a voter, or as an elected Member of Parliament or local authority."

¹²⁸⁰ *Ibid.*: "By civil citizenship he referred to the rights necessary for individual freedom –liberty of the person, freedom of speech, thought and faith, the right to own property, and the right to justice or access to courts."

¹²⁸¹ BLACKBURN Robert. « Introduction : Citizenship Today », In *Rights of Citizenship*, London, Mansell Publishing Limited, 1993, 338 p., pp. 1-11, p. 1: l'auteur précise même que pour les élections générales de 1992 tous les partis politiques se sont présentés avec des programmes dont un des objectifs était de renforcer la qualité de la citoyenneté et les droits des citoyens.

¹²⁸² DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La citoyenneté au Royaume-Uni ou la recherche d'une valeur inexplorée », op. cit.

¹²⁸³ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 507: selon l'auteur, ces raisons sont d'une part que les citoyens britanniques n'ont pas tous la même nationalité et d'autre part que « *la citoyenneté est la manifestation d'une identité culturelle et d'une histoire commune.* ».

personnes issues de l'élection) à un mandat électif issu du suffrage universel, exerçant des fonctions législatives ou exécutives au sein du Parlement, du gouvernement, de l'administration et qui ne sont pas contraints par les exigences procédurales propres aux juridictions (impartialité, indépendance). Eux aussi, interviennent dans la justice constitutionnelle grâce à une multitude d'outils, dont font partie : la prise de parole lors d'un débat parlementaire, l'adoption d'une loi, l'application d'une convention de la Constitution, la participation aux travaux d'une commission parlementaire ou extra parlementaire. Dans tous les cas, les représentants sont aussi des acteurs de la démocratie constitutionnelle, en témoigne la forte intervention du législateur pour venir protéger des droits ou lutter contre les discriminations. Le Parlement de Westminster, en votant ces lois protectrices, rappelle qu'il n'incarne pas seulement une démocratie procédurale, incarnée par l'élection et le principe de majorité, mais également une démocratie dans laquelle son action repose sur la volonté d'assurer une protection des droits des citoyens.

942. L'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens et les représentants recouvre deux types d'actes : ceux relatifs à l'élaboration de la constitution ; et ceux qui concernent l'application, l'adaptation, l'interprétation et la protection quotidiennes d'une constitution et d'un ordre constitutionnel déjà existants. Ils interviennent alors principalement à travers l'opération de concrétisation des règles constitutionnelles, mission qui est au cœur de la justice constitutionnelle. Selon qu'il s'agit des citoyens ou des représentants, le terme de concrétisation aura des implications juridiques différentes.

943. Les interventions des citoyens et des représentants dans la justice constitutionnelle sont nécessaires en ce qu'elles sont des implications logiques de la nature libérale et démocratique de l'ordre constitutionnel britannique. D'un point de vue démocratique, les réalités des interventions des citoyens et des représentants révèlent l'état de la démocratie au Royaume-Uni. Il semble ainsi que la logique représentative domine encore la démocratie britannique, et cela en dépit de la présence de mécanismes de démocratie participative ou délibérative destinés à accorder plus de poids aux citoyens dans la prise de décision politique.

944. Ainsi ces interventions sont nécessaires mais inégales, si les représentants exercent un rôle prépondérant dans la justice constitutionnelle dans le cadre du rapport de force qui les unit au juge ; le citoyen exerce, lui, davantage un rôle d'influenceur. Contrairement aux juges ou aux représentants, le citoyen ne prend que rarement de décisions constitutionnelles et ne semble pas disposer de mécanismes suffisants pour activer et engager, à lui seul, la

responsabilité constitutionnelle des représentants. Cette faiblesse du peuple dans la justice constitutionnelle (Titre I) est révélatrice de la crise que traverse la démocratie au Royaume-Uni mais aussi l'Occident. Comme le rappelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2010, « *l'un des paradoxes de la démocratie moderne est qu'il n'y a jamais eu autant d'hommes vivant en démocratie qu'à notre époque, mais qu'ils n'ont jamais été autant déçus par la qualité de la démocratie dans laquelle ils vivent et dont ils font l'expérience au quotidien.* »¹²⁸⁴.

945. Les représentants, eux, apparaissent comme des acteurs puissants de la justice constitutionnelle, forts des prérogatives qu'ils tirent de la suprématie du Parlement et d'une démocratie qui demeure avant tout représentative (Titre II).

¹²⁸⁴« La démocratie en Europe : crises et perspectives », *Assemblée parlementaire – Conseil de l'Europe*, 2010, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100601_Democracy_f.pdf.

TITRE I : LA FAIBLESSE DU PEUPLE DANS LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

946. Le peuple, dans son acception démocratique, est un acteur relativement récent de la justice constitutionnelle britannique. Son ancrage réel dans cette dernière s'est fait avec la démocratisation du régime politique britannique, amorcée au début du XX^{ème} siècle. Bien plus, et pour essayer de répondre aux insuffisances de l'expression électorale classique, des outils de démocratie participative et délibérative (référendum, consultations, pétitions) ont émergés à partir des années 1990 et la montée en puissance du *New Labour*¹²⁸⁵. En 2013, Iris Nguyên-Duy constatait même que le concept de « peuple » n'avait jamais été aussi présent dans la société politique britannique¹²⁸⁶.

947. L'intervention du peuple dans la justice constitutionnelle suit les deux caractéristiques fondamentales reconnues au citoyen dans un cadre démocratique : l'autonomie et l'égalité politique¹²⁸⁷. Alors que la première renvoie à la possibilité reconnue au citoyen, sur la base de ses convictions et de ses préférences, d'influencer la prise de décision collective¹²⁸⁸,

¹²⁸⁵ JOHNSON Carolina. "Local Civic Participation and Democratic Legitimacy: Evidence from England and Wales", *Political studies*, 2015, vol. 63, pp. 765-792, p. 765 : "In response to concerns about a 'democratic deficit' in developed democracies since the 1990s, policy advocates and government officials have been working to increase opportunities for direct public engagement in decision making (Norris, 2011). Greater public engagement is believed to have diverse benefits, including greater policy efficiency and effectiveness, accountability, social capital, and the development of citizens' skills and 'democratic revitalization' (Brodie et al., 2009; Creasy, 2007; Smith, 2009). The impact of this global trend has been evident in Britain, particularly after the rise of New Labour in the 1990s".

¹²⁸⁶ NGUYÊN-DUY Iris. "Sovereignty and Europe- A British Perspective", *Centre international de formation européenne, l'Europe en formation*, 2013, vol. 2, n° 368, pp. 79-96, p. 93 : "The concept of 'people' seems to be more present than ever, with the increased use of national and local referendums, public consultations during the preparation of constitutional reforms (especially with Tony Blair and Gordon Brown), and now with the referendum locks and the in-out referendum promised by the current Prime minister. The British government seems to be (re)discovering the 'people'".

¹²⁸⁷ ROSENBERG Shawn. "An Introduction: Theoretical Perspectives and Empirical Research on Deliberative Democracy", In *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?*, edited by Shawn W. Rosenberg, California, Palgrave Macmillan, 2007, 328 p., pp 1-22, p. 5:

¹²⁸⁸ *Ibid.*: "The individual as citizen is conceived accordingly, that is as a self-directing actor who orients his/her initiatives in the political arena so as to realise his/her interests. Building on this conception of the citizen, autonomy is defined as the ability to freely affect collective decisions in a manner consistent with the pursuit of one's preferences."

la seconde renvoie à la nécessité de reconnaître à tous et à toutes « *la même opportunité de poursuivre librement leurs intérêts dans le domaine collectif, politique* »¹²⁸⁹.

948. Ainsi, le peuple peut intervenir dans la justice constitutionnelle de deux façons. Une partie du peuple peut, en premier lieu, s'exprimer constitutionnellement par le droit de vote dans le cadre d'élections générales ou de référendums. L'hypothèse du vote citoyen pour refonder l'ordre constitutionnel par un acte constituant populaire -c'est-à-dire par l'établissement populaire d'un document constitutionnel fondateur- a été également envisagée. Le peuple, ici appelé « peuple électoral », intervient ainsi dans la justice constitutionnelle britannique, même si cette intervention présente des faiblesses et témoigne de la puissance des représentants dans la justice constitutionnelle (Chapitre I).

949. Le citoyen peut aussi s'exprimer constitutionnellement en dehors du contexte électoral. Dans une démocratie, le peuple n'existe pas que sous une forme de « peuple électoral ». Comme l'affirme Pierre Rosenvallon, « *La démocratie repose (...) sur une sorte de fiction, la fiction que la majorité représenterait toute la société. Ce qui n'est pas le cas.* »¹²⁹⁰. La société est donc appelée à exister en dehors du seul vote démocratique, de ce fait le peuple peut recevoir d'autres significations. L'exercice populaire de la justice constitutionnelle suit les différentes significations du mot « *peuple* ». À cette version « électorale » du peuple, coexiste au moins une autre, celle d'un peuple composé d'une pluralité de groupes, de minorités, d'individus dont les préoccupations sociales, économiques, politiques sont différentes. C'est ce que nous proposons d'appeler le peuple composite qui, lui aussi, intervient fragilement dans la justice constitutionnelle, dépendant du bon vouloir des représentants (Chapitre II).

¹²⁸⁹ *Ibid.*: “In complementary fashion, equality is defined as a social relationship in which individuals have equivalent opportunity to freely pursue their interests in this collective, political domain.”.

¹²⁹⁰ ROSENVALLON Pierre. « Penser le populisme », *La vie des idées*, 2011, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://laviedesidees.fr/Penser-le-populisme.html>.

Chapitre I : Les faiblesses du « *peuple électorat* » dans la justice constitutionnelle

950. Le peuple intervient dans la justice constitutionnelle à travers le vote. Le vote permet au citoyen de choisir ses représentants à la Chambre des Communes mais aussi de donner son opinion lors d'une consultation référendaire portant sur une problématique constitutionnelle d'ampleur. Le peuple qui s'exprime alors est le « peuple électorat ».

951. L'expression populaire permise par le vote ne concerne pas simplement le principe de majorité. En effet, le vote est un outil d'expression constitutionnelle même pour le citoyen qui ne voit pas son parti gagner aux élections, qui aura peut-être une place à la Chambre des Communes au sein de l'opposition et sera en mesure d'influer sur les mesures gouvernementales à implications constitutionnelles.

952. Dans le cadre des élections, le Parlement est ici l'organe qui permet l'expression constitutionnelle du peuple. Cette expression est une incarnation de la responsabilité constitutionnelle des élus, c'est-à-dire de la nécessité pour ces derniers de rendre des comptes de leur politique en étant renvoyés devant les électeurs. Le « peuple électorat » s'exprime également à travers le référendum. L'emploi répété de ce dernier par les représentants provient ici de leur responsabilité constitutionnelle qui les oblige à agir dans le sens d'une démocratisation du régime politique et qui les dissuade d'entreprendre certaines réformes constitutionnelles d'ampleur sans avoir le consentement du peuple. Si le référendum offre, depuis les années 1970-1990, au peuple une nouvelle fenêtre d'expression constitutionnelle et renforce sa participation à la justice constitutionnelle, l'intervention du peuple reste ici aussi très imparfaite. L'imperfection de l'intervention du peuple par le biais du Parlement ou du référendum révèle une donnée importante du système de justice constitutionnelle britannique, à savoir une trop grande dépendance des citoyens à la volonté des gouvernants (Section I).

953. L'exercice de la justice constitutionnelle par le « peuple électorat » peut néanmoins être renforcé, par l'élaboration d'une constitution écrite et codifiée. Cela a ainsi été envisagé à plusieurs reprises, notamment à la fin du XXème siècle. Les débats et questionnements relatifs à l'adoption d'une telle constitution pose alors la question du mode d'élaboration qui permettrait au peuple de rendre un jugement constitutionnel plus représentatif et contraignant. Il y a alors un appel à l'intervention du peuple, via la démocratie participative

et/ou délibérative, pour pallier aux imperfections de la démocratie représentative. Cet appel, bien que relayé par la littérature académique et politique, demeure hypothétique car sans répercussions pratiques (Section II).

Section I : L'exercice fragile de la justice constitutionnelle par le vote démocratique

954. L'intervention du « peuple électoral » dans la justice constitutionnelle britannique s'opère par deux moyens, relevant tous deux du vote démocratique, c'est-à-dire du vote au suffrage universel.

955. Dans le premier, le peuple intervient indirectement en élisant des députés sur le fondement d'un programme pouvant contenir des réformes constitutionnelles d'ampleur. La Chambre des Communes et donc le Parlement de Westminster œuvrent alors ici comme une assemblée constituante atypique qui ne représente cependant qu'imparfaitement la volonté du peuple (I).

956. Le deuxième moyen offre aux citoyens un rôle bien plus important dans la détermination de la réforme constitutionnelle, c'est le référendum constitutionnel constituant. Lui aussi est toutefois également marqué par cette imperfection de l'intervention du peuple dans l'exercice de la justice constitutionnelle et par la grande marge d'action des représentants (II).

I) La Chambre des Communes, un outil majeur mais imparfait d'expression constitutionnelle des électeurs

957. La Chambre des Communes et le gouvernement peuvent être vus comme des outils permettant aux citoyens d'exercer indirectement la justice constitutionnelle.

958. Les élections de la Chambre des Communes permettent au citoyen d'exprimer à travers son vote une vision constitutionnelle c'est-à-dire une interprétation de ce que l'ordre constitutionnel est ou de ce qu'il devrait être (A).

959. Si le Parlement de Westminster est un outil d'expression constitutionnelle des citoyens il est considérablement insatisfaisant, caractérisé par une marge d'action considérable des gouvernants (B).

A) La Chambre des Communes, outil d'expression constitutionnelle des électeurs

960. La Chambre des Communes figure parmi les outils permettant l'expression constitutionnelle des citoyens (ici des électeurs) pour deux raisons : une raison relative à la qualité de « *représentant* » des électeurs qu'elle a su conquérir (1) et une autre relative aux règles constitutionnelles qui lui donnent des outils pour affirmer sa supériorité (2).

1) La qualité de « représentant » de la Chambre des Communes, un canal d'expression constitutionnelle des électeurs

961. La Chambre des Communes peut être qualifiée d'assemblée législative et constituante souveraine (a), cela se vérifie fréquemment lors des élections générales (b).

a) La Chambre des Communes, une assemblée législative et constituante souveraine

962. La Chambre des Communes n'est devenue un « *représentant* » démocratique du peuple qu'avec la démocratisation du régime politique britannique, commencée en 1918¹²⁹¹ avec le *Representation of the People Act* et achevée en 1928 avec le *Representation of the People (Equal Franchise) Act*. De ces deux lois résultèrent l'extension du droit de franchise aux femmes et ainsi une métamorphose du rôle du Parlement de Westminster. Comme le rappelle Dawn Oliver, les XIX et XXème siècles ont vu éclore l'affirmation de la démocratie

¹²⁹¹ Lord IRVINE OF LAIRG. "Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America", *New York University Law Review*, 2001, vol. 76, n°1, pp. 1-22, p. 12: « *At the beginning of the twenty-first century, the British doctrine of parliamentary sovereignty rests on rather different foundations. In common with most British constitutional developments, the change was evolutionary rather than revolutionary. In particular, it was effected by gradual reform of the electoral franchise. Before 1832, the right to vote in general elections in the United Kingdom was based largely on property qualifications and extended to only five percent of the adult population. The passing of the "Great Reform Act" in 1832 precipitated a period of fundamental reform which lasted for a full century. Even by 1910, however, only twenty-eight percent of the total adult population enjoyed the right to vote. The most far-reaching changes occurred in 1918: Residency (as opposed to property entitlement) became the organizing principle, and, thanks to the sacrifices made by the 'suffragettes,' women over thirty years of age acquired voting rights.* ».

représentative au Royaume-Uni¹²⁹². Le Parlement -ou plutôt son élément dominant, la Chambre des Communes- est devenu représentant du peuple. Aujourd’hui, tout citoyen qui remplit les conditions prévues par la loi -avoir 18 ans le jour de l’élection (depuis l’adoption du *Representation of the People Act* en 1969), être un citoyen britannique, irlandais ou un ressortissant du *Commonwealth*, résider au Royaume-Uni (ou être un citoyen britannique vivant à l’étranger qui a été enregistré pour voter au Royaume-Uni au cours des 15 dernières années) et enfin ne peut pas être empêché de voter par la loi- peut voter aux élections générales¹²⁹³ et par ce biais s’exprimer constitutionnellement.

963. Ici la citoyenneté est étendue de manière beaucoup plus restreinte que dans cette étude. Dans le droit britannique, la qualité de citoyen est en effet directement attachée à celle de nationale : est citoyen celui ou celle qui a la nationalité britannique. Cette dernière peut s’acquérir de différentes manières, rappelées dans le *British Nationality Act* 1981¹²⁹⁴ ou encore dans le *Nationality Immigration and Asylum Act* 2002 qui vient modifier sur plusieurs points la loi de 1981.

964. En l’absence d’une constitution écrite, codifiée et rigide, et en raison du principe de souveraineté du Parlement, ce dernier a la mission d’adopter et d’adapter les règles constitutionnelles. Il est alors possible, selon nous, de qualifier la Chambre des Communes d’assemblée constituante « continue et irrégulière »¹²⁹⁵ dans la mesure où une de ses missions est bien d’élaborer (avec la Chambre des Lords) par le vote de la loi ordinaire la constitution,

¹²⁹² OLIVER Dawn. *Constitutional Reform in the UK*, *op. cit.*, p. 32: Un élément essentiel de la vision britannique d’une telle démocratie est le principe selon lequel la politique du pays doit être conduite par un gouvernement qui a la confiance et qui est responsable devant la Chambre qui est issue de la volonté des électeurs.

¹²⁹³ « UK Parliament », *The Electoral Commission*, [en ligne], [consultée le 05/03/2021], <https://www.electoralcommission.org.uk/i-am-a/voter/types-elections/uk-parliament>.

¹²⁹⁴ *British Nationality Act* 1981, section 1 – *Acquisition by birth or adoption*, section 2 – *Acquisition by descent*, section 3- *Acquisition by Registration : minors*, section 4- *Acquisition by registration: British overseas territories citizens etc.*, section 4A - *Acquisition by registration: further provision for British overseas territories citizens*, section 4B - *Acquisition by registration: certain persons without other citizenship*, section 4C. *Acquisition by registration: certain persons born between 1961 and 1983*, section 4D - *Acquisition by registration: children of members of the armed forces*.

¹²⁹⁵ La fonction constituante du Parlement ne provient néanmoins pas de sa qualité de représentant du peuple. Le Parlement avait exercé auparavant cette fonction constituante, à une époque où la démocratie n’était pas encore installée au Royaume-Uni. Voir HALEVI Ran. “La déconstitution de l’Ancien Régime – Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire”, *Jus Politicum* - n°3, *Autour de la notion de Constitution*, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html>. Le principe de suprématie du Parlement, comme l’affirme Ran Halévi, est alors issu d’un exercice du pouvoir constituant par le Parlement de Westminster en 1689 lors de la Glorieuse Révolution. C’est l’acte de naissance du principe de suprématie du Parlement qui par la suite, à l’aide de la pratique conjointe des juges, des institutions politiques non juridictionnelles et des citoyens, fera partie de la règle de reconnaissance telle que conçue par Hart. Pour l’auteur, cette Révolution constitue une des premières expériences du pouvoir constituant tel qu’on le connaît aujourd’hui. Elle fait partie, selon lui, de la « préhistoire du pouvoir constituant ».

ou une partie de la constitution. En outre, cette mission ne s'exerce pas dans un laps de temps déterminé dans la mesure où elle est appelée à s'exercer tant que le Parlement existe dans sa version actuelle : de ce fait, nous proposons de qualifier la Chambre des Communes d'assemblée constituante continue. Elle est aussi une assemblée constituante « *irrégulière* » car elle exerce cette mission constituante de manière fluctuante, dépendante des accomplissements électoraux, alternant entre des périodes de forte production constitutionnelle et d'autres marquées par sa quasi-absence.

965. La Chambre des Communes correspondrait au système des assemblées constituantes et législatives « *souveraines* », dans la mesure où les règles législatives et constitutionnelles qu'elles adoptent n'ont pas besoin de l'approbation du peuple. Comme le rappellent Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, parmi les « *modes démocratiques d'élaboration des constitutions* »¹²⁹⁶ figure « *l'élection d'une assemblée constituante* »¹²⁹⁷. Cette dernière peut alors prendre deux formes : celle d'une « *assemblée constituante ad hoc* » ou celle d'une « *assemblée constituante et législative* »¹²⁹⁸. Dans le premier cas, il s'agit « *d'une assemblée spécialement convoquée en vue de cette mission, à l'exclusion de toute autre* »¹²⁹⁹. Dans le second cas (qui s'applique ici), l'assemblée a non seulement la mission de rédiger la constitution mais aussi de voter les lois ordinaires¹³⁰⁰. Le citoyen vote, tout en ayant conscience que l'organe pour lequel il vote est celui qui participe à l'adoption des règles constitutionnelles et qui peut même être prépondérant. Ainsi, le vote permet au citoyen de s'exprimer constitutionnellement, d'exprimer sa vision de l'ordre constitutionnel tel qu'il est et/ou tel qu'il devrait évoluer.

966. Cette idée de concevoir la Chambre des Communes comme un lieu d'expression constitutionnelle de l'électorat est également soulignée depuis longtemps par la doctrine britannique. Ainsi, John Austin, dans *The Province of Jurisprudence Determined* publié pour la première fois en 1832, affirme que la souveraineté ne réside pas dans l'alliance du monarque, des Lords et de la Chambre des Communes, mais plutôt dans celle unissant le monarque, les Lords et l'électorat. L'auteur fait de la Chambre basse, la fenêtre d'expression de l'électorat quand il affirme ainsi que « *les membres des Communes sont simplement des administrateurs*

¹²⁹⁶ GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 215.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 216.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ *Ibid.*

de l'organe par lequel ils sont élus »¹³⁰¹. Il y a un « *trust (...) tacite* »¹³⁰², qui unit l'électorat à la Chambre des Communes et qui soumet cette dernière au respect de l'engagement passé avec l'électorat et à l'obligation de ne pas contredire par ses actions les raisons et objectifs de sa désignation.

967. Pour John Stuart Mill aussi, l'assemblée législative est un reflet de l'électorat dans la mesure où elle ne sert pas seulement à exprimer « *l'opinion de la Nation* » mais aussi « *celle de tous les individus éminents que renferme le pays* ». C'est dans le propos de l'auteur que l'on comprend que tant un électeur votant pour le parti majoritaire que tant celui votant pour un autre parti peut voir en l'assemblée un moyen de s'exprimer et ainsi de s'exprimer constitutionnellement. En effet, dans une telle assemblée « *chaque citoyen peut être sûr de trouver quelqu'un qui expose son opinion, aussi bien ou mieux qu'il ne pourrait le faire lui-même, non pas exclusivement à des amis et des partisans, mais à des adversaires, de façon à lui faire subir l'épreuve de la controverse ennemie* »¹³⁰³.

968. Les écrits de Dicey, quant à eux, témoignent encore plus directement de l'importance des Communes pour l'expression constitutionnelle des citoyens. L'auteur, au gré d'une comparaison avec les États-Unis et la Suisse, affirmait que le « *souverain politique* », à savoir l'électorat, au Royaume-Uni disposait d'un moyen plus rapide que les électeurs américains et suisses de faire valoir leurs souhaits constitutionnels¹³⁰⁴. En effet, dans les deux pays concernés, le souverain politique ne peut faire valoir son souhait constitutionnel qu'en révisant la constitution par des procédures plus complexes à mettre en œuvre que celles requises pour l'adoption de la loi ordinaire. Au Royaume-Uni, contraste Dicey, « *le peuple d'Angleterre peut changer toute partie du droit de la Constitution avec une extrême rapidité* »¹³⁰⁵, par le

¹³⁰¹ AUSTIN John. *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray - Albermarle Street, 1832, 391 p., p. 241: "But, speaking accurately, the members of the commons' house are merely trustees for the body by which they are elected and appointed : and, consequently, the sovereignty always resides in the king and the peers, with the electoral body of the commons."

¹³⁰² *Ibid.* : "The trust imposed by the electoral body upon the body representing them in parliament, is tacit rather than express : it arises from the relation between the bodies as delegating and representing parties, rather than from oral or written instructions given by the former to the latter. But since it arises from that relation, the trust is general and vague. The representatives are merely bound, generally and vaguely, to abstain from any such exercise of the delegated sovereign powers as would tend to defeat the purposes for which they are elected and appointed."

¹³⁰³ MILL John Stuart. *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaume et Cie, 3^{ème} édition, 1877, 456 p., p 136.

¹³⁰⁴ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, *op. cit.*, p. 28, note de bas de page n°51: « *In this matter we may compare the constitutions of the United States, the Swiss Confederacy, and of the United Kingdom respectively. In each case the people of the country, or to speak more accurately the electorate, are politically sovereign.* »

¹³⁰⁵ *Ibid.*: « *As things now stand, the people of England can change any part of the law of the constitution with extreme rapidity. (...) The paradoxical and inaccurate assertion, therefore, that England is more democratically governed than either the United States or Switzerland, contains a certain element of truth; the*

biais de l'élection du Parlement qui, à l'aide de la procédure législative, pourra changer la constitution.

969. À l'époque contemporaine, le courant du constitutionnalisme politique fait également de la Chambre des Communes un moyen indirect d'expression constitutionnelle du peuple. Pour Ewing, le droit de vote est un outil essentiel de réalisation du *political constitutionalism*, fondé sur l'idée que la législature représentative est démocratique est le lieu ultime de résolution des conflits politiques de la société¹³⁰⁶. Pour certains auteurs comme Marco Goldoni, l'ordre constitutionnel britannique actuel (et ainsi le pouvoir constituant de la Chambre des Communes) est même préférable à un ordre constitutionnel issu d'une nouvelle assemblée constituante spécialement désignée. En effet, cette dernière établirait alors une constitution écrite rigide qui signerait la disparition des outils idéaux à la réalisation des désaccords raisonnables : le droit de vote et la règle de la majorité¹³⁰⁷. Le constitutionnalisme politique fait du Parlement une assemblée constituante continue et affirme ainsi que le « *mode parlementaire de conception du droit demeure le meilleur lieu pour le changement juridique et constitutionnel car il respecte l'égalité basique du jugement des citoyens* »¹³⁰⁸. Ce respect s'explique là aussi par l'élection démocratique selon le principe « *un homme une voix* » qui donne à chaque citoyen l'opportunité de voir son opinion représentée- et donc son opinion constitutionnelle-.

970. L'idée que la Chambre des Communes et son élection constituent des mécanismes d'expression constitutionnelle citoyenne n'est pas que théorique, elle a, selon nous, été mise en pratique à plusieurs reprises lors des élections générales.

immediate wishes of a decided majority of the electorate of the United Kingdom can be more rapidly carried into legal effect than can immediate wishes of a majority among the people either of America or of Switzerland.”.

¹³⁰⁶ EWING D. Keith. « The Resilience of the Political Constitution », *German Law journal*, 2013, vol. 14, n°12., p. 2120 : “*My understanding of a political constitution then is that it is not only about a preference for responsible and accountable government, but that it is also about a preference for a representative and sovereign legislature as the ultimate site of political struggle. This inevitably entails a role for law, though legal rules empowering a sovereign legislature do not exhaust that role in a political constitution. Law is a necessary source of the sovereignty of the people, in the sense that there must be some legal recognition of the right to vote and to take part in elections.*”.

¹³⁰⁷ GOLDONI Marco. “Political Constitutionalism and the Value of Constitution Making”, *Ratio juris*, 2014, vol. 27, n°3, pp. 387-408.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, p. 400: “*In light of these considerations, it is clear that political constitutionalists reject what is the logical premise of judicial review, that is, constitutional entrenchment, either for fundamental rights (Waldron 1993; Campbell, Ewing & Tomkins 2011) or for the constitutional structure. According to this perspective, the parliamentary style of lawmaking remains the best forum for legal and constitutional change because it respects the basic equality of citizens’ judgment, while other institutional practices (judicial review being the most criticized) do not because they claim to have superior moral or technical knowledge.*”.

b) *La mise en pratique de la mission constituante des Communes*

971. Voir dans l'élection de la Chambre des Communes un moyen pour les citoyens d'exercer la justice constitutionnelle ne semble pas particulièrement incohérent quand on regarde l'importance que les partis politique ont eue dans l'histoire constitutionnelle britannique. Au Royaume-Uni, les partis politiques ont depuis le XVIIème siècle avec l'apparition des *Whigs* et de *Tories* un rôle fondamental dans le régime politique britannique. Le parti travailliste fut ainsi un canal fondamental de participation des classes ouvrières à la prise de décision politique¹³⁰⁹. Le rôle de la Chambre des Communes dans la révision de la Constitution est d'autant plus important que la Constitution britannique traverse, depuis bientôt trois décennies, une période de transformation. Vernon Bogdanor parle ainsi d'une « *nouvelle constitution britannique* » venant remplacer une « *ancienne constitution* »¹³¹⁰. Les règles constitutionnelles, autrefois d'ordre essentiellement conventionnel, tacite et non écrit céderaient progressivement la place à des règles écrites, à des lois votées par le Parlement¹³¹¹. Le rôle que le peuple peut indirectement jouer dans la justice constitutionnelle via l'élection de la Chambre des Communes semble ainsi particulièrement d'actualité.

972. Plus spécifiquement, l'exemple des élections législatives de 1997 qui ont fait de Tony Blair le Premier Ministre montre le lien entre choix d'un gouvernement et choix d'un programme constituant. En effet, si comme Vernon Bogdanor on affirme que les réformes de Blair ont donné naissance à une « *nouvelle constitution britannique* »¹³¹², alors il est possible de défendre l'idée que le peuple (la majorité) en votant pour le programme du *Labour*, qui faisait de la réforme constitutionnelle une priorité, a en fait élu une chambre dont le but était de remplacer une ancienne constitution¹³¹³ ou d'instaurer une rupture dans le « *domaine constitutionnel préexistant* »¹³¹⁴. La dévolution par exemple a ainsi transformé la forme de

¹³⁰⁹ *Ibid.*

¹³¹⁰ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution, op. cit.*, p. 271: "The central theme of this book is that the constitutional reforms since 1997, together with Britain's membership of the European Union, have served to provide us with a new British constitution."

¹³¹¹ *Ibid.*: "The new constitution contrasts strikingly with the old in numerous respects. Perhaps the most obvious feature of the new constitution is that it is written down, embodied in statutes, while the old constitution was more heavily based on uncertain conventions, tacit understandings or intimations."

¹³¹² *Ibid.*, préface: « the last decade has seen radical changes in the way we are governed. Reforms such as the Human Rights Act and devolution have led to the replacement of one constitutional order by another. »

¹³¹³ New Labour. *New Labour: Because Britain Deserves Better*, 1997, [en ligne], [consultée le 13/05/2020], <http://www.labour-party.org.uk/manifestos/1997/1997-labour-manifesto.shtml>, voir les nombreuses réformes promises par le parti comme la réforme de la Chambre des Lords, la dévolution, l'incorporation de la CEDH, ou la création d'institutions locales comme le Maire de Londres.

¹³¹⁴ DÉCHAUX Raphaël. « L'unité formelle de la production constitutionnelle – Retour sur un (faux) paradoxe de la théorie constitutionnelle », *IX^e Congrès français de droit constitutionnel, AFDC*, Juin 2014, Lyon,

l'État britannique, passant d'un État unitaire à un État régional. Elle a aussi complexifié l'ordre juridique britannique en faisant apparaître des ordres juridiques autonomes. Le *Human Rights Act* 1998 a bouleversé le mode de protection des droits par son caractère écrit et codifié mais surtout par les prérogatives reconnues aux juges leur permettant d'influer encore davantage sur la volonté du Parlement.

973. Le programme des Libéraux lors des élections de 2010 témoigne également de l'opportunité du peuple d'œuvrer à la transformation de sa constitution par le biais électoral¹³¹⁵. En effet, ce programme avait une ambition constitutionnelle remarquable, avec notamment : l'idée d'une constitution élaborée par le peuple, le renforcement de la protection des données personnelles des citoyens, l'abolition et le remplacement de la Chambre des Lords par une seconde chambre élue ou encore l'introduction d'un mode de scrutin proportionnel. Bien plus, le programme de 2010 avait comme ambition de redistribuer le pouvoir en conférant davantage de pouvoirs aux citoyens. Un électeur, en optant pour ce programme aux élections législatives, avait ainsi clairement l'occasion de s'exprimer constitutionnellement, de prendre position sur les nécessités d'évolution de l'ordre constitutionnel, et ainsi d'exercer la justice constitutionnelle. Les programmes électoraux des travaillistes de 2015 et 2019 témoignaient également d'une volonté de réformer les institutions afin de les rendre plus démocratiques¹³¹⁶. L'ambition de ces programmes était telle, qu'ici encore le soutien apporté par une majorité d'électeurs aurait pu signifier un « *jugement* » d'ampleur de l'électorat sur l'ordre constitutionnel qui prévalait jusqu'alors.

974. L'importance de la Chambre des Communes pour l'expression constitutionnelle des électeurs ne s'explique pas uniquement par sa qualité de représentant élu, elle se comprend aussi au regard des règles constitutionnelles qui font d'elle un acteur puissant de la prise de décision constitutionnelle.

France. (hal-03159580) : « *L'idée, c'est que si chaque réforme modifie un (ou plusieurs) élément(s) du domaine constitutionnel, seul le pouvoir constituant peut changer un de ses éléments clés. Le critère déterminant pour identifier une révolution juridique porte donc sur les effets de la modification. Autrement dit, pour savoir si l'on est face à une révision ou à un acte constituant, l'existence d'une rupture matérielle d'un des éléments clés du domaine constitutionnel est déterminante.* ».

¹³¹⁵ Liberal Democrats. *Liberal Democrat Manifesto 2010*, 2010, 109 p.

¹³¹⁶ The Labour Party. *Britain can be better – The Labour Party Manifesto 2015*, 2015, 83 p.; The Labour Party. *It's Time For Real Change – The Labour Party Manifesto 2019*, 2019, 105 p.

2) *Un canal d'expression constitutionnelle citoyenne consolidé par l'ordre constitutionnel*

975. L'efficacité de la Chambre des Communes pour véhiculer l'expression constitutionnelle des électeurs s'explique par sa prééminence sur sa collègue aristocratique, la Chambre des Lords. La Chambre basse est, de ce fait, en mesure de faire triompher le choix exprimé par les électeurs. La Chambre des Communes dispose, en effet, de mécanismes pour l'emporter face à la Chambre des Lords, notamment quand la réforme considérée est une réforme constitutionnelle d'ampleur. Il s'agit ici des *Parliaments Act* de 1911 et 1949, et de la convention Salisbury.

976. En combinant ces éléments avec le principe de souveraineté du Parlement qui confère à ce dernier un domaine d'intervention considérable, les Communes disposent d'outils lui permettant d'être un représentant particulièrement efficace.

977. Le jeu des *Parliaments Act* de 1911 et 1949 permet aux Communes de présenter à la sanction royale un projet de loi qui, pourtant, fait l'objet de l'opposition de la Chambre des Lords. Ainsi, à partir de 1911 la Chambre des Lords perd son droit de veto sur les projets de loi, ce qui renforce la position institutionnelle des Communes. D'après la section 2(1) de la loi de 1911 telle que modifiée par la loi de 1949, un projet de loi peut être transmis au monarque pour recevoir la sanction royale quand il « *est adopté par la Chambre des Communes au cours de deux sessions successives (du même Parlement ou non),* » et quand il a « *été envoyé à la Chambre des Lords au moins un mois avant la fin de la session* », tout en étant « *rejeté par la Chambre des Lords au cours de chacune de ces sessions* »¹³¹⁷. 1911 est, en outre, une date intéressante pour l'affirmation de la supériorité des Communes sur les Lords dans la mesure où, elle correspondrait à la date d'expiration du rôle de défenseur de la Constitution joué par la Chambre aristocratique et ce, au détriment de sa collègue élue. Ce rôle est expliqué, selon Rivka Weill, par la théorie du Mandat. Selon cette dernière, les Lords auraient tenu un rôle de

¹³¹⁷ *Parliament Act 1911, section 2(1) : "If any Public Bill (other than a Money Bill or a Bill containing any provision to extend the maximum duration of Parliament beyond five years) is passed by the House of Commons [F]in two successive sessions] (whether of the same Parliament or not), and, having been sent up to the House of Lords at least one month before the end of the session, is rejected by the House of Lords in each of those sessions, that Bill shall, on its rejection [F]for the second time] by the House of Lords, unless the House of Commons direct to the contrary, be presented to His Majesty and become an Act of Parliament on the Royal Assent being signified thereto, notwithstanding that the House of Lords have not consented to the Bill: Provided that this provision shall not take effect unless [F]one year has elapsed] between the date of the second reading in the first of those sessions of the Bill in the House of Commons and the date on which it passes the House of Commons [F]in the second of these sessions.]"*

protecteur de règles constitutionnelles face aux Communes entre 1832 et 1911¹³¹⁸, et prend sa source dans la perte d'influence des Lords sur la composition des Communes amorcée par le *Great Reform Act 1832*¹³¹⁹. Ainsi, quand une réforme était proposée et votée à la Chambre basse, il lui arrivait d'être rejetée par la Chambre haute, la considérant contraire à la Constitution ; ce qui, à terme, menait à des élections par lesquelles les électeurs se prononçaient en fait pour ou contre la réforme. La Chambre des Lords était ainsi un outil d'expression électorale constitutionnelle du peuple, ce rôle ayant disparu, la Chambre basse est celle qui est le plus à même de permettre l'expression électorale constitutionnelle du peuple.

978. La convention Salisbury ordonne à la Chambre des Lords de s'abstenir de voter contre un projet du gouvernement qui figurait dans son programme politique approuvé par les électeurs. Cette Convention serait établie depuis 1945. Après la victoire du Parti travailliste aux élections générales de juillet 1945, ce parti dominait la Chambre des Communes alors que simultanément la Chambre des Lords était à majorité conservatrice¹³²⁰. Lors du débat à la Chambre des Lords qui a suivi le premier *King's Speech*, Viscount Cranbone a mis clairement en avant l'approche que la Chambre des Lords devait adopter. Elle devait s'incliner devant le Parti travailliste fraîchement élu, porteur d'un mandat de la part des électeurs, celui de mettre en œuvre le programme pour lequel il a été élu. Selon Viscount Cranbone, ce serait « *constitutionnellement mal* » de faire autrement¹³²¹. Ce point de vue a d'ailleurs été confirmé

¹³¹⁸ WEILL Rivka. "We the British People", *Public Law*, 2004, pp. 380- 406, p. 380: "This article argues that between 1832 and 1911 the British constitution operated under popular rather than parliamentary sovereignty. This British version of popular sovereignty model was part of the political rather than legal constitution."; p. 381: "This claim will be substantiated using both theory and history. Considering theory, we will present the British popular sovereignty theory; i.e. the British referendal or mandate theory. The British constitutional transformations of the nineteenth and early twentieth centuries followed a common pattern that was based on the popular sovereignty theory."

¹³¹⁹ *Ibid.*, p. 384 : "The division between the Houses became pronounced following the passage of the Great Reform Act in 1832. Until then, the two Houses functioned nearly as one, with relatively little distinct character to either. By influencing the composition of the House of Commons, the House of Lords indirectly controlled the Commons and the Lords fought against the enactment of the Great Reform Act in part to prevent losing this control. When the Act passed, the Lords realized that their indirect control of the Commons was in fact decreasing. The more they lost control of the Lower House, the more important their veto power became."

¹³²⁰ Joint Committee on Conventions. *Report*, session 2005- 2006, [En ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtconv/265/26502.htm>, par. 64: « Following the General Election in July 1945, the Labour Party had an overall majority of 156 in the House of Commons. In the House of Lords, however, there was an overwhelming Conservative majority. »

¹³²¹ *Ibid.*, par. 64: "During the Lords debate on the first King's Speech Viscount Cranborne explained the approach of the Conservative Opposition to this situation: 'Whatever our personal views, we should frankly recognise that these proposals were put before the country at the recent General Election and the people of this country, with full knowledge of these proposals, returned the Labour Party to power. The Government may, therefore, I think, fairly claim that they have a mandate to introduce these proposals. I believe it would be constitutionally wrong, when the country has so recently expressed its view, for this House to oppose proposals which have been definitely put before the electorate.'"

en 1999, par la baronesse Jay of Paddington dans le cadre d'une réponse à une question orale¹³²².

979. Lors d'un rapport émis en 2006, la Commission mixte sur les Conventions a livré son interprétation de ce qu'il estime être le sens actuel de la convention Salisbury. Elle affirme que cette dernière a évolué depuis 1945, et signifie trois choses¹³²³ : 1) qu'un projet de loi mettant en application le programme politique du gouvernement doit pouvoir bénéficier d'une seconde lecture ; 2) qu'un tel projet ne peut faire l'objet d'amendements « *torpilleurs* » (« *wrecking amendments* ») qui auraient pour conséquence d'altérer la volonté du gouvernement exprimée dans le programme politique ; et enfin 3) qu'un tel projet doit être renvoyé à la Chambre des Communes dans un délai raisonnable afin que cette dernière puisse avoir le temps d'étudier les possibles amendements proposés par la Chambre des Lords.

980. Cette présentation tripartite a été reprise par la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans un rapport rendu le 18 octobre 2017¹³²⁴. Dans ce rapport, elle rappelle que la raison d'être de la convention Salisbury est la nécessaire prééminence de la légitimité démocratique dont est revêtu par l'élection, le programme politique du gouvernement¹³²⁵. Ainsi, si un gouvernement se fait élire sur la base d'un programme politique contenant une réforme constitutionnelle d'ampleur, la Chambre des Lords se verra dans l'obligation politique de voter en sa faveur. Le jeu de la Convention permet ici au gouvernement et à la Chambre des Communes de faire passer la réforme constitutionnelle approuvée par les électeurs et donc permet à la Chambre de jouer son rôle d'assemblée constituante. La Convention permet donc de garantir un exercice citoyen indirect du pouvoir constituant, que le jugement constitutionnel exprimé lors des élections soit pris en compte.

981. En outre, le fait que la Chambre des Communes n'élabore pas toute la Constitution britannique (du fait de la coexistence des règles et principes jurisprudentiels ou

¹³²² *Ibid.*, par. 70: "On 15 December 1999 Baroness Jay of Paddington, Lord Privy Seal and Leader of the House of Lords, said in reply to a starred (oral) question '...the Salisbury/Addison convention has nothing to do with the strength of the parties in either House of Parliament and everything to do with the relationship between the two Houses.... it must remain the case that it would be constitutionally wrong, when the country has expressed its view, for this House to oppose proposals that have been definitely put before the electorate.'".

¹³²³ *Ibid.*, par. 99: "The Convention which has evolved is that: In the House of Lords: 1) A manifesto Bill is accorded a Second Reading; 2) A manifesto Bill is not subject to 'wrecking amendments' which change the Government's manifesto intention as proposed in the Bill; and 3) A manifesto Bill is passed and sent (or returned) to the House of Commons, so that they have the opportunity, in reasonable time, to consider the Bill or any amendments the Lords may wish to propose."

¹³²⁴ Select Committee on the Constitution. *The Salisbury-Addison Convention*, session 2017-2019, 5th report, 17 p., p. 2.

¹³²⁵ *Ibid.* p. 2: « *The Salisbury Convention refers specifically to policies which have been put before the electorate and voted on directly and as such are perceived to have a form of direct democracy legitimacy.* ».

encore des conventions de la Constitution) n'est pas une barrière infranchissable pour la qualifier d'assemblée « *constituante* ». En effet, même quand des assemblées constituantes sont mises en place pour un laps de temps déterminé avec comme objectif de rendre un document constitutionnel écrit et codifié, ce dernier ne saurait être exhaustif pour comprendre l'ordre constitutionnel d'un État. Certaines règles constitutionnelles seront non écrites et issues des organes de gouvernement et ne sont donc pas issues directement de la volonté du peuple.

982. C'est le cas du « *système de gouvernement* » tel que conçu par Armel le Divellec. Selon lui « *le système de gouvernement d'un pays n'est pas la simple résultante d'une application mécanique du droit de la constitution : non seulement ce dernier est évidemment trop lacunaire pour fournir des réponses à toutes les questions pratiques requises pour faire fonctionner le système mais de plus -et surtout- le système de gouvernement dépend de nombreuses conventions et pratiques (régulières ou ponctuelles), elles-mêmes dépendantes d'un grand nombre de faits politiques (résultat politique,..)* »¹³²⁶. L'auteur affirme alors que « *la constitution n'ordonne rien de bien précis aux acteurs (institutions et individus)* »¹³²⁷.

983. Tous ces éléments qui montrent explicitement le lien entre la Chambre des Communes et l'expression constitutionnelle citoyenne, ne doivent pas faire oublier les éléments qui font de cette Chambre basse un outil imparfait d'exercice populaire de la justice constitutionnelle.

B) La Chambre des Communes, un imparfait outil d'expression populaire

984. La Chambre n'est qu'un outil imparfait d'expression populaire. Les imperfections découlent à la fois des modalités de fonctionnement de la Chambre des Communes (1) et d'éléments extérieurs à la Chambre (2).

1) Les imperfections liées aux modalités de fonctionnement de la Chambre des Communes

¹³²⁶ LE DIVELLEC Armel. "L'ordre-cadre normative. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution", *Jus Politicum* - n°4, *Science du droit et démocratie*, 2010, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <http://juspoliticum.com/article/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de-quelques-theses-sur-la-notion-de-constitution-259.html>.

¹³²⁷ *Ibid.*

985. Dès le XVIII^{ème} siècle est dénoncée la trop grande liberté des représentants. Elle est vigoureusement montrée du doigt dans le *Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau : « *Le peuple anglais pense être libre ; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde.* »¹³²⁸.

986. À l'époque contemporaine, Olivier Beaud, insistant sur la nécessité de la sanction populaire pour garantir l'élaboration démocratique d'une constitution, rappelle le risque majeur de l'élection d'une assemblée constituante souveraine. Il affirme ainsi que « *la solution représentative, en matière constituante comme en matière législative, met le peuple 'souverain' à la merci de ses représentants.* »¹³²⁹. En effet, « *le peuple dépend de l'Assemblée constituante ou de n'importe quelle autre force politique qui a réussi à invoquer la qualité de représentants légitimes du peuple.* »¹³³⁰. Ces propos décrivent bien une première imperfection du Parlement de Westminster conçu comme outil d'expression constitutionnelle indirecte des citoyens. La liberté d'action des représentants fait que ces derniers ne sont déjà pas tenus de mettre en œuvre un programme politique sur lequel ils ont élus.

987. Cette marge d'action considérable des élus s'explique par le concept de mandat représentatif, en vertu duquel les élus ne sont pas liés, pendant l'exercice de leur mandat et dans l'adoption de la politique courante, à l'opinion des électeurs. L'intervention des citoyens dans l'exercice de la justice constitutionnelle via les représentants ne peut être qu'imparfaite dans la mesure où ces derniers vont ainsi exprimer une volonté qui insuffisamment contrôlée par le peuple. Le risque représenté par la grande liberté d'action des représentants était d'ailleurs soulignée par Marco Goldoni, qui rappelait que même si les représentants sont responsables devant les électeurs, les premiers conservent une importante autonomie en raison du mandat vague qui les relie aux citoyens¹³³¹.

¹³²⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*, Les classiques des sciences sociales, 1762, [en ligne], [consultée le 20/05/2020], http://classiques.ugac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf.

¹³²⁹ BEAUD Olivier. *La puissance de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, 1^{ère} édition, 512 p., pp. 284 285.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ GOLDONI Marco. "Two internal critiques of political constitutionalism", *International Journal of International Law*, 2012, vol. 10, n° 4, pp. 926-949, p. 941 : "This problem is aggravated by the fact that in the political constitutionalists' scheme representatives look like surrogates, rather than dynamic partners of the citizenry, who have the privilege of acting on a vague mandate obtained the day of their election, while bearing in mind that from time to time they have to be account-able to the electorate."

988. En plus de la liberté des représentants, les modalités de leur élection sont aussi déterminantes. Un mode de scrutin majoritaire sera sans doute moins à même de représenter fidèlement le découpage politique de la société qu'un mode de scrutin proportionnel. C'est le cas au Royaume-Uni. L'importance de la « *représentativité* » pour une meilleure effectivité de l'intervention du peuple dans l'exercice de la justice constitutionnelle apparaît particulièrement dans le système électoral britannique. En effet, le mode de scrutin actuel encourage le bipartisme et ce faisant empêche une expression fidèle des points de vue constitutionnels présents dans la société.

989. Ce scrutin est uninominal, majoritaire et à un tour. Il est « *majoritaire* » car il a pour effet d'attribuer « *le siège ou la liste de sièges à pourvoir au candidat où à la liste qui a la majorité requise.* »¹³³². C'est un scrutin « *à un tour* » où *first catch all* c'est-à-dire où « *le premier prend tout* »¹³³³, autrement dit « *celui qui est en tête obtient le siège ou toute la liste de sièges de la circonscription.* »¹³³⁴. Ainsi, les autres partis n'obtiennent aucune représentation dans le cadre d'une circonscription alors même qu'ils ont obtenu un nombre/pourcentage non négligeable de voix.

990. Dans cette perspective, les programmes défendus par les autres partis, qui contiennent aussi des idéaux et idées constitutionnels, n'ont que peu d'assise dans la représentation nationale. Or, permettre aux partis non majoritaires d'avoir davantage de représentants offre une chance à ces idées constitutionnelles différentes d'être défendues dans la délibération politique nationale. C'est ainsi que le scrutin proportionnel permettrait une meilleure expression constitutionnelle des citoyens. Ce type de scrutin est « *un scrutin de liste dans lequel les sièges sont attribués aux différents partis en proportion du nombre de voix qu'ils ont obtenu.* »¹³³⁵. Les citoyens ont été consulté sur ce point, mais ont rejeté le mode de scrutin proportionnel lors du référendum de 2011.

991. Beaucoup de réformes constitutionnelles ont, de plus, été décidées en cours de mandat par les différents gouvernements et n'étaient donc pas présentées dans les programmes politiques soumis aux souhaits de l'électorat. Rodney Brazier souligne ainsi la nature trop « *réactive* » de la réforme constitutionnelle au Royaume-Uni¹³³⁶. Cela signifie que, dans de

¹³³² COHENDET Marie-Anne. *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 120.

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ *Ibid.*

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 143.

¹³³⁶ BRAZIER Rodney. *Constitutional Reform - Reshaping the British Political System-*, Oxford, Oxford University Press, 3rd edition, 2008, 180 p., p. 15: "The earlier examination of the reasons why the Governments have been moved to set up inquiries revealed a major weakness in the present process of constitutional change,

nombreux cas, les gouvernements ne procèdent pas de manière réfléchie et préméditée à des réformes constitutionnelles mais plus de manière pragmatique. Ils changent la constitution car les circonstances politiques les y obligent. Ce faisant, les réformes constitutionnelles sont alors surtout le fait des représentants. Elle constitue, selon cet auteur, la « *faiblesse majeure* » du processus actuel de réforme constitutionnelle¹³³⁷.

992. En plus d'imperfections qui sont inhérentes au fonctionnement et aux modalités d'élection de la Chambre des Communes existent celles qui lui sont extérieures.

2) *Les imperfections extérieures à la Chambre des Communes*

993. En plus du mandat représentatif et du mode de scrutin, le fait que la Chambre des Lords tienne un rôle dans la confection de la loi et donc de la loi constitutionnelle nuit aussi à l'image du Parlement de Westminster en tant qu'assemblée constituante mandatée par le peuple. En effet, même si la Chambre des Communes dispose d'instruments pour faire valoir sa prééminence sur la Chambre des Lords, cette dernière joue toujours un rôle actif dans le processus législatif, et ainsi dans la partie de ce processus où s'exerce la justice constitutionnelle (celle relative au débat sur l'implication constitutionnelle d'un projet de loi ou sur les moyens à mettre en œuvre pour permettre la prise en compte d'un droit par la législation).

994. C'est d'ailleurs ce que rappela Lord Strathclyde, en 1999, peu de temps après l'adoption du *House of Lords Act*. Il rappela ainsi que si la Chambre n'avait nullement l'intention de changer le principe clé de la Convention Salisbury, à savoir que les Lords refusent de s'opposer à un projet du gouvernement approuvé lors des élections lors de la seconde lecture ou du vote des amendements, elle demeurerait une chambre dont le but était de prendre part activement au vote de la législation¹³³⁸. De ce fait, rien ne garantit que l'expression constitutionnelle des électeurs à travers l'élection de la Chambre des Communes (et indirectement d'un gouvernement) ne se trouve par la suite freinée par l'action des Lords.

namely, its reactive nature. (...) The tradition is to do nothing, unless the Government is forced into action, or wishes itself to implement some particular change."

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ Joint Committee on Conventions. *Report*, session 2005- 2006, *op.cit.*, par. 69: "*The Salisbury-Addison agreement in essence held that the House of Lords would not vote against manifesto items at Second Reading, nor would it introduce wrecking amendments to such programme Bills. The House of Lords is not suddenly going to change all that. It will always accept the primacy of the elected House. It will always accept that the Queen's Government must be carried on. But, equally, it should always insist on its right to scrutinise, amend and improve legislation.*"

995. Les *Parliament Acts* ne sont, en outre, que peu utilisés en pratique¹³³⁹, et sont inopérants pour certains types de projets de lois comme les *private bills*, les projets issus de la Chambre des Lords, les projets qui ont été envoyés à la Chambre des Lords moins d'un mois avant la fin de la session et enfin les projets qui ont pour effet de prolonger la vie d'un Parlement pour plus de 5 ans¹³⁴⁰.

996. La nature de la convention Salisbury peut constituer un frein à son application. Elle n'est alors pas à l'abri d'un consensus qui changerait et ferait naître une convention de substitution. Bien plus comme le rappelle le rapport de 2006, il semble ne pas y avoir de consensus sur la nature même de la règle Salisbury ou même sur sa pertinence. Pour certains, elle serait datée et ne ferait que retranscrire un moment de l'histoire britannique marqué par une nécessité de compromis entre le Parti travailliste et le Parti conservateur. Certains universitaires considèrent, comme Robert Bradzier, que cette règle ne s'applique plus aux temps actuels ; et d'autres comme Donald Shell, qu'elle n'est pas une convention de la Constitution.

997. La dévolution a également eu un impact sur la qualité de représentant de la Chambre des Communes. Vernon Bogdanor rappelait, à cet égard, que, du fait de la dévolution, le Parlement britannique n'est plus responsable de l'ensemble des affaires domestiques et internationales du Royaume-Uni¹³⁴¹. Il n'a ainsi pas le monopole de l'adoption de lois à implications constitutionnelles. Certaines matières relevant de la compétence des assemblées et gouvernements gallois, écossais et nord-irlandais, ce sont ces derniers qui seront, en la matière et si la convention Sewel n'est pas activée, les représentants des populations de ces différents territoires. Ainsi, la nature constituante des Communes est concurrencée par celle que peuvent revêtir les assemblées législatives écossaises, nord-irlandaises et galloises. Si leur rayon d'action est bien moindre à celui de Westminster, elles disposent quand même des capacités de mettre en œuvre des réformes constitutionnelles d'ampleur. Ainsi, le citoyen gallois, écossais ou nord-irlandais peut trouver une voie d'expression constitutionnelle dans l'élection de son assemblée législative régionale. Les conditions du droit de vote sont alors déterminées respectivement par la section 11 du *Scotland Act* 1998, la section 12 du *Government of Wales*

¹³³⁹ « The Parliament Acts », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://www.parliament.uk/about/how/laws/parliamentacts/> : « *The Parliament Acts, although rarely used, provide a way of solving disagreement between the Commons and the Lords.* ».

¹³⁴⁰ *Ibid.* : « *Bills not subject to the Parliament Acts: 1) Bills prolonging the length of a Parliament beyond five years; 2) Private Bills; 3) Bills sent up to the Lords less than a month before the end of a session; 4) Bills which start in the Lords.* ».

¹³⁴¹ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 114: « *Thus, Westminster is no longer a Parliament for the domestic and non-domestic affairs of the whole of the United Kingdom. It has been transformed into a parliament for England, a federal parliament for Scotland and Northern Ireland, and a parliament for primary legislation for Wales.* ».

Act 2006 et par la section 34 du *Northern Ireland Act 1998* ainsi que les dispositions du *Northern Ireland (Miscellaneous Provisions) Act 2014*. Les modes de scrutins sont quant à eux plus représentatifs que celui pour l'élection de Westminster : alors que l'Écosse et le Pays de Galles optent pour un système électoral mixte¹³⁴², l'assemblée nord-irlandaise est élue à un scrutin proportionnel¹³⁴³. Dans tous les cas, la condition d'électeur est déterminée également par des conditions d'âge, de non incapacité à voter ou encore de rattachement à une des citoyennetés britanniques¹³⁴⁴.

998. Les élections législatives écossaises de mai 2007 sont une illustration du rôle tenu par une assemblée législative dévolue dans l'expression constitutionnelle des électeurs. Cette élection a été vue comme historique dans la mesure où elle a permis la victoire inédite du Parti Nationaliste Écossais (avec 32% des voix), supplantant le Parti travailliste (avec 30,6% des voix). Or le Parti Nationaliste écossais proposait un programme aux implications constitutionnelles considérables tant son objectif affiché était d'œuvrer pour mettre en place l'indépendance de l'Écosse. « *Lors de la campagne, le SNP avait fait du référendum sur l'indépendance un argument.* ». Alex Salmond avait prévu la tenue d'un tel référendum pour 2010. Les électeurs en votant majoritairement pour ce parti ont voté en conscience pour un programme dont l'objectif était de mettre en place un acte constituant à l'échelle de l'Écosse et par répercussion à l'échelle du Royaume-Uni. Par le biais de ces élections, les citoyens écossais ont ainsi exercé la justice constitutionnelle et ont pris position sur l'ordre constitutionnel écossais et ses nécessités de changement. Le Parlement écossais issu des élections de 2007 est donc un Parlement doté d'une mission constituante d'envergure. Le 14 août 2007, soit cent jours après sa victoire aux élections, Alex Salmond a « *présenté son projet de référendum sur l'indépendance de l'Écosse et a invité les Écossais à participer à une 'discussion nationale' pour déterminer le degré d'autonomie dont le pays devrait disposer.* »¹³⁴⁵. Le projet d'Alex Salmond contenait 48 pages et proposait trois options aux écossais : « *le statu quo constitutionnel, une plus grande dévolution des pouvoirs du Parlement britannique vers le Parlement écossais ou l'indépendance pure et simple.* »¹³⁴⁶.

¹³⁴² ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 226.

¹³⁴³ "How do we elect MLAs?", *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], https://education.niassembly.gov.uk/post_16/how_do_we_elect_mlas.

¹³⁴⁴ "Types of election, referendums, and who can vote", *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://www.gov.uk/elections-in-the-uk/northern-ireland-assembly>.

¹³⁴⁵ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 520.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 520.

999. Les élections du 6 mai 2021 en Écosse témoignent également avec force des liens entre élections et exercice populaire de la justice constitutionnelle. En effet, en votant pour les partis indépendantistes –le *Scottish National Party* et les Verts- la majorité des citoyens écossais ont exercé la justice constitutionnelle. En choisissant de tels partis, cette même majorité s’est exprimée constitutionnellement, et a pris position en se prononçant pour une réforme de l’ordre constitutionnel écossais, allant dans le sens d’une séparation du Royaume-Uni. C’est d’ailleurs en se fondant sur cette expression constitutionnelle populaire fournie par cette élection, que la Première ministre Nicola Sturgeon a, peu de temps après l’annonce de la victoire, fait pression sur Boris Johnson en affirmant que refuser la tenue d’un deuxième référendum pour l’indépendance de l’Écosse reviendrait à entrer « *en opposition directe avec la volonté du peuple.* »¹³⁴⁷. L’issue de cette victoire électorale des indépendantistes est encore incertaine, néanmoins on voit en quoi elle constitue un frein à l’action du Parlement de Westminster. Elle peut, en cas d’organisation d’un nouveau référendum et d’une indépendance votée à la majorité, entraîner un affaiblissement du pouvoir d’édiction des normes de Westminster.

1000. Les élections du 6 mai 2021 ont également démontré le lien entre élection et justice constitutionnelle au Pays de Galles. Comme le rappelle Gareth Evans, les programmes politiques des différents partis élus au Senedd abordaient des problématiques constitutionnelles de premier choix parmi lesquelles : l’élargissement des pouvoirs du Senedd, l’accroissement de la dévolution dans les domaines de la justice et de la sécurité (*Welsh Labour*) ou encore l’organisation future d’un référendum pour l’indépendance du Pays de Galles (*Plaid Cymru*). L’électeur avait donc l’opportunité d’utiliser le vote démocratique pour s’exprimer constitutionnellement¹³⁴⁸.

1001. Enfin, le droit de vote demeure un outil potentiellement fragile d’expression constitutionnelle du peuple dans la mesure où sa réglementation semble dépendre uniquement du législateur (même si ce dernier reste encadré par sa responsabilité constitutionnelle). Comme l’a affirmé le juge dans la décision *Moohan* rendue par la Cour suprême en 2014, le *common law* n’a pas été développé « *de manière à reconnaître un droit de suffrage universel et égal*

¹³⁴⁷ « Victorieux, les indépendantistes écossais exigent un référendum sur l’indépendance », *Le Monde*, 8 mai 2021, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], https://www.lemonde.fr/international/article/2021/05/08/ecosse-les-independantistes-revendiquent-la-victoire-et-defient-boris-johnson_6079606_3210.html.

¹³⁴⁸ EVANS Gareth. “Gareth Evans: The Senedd Election and the Constitutional Prospects for Welsh Devolution”, *UK Constitutional Law Association*, 13th May 2021, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2021/05/13/gareth-evans-the-senedd-election-and-the-constitutional-prospects-for-welsh-devolution/>.

auquel toute dérogation doit être prévue par la loi et doit être proportionnée. »¹³⁴⁹. Le juge ne reconnaît pas la compétence du *common law* pour régler le droit de vote et simultanément affirme que le Parlement de Westminster est le seul apte à le faire¹³⁵⁰.

1002. L'élection de la Chambre des Communes constitue, nous l'avons vu, un premier outil important d'expression constitutionnelle citoyenne. Dans le cadre du vote démocratique, un autre a émergé et pris une importance accrue : le référendum.

II) L'importance accrue du référendum : une intervention citoyenne ancrée mais imparfaite

1003. Depuis les années 1970, le régime politique britannique connaît un usage important du référendum pour consulter le peuple sur des problématiques constitutionnelles majeures. L'emploi du référendum pour de telles questions apparaît alors consolidé (A).

1004. Cette consolidation n'enlève rien aux imperfections du référendum qui nuisent à la qualité de l'expression constitutionnelle populaire (B).

A) L'emploi consolidé du référendum pour des questions constitutionnelles majeures

1005. L'affirmation du référendum dans l'exercice de la justice constitutionnelle britannique passe d'abord par l'idée que ce mécanisme est perçu comme indispensable pour régler certaines questions constitutionnelles : celles relatives à l'organisation verticale du pouvoir (1). Un tel ancrage de la consultation référendaire a d'importantes répercussions sur l'ordre constitutionnel britannique (2).

¹³⁴⁹ *Moohan and another (Appellants) v. The Lord Advocate (Respondent)* [2014] UKSC 67, par. 34: "Like the courts below I do not think that the common law has been developed so as to recognise a right of universal and equal suffrage from which any derogation must be provided for by law and must be proportionate."

¹³⁵⁰ *Ibid.*, par. 34: "It has thus been our constitutional history that for centuries the right to vote has been derived from statute. The UK Parliament through its legislation has controlled and controls the modalities of the expression of democracy. It is not appropriate for the courts to develop the common law in order to supplement or override the statutory rules which determine our democratic franchise."

1) *Le référendum : un outil difficilement contournable pour certaines questions constitutionnelles*

1006. L'élection d'un gouvernement à la Chambre des Communes n'est pas le seul outil permettant aux citoyens d'exercer la justice constitutionnelle. Ils disposent également en effet du mécanisme du référendum. Pour voter à une consultation référendaire, le citoyen doit avoir le droit de vote, être inscrit sur les listes électorales, avoir au moins 18 ans, être un citoyen de Grande-Bretagne, d'Irlande ou du Commonwealth et résider au Royaume-Uni ou à Gibraltar¹³⁵¹. Ce procédé, pourtant étranger à la tradition britannique, s'est profondément ancré dans la pratique constitutionnelle et ce faisant semble devenir difficilement contournable pour les révisions constitutionnelles majeures (a). En effet, ces dernières décennies ont vu la multiplication du référendum pour solliciter l'expression constitutionnelle du peuple (b). Tout cela a contribué à la fortification de la place du peuple dans la justice constitutionnelle.

a) *Le référendum, outil difficilement contournable*

1007. L'emploi du référendum pour des changements constitutionnels d'importance a une base ancienne dans la doctrine, dans la pensée de Dicey, à propos de l'adoption du *Home Rule Bill*¹³⁵². Il s'agissait bien ici d'exercer le pouvoir constituant dans la mesure où cette loi, selon Dicey, contenait « *une Nouvelle Constitution pour le Royaume-Uni* »¹³⁵³. L'auteur appelait de ses vœux l'introduction du référendum pour les réformes constitutionnelles majeures¹³⁵⁴. Ce mécanisme était, selon lui, un moyen de contrôle des partis politiques pour les dirigeants, absolument conforme au principe démocratique¹³⁵⁵. Le référendum ne ferait que confirmer, selon Dicey, que l'adoption d'une loi dépend à l'origine du consentement de « *la nation représentée par les électeurs* »¹³⁵⁶. Un changement constitutionnel majeur a une

¹³⁵¹ "Types of election, referendums, and who can vote", *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://www.gov.uk/elections-in-the-uk/referendums>.

¹³⁵² DICEY Albert Venn. *A Leap in the dark or our new Constitution*, London, John Murray, Albemarle Street, 1893, 239 p.

¹³⁵³ *Ibid.*, p. 1 : "The Home Rule Bill contains a New Constitution Home for the whole United Kingdom."

¹³⁵⁴ *Ibid.*, p. 200 : « My conviction is that the introduction of the Referendum, in one shape or another in respect of large constitutional changes, would be a distinct benefit to the country. »

¹³⁵⁵ *Ibid.*, p. 200 : "It affords the one available check on the recklessness of party leaders; for the check is at once effective and in perfect conformity with democratic principle and sentiment."

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 199 : « (...) the institution of Referendum would simply mean the formal acknowledgement of the doctrine which lies at the basis of English democracy- that a law depends at bottom for its enactment on the assent of the nation as represented by electors. »

dimension constituante car il a pour conséquence d'entraîner une rupture juridique avec l'ordre préexistant. La pensée de Dicey ne sera néanmoins mise en pratique que bien plus tardivement. Comme le rappelle Vernon Bogdanor, dans un pays démuné de constitution écrite et codifiée, il est difficile de savoir dans quels cas un référendum doit être organisé¹³⁵⁷.

1008. Dans l'histoire britannique également, il est possible de repérer dès le XIX^{ème} siècle une pratique pouvant s'apparenter à un référendum constitutionnel à travers la théorie du Mandat. Entre le milieu du XIX^{ème} siècle et le début du XX^{ème} était présente l'idée que la Chambre des Lords intervenait en tant que gardienne de la Constitution en bloquant des initiatives du gouvernement et des Communes qu'elle considérait comme étant des « réformes constitutionnelles majeures ». Ces initiatives étaient alors renvoyées devant le peuple qui, en votant, approuvait ou non la réforme constitutionnelle¹³⁵⁸.

1009. Il faudra néanmoins attendre 1973 pour que le premier véritable référendum soit organisé. Depuis cette date, le référendum a été fréquemment utilisé. Pour Vernon Bogdanor, une pratique est établie selon laquelle le référendum est nécessaire pour des réformes qui emportent une nouvelle logique de répartition des pouvoirs, soit entre Westminster et le haut (L'UE par exemple) soit entre Westminster et le bas (la dévolution)¹³⁵⁹.

1010. De même, Frédérique Roux affirme que « *le recours de plus en plus fréquent pour chaque loi 'constitutionnelle' importante* »¹³⁶⁰ vient l'inscrire dans la coutume britannique. La Commission indépendante sur les référendums va même plus loin et affirme que des « *Conventions ont été établies quant à l'utilisation du référendum pour changer certaines matières constitutionnelles, et, où un référendum a été utilisé une fois, il devient*

¹³⁵⁷ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 186: "It may seem at first sight as if the lack of a codified constitution means that the precise role of the referendum must remain undefined. In a country without a codified constitution, it is difficult for there to be legal rules requiring a government to hold a referendum on a certain issue."

¹³⁵⁸ WEILL Rivka. "We the British People", op. cit., p. 381: "The British constitutional transformations of the nineteenth and early twentieth centuries followed a common pattern that was based on the popular sovereignty theory. First, the government or the House of Commons proposed constitutional change. Then the House of Lord blocked the initiative, claiming that it dealt with fundamental constitutional change and as such required the People's consent. This resistance generated an election fought over the proposal. The election functioned as a referendum and its results determined the fate of the reform. If the People authorised the proposal by returning its proponents to power, the House of Lords accepted the People's verdict and allowed the constitutional change to become law. Otherwise, the initiative failed."

¹³⁵⁹ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 188: "These precedents perhaps give rise to a doctrine or even perhaps to a convention of the constitution. The issues on which referendums have been held – the border poll in Northern Ireland, Europe, devolution- have been issues of territorial politics where, so it seemed, the party system did not work very effectively in resolving them. (...) They were all connected, in practice, if not in theory, with issues of sovereignty, with the scope of Parliament's power."

¹³⁶⁰ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 204.

souvent établi que le même mécanisme doive être utilisé encore »¹³⁶¹. Cette Commission va même jusqu'à conclure –même si elle nuance cette conclusion par la suite- que désormais le référendum fait partie intégrante de la partie non écrite de la Constitution britannique¹³⁶². Une convention de la Constitution est formée quand, selon Ivor Jennings, trois conditions sont réunies de manière cumulative : 1) d'abord il doit y avoir un ou des précédents, 2) ensuite les acteurs doivent se sentir liés par la règle, et 3) enfin la règle doit être justifiée par une raison légitime¹³⁶³. Il semble possible alors qu'au regard de ces trois éléments soit établie une convention de la Constitution obligeant à avoir recours au référendum quand une réforme constitutionnelle entraîne des modifications dans la répartition du pouvoir à l'intérieur de l'État britannique, ou entre ce dernier et l'échelon supranational.

1011. Bien plus, c'est également l'essor du référendum qui a conduit le législateur à intervenir. En matière de réglementation du référendum au Royaume-Uni, comme l'affirme le rapport rendu par la Commission électorale sur les référendums, il n'existait aucune règle générale relative à l'utilisation ou à la conduite des référendums au Royaume-Uni avant 2000. La volonté de juridiciser le référendum est ainsi récente. Il n'existait alors aucune législation qui était directement applicable aux référendums. À la place, les règles portant sur l'organisation des référendums étaient fixées au cas par cas dans les différentes lois qui les prévoyaient. Il n'y avait alors aucune approche globale relative à l'utilisation de cet outil démocratique. Cela va changer avec l'adoption du *Political Parties, Elections and Referendums Act* en 2000. Cette loi est fondamentale pour la réglementation du référendum dans le droit britannique. C'est elle qui dans, sa section 1, prévoit l'existence de la Commission électorale (*Electoral Commission*) dont une des missions –énumérées à la section 5- est, après la tenue de chaque référendum de « *préparer et publier (...) un rapport relatif à l'administration du*

¹³⁶¹ Independent Commission on Referendums. *Report of the Independent Commission on Referendums*, The Constitution Unit UCL, juillet 2018, 220 p., p.46: “*The circumstances in which referendums have been used in the UK have developed over time. Conventions have become established about the use of referendums to decide certain categories of constitutional matters, and, where a referendum has been used once, it often becomes established that this same mechanism should be used again.*”.

¹³⁶² *Ibid.*: « *As such, the use of referendums has by now become established as part of the UK's uncodified Constitution.*”

¹³⁶³ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 136: “*Thus, if a convention continues because it is desirable in the circumstances of the constitution, it must be created for the same reason. We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents, secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule?*”.

référendum. »¹³⁶⁴. C'est elle qui peut alors faire des recommandations sur les règles à fixer en ce qui concerne la tenue d'un référendum¹³⁶⁵.

1012. En plus d'intervenir pour réglementer davantage le référendum, le législateur a également témoigné de l'importance que revêt actuellement le référendum, en conditionnant la résolution de certaines questions évoquées dans les lois à la tenue préalable d'un référendum. C'était le cas par exemple dans l'*European Union Act* de 2011¹³⁶⁶ ou encore dans le *Scotland Act* 2016 et dans le *Wales Act* 2017¹³⁶⁷. Ces législations témoignent du caractère difficilement contournable du référendum pour le gouvernement et les parlementaires.

1013. L'emploi du référendum semble également ancré dans l'opinion publique. D'après une étude menée entre 2012 et 2018, reprise par le rapport précité émis par la Commission électorale sur le référendum, une majorité de sondés continuent d'être d'accord avec le principe de déterminer des questions majeures par le biais du référendum, même si cette majorité était néanmoins en baisse entre 2012 et 2018¹³⁶⁸. En effet, environ 74% des participants étaient pour l'utilisation du référendum pour le vote de lois majeures en 2012, contre environ

¹³⁶⁴ *Political Parties, Elections and Referendums Act* 2000, section 5: "The Commission shall, after - (a) each election to which this section applies, and (b) each referendum to which Part VII applies, prepare and publish (in such manner as the Commission may determine) a report on the administration of the election or referendum."

¹³⁶⁵ Selon la loi de 2000, la Commission électorale a alors les missions suivantes : évaluer l'intelligibilité d'une question voulant être posée au référendum et qui est proposée dans un projet de loi, enregistrer les participants autorisés qui veulent faire campagne, et s'assurer qu'ils se conforment avec les conditions posées par la déclaration et la notification. C'est à elle que revient la tâche de désigner les principaux militants dans chaque camp politique participant au référendum. La Commission électorale doit aussi veiller à ce que ces derniers aient accès à l'assistance nécessaire. C'est à elle qu'incombe la mission de surveiller les recettes et les dépenses et aussi de publier les déclarations de dépenses des différents participants autorisés. La Commission tient alors le rôle de « régulateur du financement des partis politiques ». Elle dispose à ce titre d'un pouvoir d'enquête et d'un pouvoir de sanction quand les règles relatives au financement des partis politiques sont enfreintes. La Commission sert également à assurer la conformité avec la déclaration des dons et des prêts, à conseiller les différents participants au référendum.

¹³⁶⁶ Voir sur cette loi MURKENS Jo. "The European Union Act 2011: A Failed Statute", *BIJ de Buren*, 2012, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], <https://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/jo-murkens/Documents/murkens.pdf>: "The EUA (unusually) contains referendum locks in sections 2, 3 and 6. Broad in scope, they create requirements for an Act of Parliament, majority support in a national post-legislative referendum, and a ministerial statement in the cases of ordinary treaty amendments in relation to TEU or TFEU (section 2 EUA) as well as certain amendments using the 'simplified revision procedure' (section 3 EUA) that extend the objectives, competences, or powers of the EU, or facilitate the decision-making procedures by removing the United Kingdom's veto right in the Council or the European Council.". Voir également GORDON Michael, DOUGAN Michael. "The United Kingdom's European Union Act 2011: 'who won the bloody war anyway?'" , *European Law Review*, 2012, pp. 3-30, p. 3. Dans cet article, l'auteur questionne la manière dont les référendums pouvaient être interprétés dans le futur, notamment au regard de la théorie de la manière et de la forme: "Thirdly, the difficult question of how far the 'referendum locks' provided for in the new Act are legally enforceable and, in particular, how far they might be considered binding upon future governments and Parliaments. A 'manner and form' understanding of the doctrine of parliamentary sovereignty suggests that those 'referendum locks' may well be legally binding, but they are far from constitutionally entrenched."

¹³⁶⁷ Voir Section II, Chapitre II, Titre II, Partie I.

¹³⁶⁸ Independent Commission on Referendums. *Report of the Independent Commission on Referendums*, *op. cit.*, p. 43.

55% en 2018¹³⁶⁹. Parmi ces pourcentages, il faut noter également une baisse de la part des participants qui sont « *totalemment d'accord* » avec l'usage du référendum : alors qu'elle représentait entre 25 et 30% des sondés en 2012, elle ne représente que 23% en 2018¹³⁷⁰.

1014. Tous ces chiffres montrent que le référendum demeure, malgré les affaiblissements du soutien populaire exprimés par les données précédemment exposées, un instrument jugé indispensable par les citoyens lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions fondamentales et donc constitutionnelles. C'est d'ailleurs la conclusion que tire la Commission électorale sur les référendums dans son rapport, quand elle affirme que les études existantes relatives à l'attitude de l'opinion publique britannique sur le référendum témoignent d'un « *large support public pour organiser des référendums sur certains sujets, et particulièrement sur ceux relatifs à des questions constitutionnelles (et peut-être morales)* »¹³⁷¹.

1015. Le fait que le référendum soit perçu comme un mécanisme de prise de décision difficilement contournable, s'observe par l'importante utilisation qui en a été faite depuis les années 1970.

b) L'importante utilisation du référendum

1016. Beaucoup de référendums ont en effet concerné une problématique de transferts de pouvoirs : le référendum du 8 mars 1973 sur le choix entre l'appartenance de l'Irlande du Nord à la République d'Irlande ou son maintien dans le Royaume-Uni ; celui du 5 juin 1975 sur le maintien dans les Communautés Européennes, les référendums gallois et écossais du 1^{er} mars 1979 sur la mise en œuvre du *Scotland Act* 1978 et du *Wales Act* 1978 proposant la mise en place d'assemblées locales, les référendums du 11 et 18 septembre 1997 sur la dévolution et la mise en place de Parlements gallois et écossais ; le référendum du 22 mai 1998 sur la mise

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Independent Commission on Referendums. *Report of the Independent Commission on Referendums*, *op. cit.*, p. 46, par. 5: « *Evidence on UK public's attitudes towards referendums is relatively limited. That which exists suggests that at first sight there is broad public support for holding referendums on some topics, particularly those relating to constitutional (and perhaps moral) questions.* ».

en œuvre de l'accord du Vendredi Saint ; celui du 4 novembre 2004 sur l'établissement d'une assemblée élue pour la région Nord Est de l'Angleterre ; le référendum du 3 mars 2011 sur les pouvoirs législatifs de l'Assemblée galloise et enfin ceux du 18 septembre 2014 et du 23 juin 2016 sur l'indépendance de l'Écosse et le maintien dans l'UE¹³⁷². D'autres référendums, plus éloignés de la problématique de la répartition verticale des pouvoirs comme celui du 5 mai 2011 sur le mode de scrutin pour les élections de la Chambre des Communes, ont été organisés mais cela ne fait néanmoins pas obstacle à la formation de la convention de la Constitution évoquée ici.

1017. Les référendums qui ont marqué des moments constitutifs sont surtout les référendums de 1975, 1998, 2014 et 2016 ; leur répercussion réelle ou suggérée est importante tant sur l'ordre juridique britannique que sur l'organisation institutionnelle et les modalités de distribution verticale des pouvoirs au Royaume-Uni.

1018. Le référendum du 14 septembre 2014 sur l'indépendance de l'Écosse¹³⁷³ a été un premier exemple d'exercice citoyen de la justice constitutionnelle par référendum. Pour les citoyens écossais, un tel vote impliquait entre autres une prise de position sur l'ordre constitutionnel écossais et sur l'ordre constitutionnel britannique. Un tel référendum supposait de se demander si l'ordre constitutionnel écossais pouvait se concevoir de manière isolée de l'ordre constitutionnel britannique. En cas de sortie de l'Écosse, cette dernière fonctionnerait alors selon un ordre juridique indépendant de celui émanant de Westminster¹³⁷⁴. La question posée lors de ce référendum était ainsi celle de l'existence d'une « nation »¹³⁷⁵ écossaise. Bien plus, comme l'observe Matt Qvortrup, le référendum sur l'indépendance de l'Écosse a

¹³⁷² QVORTRUP Matt. *A Tale of Two Referendums. Elite Manipulation or Civic Engagement?*, The Constitution Society, 2015, 40 p.

¹³⁷³ BARBER Nick. "Nick Barber: After the Vote", *UK Constitutional Law Association*, 14th January 2014, [en ligne], [consultée le 14 février 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/14/nick-barber-after-the-vote/>. Pour un historique du référendum et des événements qui l'ont précédé voir. CAMP-PIETRAIN Edwige. «Le référendum d'autodétermination en Écosse ». *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, vol. 2, n° 94, pp. 259-267. ELLIOTT Mark. "Mark Elliott: Scotland has voted 'no': What next for the UK Constitution?", *UK Constitutional Law Association*, 19th septembre 2014, [en ligne] [consultée le 19 septembre 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/09/19/mark-elliott-scotland-has-voted-no-what-next-for-the-ukconstitution/>.

¹³⁷⁴ MC HARG Aileen. « Aileen McHarg: A Tale of Two Constitutions? » *UK Constitutional Law Association*, 17th December 2013, [en ligne], [consultée le 22 janvier 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/17/aileen-mcharg-a-tale-of-two-constitutions/>. Pour une contribution relative aux répercussions d'une hypothétique indépendance de l'Écosse sur l'ordre constitutionnel britannique voir. KIRTON-DARLING Edward. "Edward Kirton-Darling: Missing: political genius. If found, please return to the British People, care of Palace of Westminster, SW1A", *UK Constitutional Law Association*, 28th June 2014, [en ligne], [consulté le 30 juin 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/06/28/edward-kirton-darling-missing-political-genius-if-found-please-return-to-the-british-people-care-of-palace-of-westminster-sw1a/>.

¹³⁷⁵ QVORTRUP Matt. *A Tale of Two Referendums. Elite Manipulation or Civic Engagement?*, op. cit., p. 36: "The Scottish on the 18th of September 2014 was arguably the most important poll in British history; it concerned the very existence of the nation."

réellement permis aux citoyens de s'exprimer constitutionnellement¹³⁷⁶, non pas seulement de manière isolée dans les urnes, mais aussi et surtout dans le cadre d'un débat qui a profondément habité la société civile. Cette consultation référendaire a ainsi montré, selon l'auteur, le potentiel maximal d'un référendum : celui d'un instrument permettant la participation civique selon des modalités délibératives¹³⁷⁷.

1019. Le référendum sur le *Brexit* du 23 juin 2016 est aussi un exemple d'exercice du pouvoir constituant par les citoyens. Il illustre aussi bien la présence imparfaite du peuple dans la mise en application de ce pouvoir. Denis Baranger affirme bien la pertinence de la notion de pouvoir constituant pour analyser le *Brexit*¹³⁷⁸ et le qualifie de « *décision constitutionnelle* » mais dans un sens différent que celui proposé par Carl Schmitt¹³⁷⁹. Cette opération référendaire tient également sa dimension constituante en ce qu'elle présente des influences majeures pour l'ordre constitutionnel britannique. Elle a des répercussions tant sur l'ordre juridique britannique que sur l'organisation verticale des pouvoirs et implique donc que les citoyens fassent connaître leur interprétation de l'ordre constitutionnel et de ce qu'il doit être. Il faut rappeler ainsi, comme le fait Alexandre Guigue¹³⁸⁰, qu'avec l'adoption de l'*European Communities Act* de 1972, le droit des Communautés européennes se voient reconnaître une valeur juridique dans le droit interne britannique et cela que ce droit ait été adopté avant ou

¹³⁷⁶ En cas de victoire du «oui» à ce referendum, un exercice supplémentaire –et de taille de la justice constitutionnelle écossaise– était prévu, l'élaboration d'une constitution écrite, et ce après les élections législatives de 2016. Voir sur cette question TIERNEY Stephen. « Stephen Tierney: Constituting Scotland: A Retreat from politics ? », *UK Constitutional Law group*, 08th April 2014, [en ligne], [consultée le 09 avril 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/04/08/stephen-tierney-constituting-scotland-a-retreat-from-politics/>; TIERNEY Stephen. « Stephen Tierney: The Scottish Constitution After Independence », *UK Constitutional Law Association*, 02nd December 2013, [en ligne], [consultée le 22 janvier 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/02/stephen-tierney-the-scottish-constitution-after-independence/>: «According to the Scottish Government White Paper issued this week, Scotland's Future, an independent Scotland will have a new written constitution (this repeats the commitment contained in the Scottish Government's earlier White Paper of March). The intention is to replace Westminster parliamentary supremacy with the 'sovereignty of the people of Scotland' since, the Government claims, popular sovereignty has historically been 'the central principle in the Scottish constitutional tradition.' ».

¹³⁷⁷ QVORTRUP Matt. *A Tale of Two Referendums. Elite Manipulation or Civic Engagement?*, op. cit., p. 39 : «On the contrary the longer and much more deliberative referendum on Scottish independence was almost a model of civic engagement in which hitherto disengaged citizens took an active part in politics and voted in massive numbers. The latter represented the 'best of all times' in terms of referendums.» Sur la question plus générale des fondements juridiques permettant au Parlement écossais d'organiser un referendum d'indépendance voir QVORTRUP M. « The Referendum challenge to Constitutional Sovereignty: the case of Scotland », *Jus Politicum* n°9 - *Constitutions écrites dans l'Histoire*, février 2013, [en ligne], [consultée le 10 décembre 2013], <http://www.juspoliticum.com/The-Referendum-Challenge-to.html?artpage=8-8>.

¹³⁷⁸ BARANGER Denis. « Brexit as a Constitutional Decision : An Interpretation », *Jus Politicum* - n°21, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit*, 2018, [en ligne], [consultée le 15/02/2021], <http://juspoliticum.com/numero/La-jurisprudence-du-Conseil-Constitutionnel-et-les-differentes-branches-du-droit-numero-20-21-73.html>.

¹³⁷⁹ *Ibid.* : «In a first part, I will make the claim that the idea of constituent power is helpful in order to make sense of Brexit which, in my view, amounts to a constitutional decision in a (modified) Schmittian sense.»

¹³⁸⁰ GUIGUE Alexandre. « Le Brexit: une question de droit constitutionnel », *Revue Québécoise de droit international*, 2018, vol. 2-1, pp. 165-180.

après l'adoption de la loi de 1972. L'idée défendue était qu'en faisant primer le droit de l'UE sur le droit interne, le juge ne faisait que mettre en application la volonté du Parlement exprimée dans la loi de 1972.

1020. Le référendum est ainsi perçu comme un outil dont on peut difficilement se passer pour les réformes constitutionnelles d'ampleur. Cela se vérifie tant par les propos de la doctrine et d'institutions que par la réalité pratique de l'usage qui en a été fait. Ce succès du référendum est à la source de réels bouleversements de l'ordre constitutionnel britannique.

2) *Le succès du référendum : les bouleversements de l'ordre constitutionnel britannique*

1021. L'emploi répété du référendum pour réviser des aspects fondamentaux du droit constitutionnel britannique appelle à une remise en cause du caractère dit « souple » de la Constitution britannique. Le référendum peut alors être analysé comme un instrument de rigidification de cette dernière ; il est considéré par les représentants comme devant être employé pour des questions constitutionnelles majeures. Dicey, défenseur d'une vision absolue et illimitée de la souveraineté juridique du Parlement, reconnaissait lui-même qu'une loi votée à l'issue d'un référendum était plus difficile à modifier qu'une loi votée par le processus législatif ordinaire¹³⁸¹.

1022. Reprenant la pensée de Bruce Ackerman, la Constitution britannique s'ancrerait dans un régime de droit constitutionnel dualiste et non moniste¹³⁸². Dans le premier cas, la procédure de décision constitutionnelle est différente de celle employée pour l'adoption de la législation ordinaire, alors que dans le deuxième cas elles se confondent. Il serait alors possible d'affirmer que le processus de création de certaines règles constitutionnelles témoigne bien du caractère dualiste de la Constitution britannique, en ce qu'il nécessite la tenue d'une procédure spéciale axée sur le référendum..

1023. La Commission indépendante sur les référendums partage le même constat et affirme que les référendums britanniques qui ont rencontré le plus de succès ont été organisés pour fournir une rigidité à des réformes constitutionnelles, et permettent alors de compenser

¹³⁸¹ DICEY Albert Venn. *A Leap in the dark or our new Constitution*, op. cit., p. 200: "A second objection is that a Referendum renders any law which obtains the approval of the electors more difficult of alteration than an ordinary Act of Parliament. The allegation is true, (...)."

¹³⁸² ACKERMAN Bruce. « Constitutional Politics/Constitutional Law », *The Yale Law Journal*, 1989, vol. 99, n°3, pp. 453-547.

l'absence de constitution codifiée et rigide¹³⁸³. Le succès contemporain rencontré par le référendum permet alors de repenser la qualification de la nature de la Constitution britannique. En effet, si la Constitution britannique est souple ce n'est que partiellement, dans la mesure où certaines de ses composantes ne sont pas à la merci des procédures ordinaires et des seuls représentants. Elles exigent en effet l'emploi de procédures plus complexes que celles de l'adoption d'une loi ordinaire. Cela ne serait d'ailleurs pas nouveau selon Rivka Weill qui constatait la présence d'un tel phénomène entre 1832 et 1911¹³⁸⁴. Cela vient par ailleurs confirmer que le principe de souveraineté du Parlement ne peut être résumé à un pouvoir illimité et absolu de création des normes. L'exigence conjointe des volontés des gouvernants et des citoyens pour l'adoption de certaines lois constitutionnelles existe aussi dans des systèmes dotés de constitution écrite et rigide.

1024. Le référendum est une voie efficace d'expression constitutionnelle des citoyens dans la mesure où elle fait peser sur le gouvernement et le Parlement une forte contrainte politique. Selon Fabrice Pezet, il faut alors impérativement relativiser¹³⁸⁵ la différence entre les référendums « *purement consultatifs* » (*advisory referendums*) qui n'ont selon la loi qui les organisent aucune portée juridique, et les référendums « décisionnels » pour lesquels « *le Parlement de Westminster a expressément prévu quels seraient les changements à apporter la législation* »¹³⁸⁶. Même dans le cas d'un référendum « purement consultatif », « la portée politique du référendum produira des effets juridiques »¹³⁸⁷.

1025. Comme le rappelle Aurélien Antoine, en dépit des implications du principe de souveraineté du Parlement parmi lesquelles figure la liberté d'action des membres du Parlement au regard du choix exprimé par les électeurs; le Parlement et le gouvernement se sont sentis liés par les résultats du référendum sur le Brexit¹³⁸⁸. C'est ce qu'observait Vernon Bogdanor dans

¹³⁸³Independent Commission on Referendums. *Report of the Independent Commission on Referendums*, op. cit., p. 46, par. 3: "When referendums have been used most successfully in UK politics, it has been to legitimise and provide a degree of entrenchment for key decisions, in the absence of a codified constitution."

¹³⁸⁴WEILL Rivka. "We the British People", op. cit., pp. 380- 406.

¹³⁸⁵PEZET Fabrice. « 'Vox Populi, vox diaboli ?' La normalisation du référendum dans les régimes de souveraineté parlementaire après la décision Miller », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, vol. 2, n°114, pp. 419-472, p. 437: « *Juridiquement, il est vrai qu'existe une distinction formelle entre des référendums 'consultatifs' (...) et des référendums 'décisionnels' ou 'd'habilitation'. Politiquement, cette distinction doit être cependant relativisée en ce sens que la portée politique du référendum produira des effets juridiques.* ».

¹³⁸⁶*Ibid.*, p. 434 : Dans le cas d'un référendum décisionnel, « *la loi référendaire prend la forme d'une habilitation autorisant le gouvernement à modifier le cas échéant la loi au moyen d'une législation déléguée* ». « *Techniquement, le référendum décisionnel ne modifie pas directement la législation mais habilite le gouvernement à le faire, justifiant de le qualifier de référendum 'd'habilitation'.* ».

¹³⁸⁷*Ibid.*

¹³⁸⁸ANTOINE Aurélien. « Le Brexit et le droit constitutionnel britannique », *Revue du droit public*, 2017, n°2, pp. 261-280, p. 262: « *Le corps politique et les institutions ont accepté le résultat et ne comptent pas le remettre en cause. Le référendum, consultatif en théorie, est décisionnel en pratique.* ».

un article publié en 2019, dans le journal *Libération* : « *Pour la première fois dans l'histoire britannique, le Parlement est tenu de faire quelque chose qu'il ne souhaite pas faire. Environ 75 % des députés ont voté pour rester dans l'Union européenne, dont 56 % des députés conservateurs. Tout comme la vaste majorité des pairs de la Chambre des Lords et des membres du cabinet. Pourtant, on leur demande de mettre en œuvre le Brexit.* »¹³⁸⁹. Cela permet de confirmer l'idée que le Parlement n'a pas de capacité de création de normes absolue et illimitée, car même s'il est théoriquement libre de revenir sur les référendums consultatifs il ne le fait pas en pratique. La responsabilité constitutionnelle du Parlement le contraint à agir dans le sens de la protection du libéralisme politique et de la démocratie. Ce faisant, il se sentira contraint de confirmer l'expression constitutionnelle du peuple exprimée lors de la consultation référendaire, le jugement constitutionnel des citoyens a alors une grande autorité.

1026. Tout en entravant la vision diceyenne de la souveraineté du Parlement, le référendum a ainsi comme effet de transformer le visage de la démocratie britannique. Cette dernière se rapproche d'une démocratie semi-représentative. Pour Colm O'Conneide, l'usage répété du référendum contribue ainsi à affaiblir la mission constituante du Parlement de Westminster, spécifiquement de la Chambre des Communes¹³⁹⁰, cette mission serait ainsi concurrencée par une autre : la mission constituante du peuple à travers le référendum. Fabrice Pezet conclut à raison, que le référendum provoque une « *redéfinition de la place du Parlement* » qui voit son rôle concurrencé par celui du peuple. « *Le rôle du référendum témoigne plus généralement d'une remise en cause du Parlement comme source unique de la Loi. La souveraineté parlementaire laisse place à une souveraineté partagée : le Parlement n'est plus le seul organe intervenant dans le processus législatif car le Peuple participe à la décision politique par le biais du référendum.* »¹³⁹¹. De même John Stanton soulignait également les bienfaits du référendum pour la démocratie, et notait que cette dernière sortait renforcée du référendum sur l'indépendance de l'Écosse. En effet, ce dernier a bien fait du peuple, le décisionnaire ultime¹³⁹².

¹³⁸⁹ DELESALLE-STOLPER Sonia. «Vernon Bogdanor : 'Le Parlement est entravé par le peuple'», *Libération*, 2 avril 2019, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], https://www.liberation.fr/planete/2019/04/02/vernon-bogdanor-le-parlement-est-entrave-par-le-peuple_1719020/.

¹³⁹⁰ O'CONNOR Colm. op. cit., p. 261 : «The automatic equation between the Westminster Parliament and the pouvoir constituant is thus becoming problematised, a development also reflected in the increasing recourse to referendums in issues such as the reform of the voting system and deeper EU integration.»

¹³⁹¹ PEZET Fabrice. « 'Vox Populi, vox diaboli ?' La normalisation du référendum dans les régimes de souveraineté parlementaire après la décision Miller », *op. cit.*, p. 437.

¹³⁹² STANTON John. «John Stanton: Democracy and Scotland: Turning out for something special», *UK Constitutional Law Association*, 19th September 2014, [en ligne], [consultée le 19 septembre 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/09/19/john-stanton-democracy-and-scotland-turning-out-for-something->

1027. Il est possible d'affirmer que l'organisation de tels référendums découle ici aussi de la responsabilité constitutionnelle du Parlement, ce dernier se devant d'agir dans le sens de la préservation de la Constitution, il doit ainsi veiller à ce que son action aille dans le sens de sa composante démocratique, selon laquelle le droit est issu de l'électorat. En proposant l'organisation de référendums, les gouvernements et parlements agissent afin de faire en sorte que leur action soit davantage en adéquation avec la volonté des électeurs et ainsi afin de permettre que le droit soit encore plus directement issu de la volonté citoyenne¹³⁹³. De ce point de vue, la tenue des référendums s'explique par la crise de la démocratie représentative et par la difficulté des représentants à représenter fidèlement les électeurs.

1028. En dépit de l'importance accrue du référendum, et de ses répercussions sur l'ordre constitutionnel et sur les places respectives des parlementaires et du peuple dans la prise de décision constitutionnelle, la consultation référendaire demeure elle aussi entachée d'imperfections.

B) Les imperfections démocratiques du référendum

1029. Le référendum est néanmoins lui aussi un mécanisme imparfait dans lequel le peuple voit son expression constitutionnelle bien trop entravée. Le référendum au Royaume-Uni ne peut être déclenché que si le Parlement de Westminster, c'est-à-dire le gouvernement et les deux Chambres, le décident ainsi. Les citoyens n'ont aucun droit d'initiative, ils ne peuvent émettre leur jugement constitutionnel que si les gouvernants (le gouvernement et le Parlement) les invitent à le faire. Cela s'explique notamment par le principe de suprématie du Parlement qui demeure un des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel britannique. En outre, les réformes législatives opérées relatives à l'utilisation du référendum mentionnées au chapitre

[special](#): “There is, however, already one clear winner – democracy. This important question of constitutional significance was left to the people of Scotland and, under the Edinburgh Agreement, was to be settled by one clear question, with the result taking a simple majority of its responses. This, of course, is to be praised. It goes right to the very heart of a democratic system that people should have a say on important, constitutional issues that directly affect the way in which they live and are governed.”.

¹³⁹³ QVORTRUP Matt. “Power to the People! But How? The Different Uses of Referendums Around the World”, *Political Studies Review*, 2015, vol. 13, pp. 37-45, p. 43: “The reason for this, according to Stephen Tierney’s book, is that the traditional system of representation failed to represent people’s views. According to his analysis of mainly established Western democracies ‘referendums can help fill the gap between the growing interest of people in politics, and ... the tapering away of traditional patterns of democratic forms of participation’”.

précédent ne changent rien au fait que seuls les représentants décident de l'opportunité de déclencher ou non un référendum.

1030. C'est d'ailleurs ce manque d'emprise sur l'initiative du référendum qui amène Dominique Rousseau à affirmer que « *si, par exemple, le cadre juridique interdit que le peuple puisse prendre l'initiative d'une consultation populaire et choisir la question, le référendum perd non seulement sa qualité d'instrument de la démocratie directe mais encore sa possibilité d'être un instrument utile au 'bon' fonctionnement de la démocratie représentative* »¹³⁹⁴.

1031. La main mise des représentants à Westminster sur l'organisation du référendum est particulièrement visible dans les discussions relatives à l'organisation d'un deuxième référendum sur l'indépendance de l'Écosse. En effet, la volonté d'une majorité de citoyens écossais n'est pas suffisante pour l'organisation d'une telle consultation ; seul le gouvernement central de Boris Johnson a le pouvoir de mettre en place un tel référendum. Ainsi, la victoire le 6 mai 2021, des indépendantistes représentés par le *Scottish National Party* (64 sièges sur les 129) et par le Parti vert aux élections législatives écossaises, n'aura aucun effet sur l'expression constitutionnelle du peuple via un référendum si Boris Johnson ne donne pas son accord pour l'organiser. « *En principe, c'est le Parlement qui décide de la tenue d'une nouvelle consultation puisque le §1(b) de la partie 1 de l'annexe 5 du Scotland Act de 1998 a fait de l'union entre les royaumes d'Écosse et d'Angleterre une compétence exclusive de Londres* »¹³⁹⁵. Cet exemple montre en quoi la consultation référendaire est un mécanisme bien limité d'exercice de la justice constitutionnelle par le peuple.

1032. Le référendum semble correspondre davantage à une logique « *agrégative* » que « *délibérative* » de la démocratie. Le référendum suit la logique électorale classique où l'individu ne se fait citoyen qu'en exprimant par bulletin secret sa préférence. Même si le débat est nécessairement présent dans la société civile dans des sphères très réduites (les familles par exemple) et notamment par le relais des médias, l'organisation des référendums au Royaume-Uni ne semble pas précédée de moments spécifiquement prévus pour la délibération citoyenne. Cela montre encore le manque d'emprise du citoyen sur la détermination des questions constitutionnelles qui doivent selon eux être débattues. Ainsi, Alan Renwick et Michela Palese observent-ils que dans « *plusieurs cas, les décisions d'organiser des référendums au*

¹³⁹⁴ ROUSSEAU Dominique. "L'équivoque référendaire", *La vie des idées*, 22 avril 2014. [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <http://www.laviedesidees.fr/L-equivoque-referendaire.html>.

¹³⁹⁵ ANTOINE Aurélien. « Quels enseignements tirer des résultats des élections locales en Angleterre et au pays de Galles ? », *Observatoire du Brexit – Analyse en continu du processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne*, 21 mai 2021, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://brexit.hypotheses.org/category/actualites>.

Royaume-Uni ont été prises sans délibération préalable minutieuse »¹³⁹⁶ sur la problématique abordée. Plutôt que d'être utilisés comme des instruments permettant simultanément l'instauration de débats citoyens sur la manière d'interpréter l'ordre constitutionnel, les référendums ont été, selon les auteurs, davantage utilisés comme outil bien commode pour les politiciens. Ils leur donnent la possibilité de se servir du jugement constitutionnel du peuple pour régler des situations politiques délicates¹³⁹⁷. C'était le cas pour le référendum sur le Brexit en 2016 dont l'objectif était, comme l'affirment Alan Renwick et Michela Palese, de calmer les dissensions parmi ses *backbenchers* et de lutter contre la montée du *UKIP*¹³⁹⁸.

1033. Dans la logique, le référendum ne peut demeurer qu'un outil imparfait d'expression de la volonté constitutionnelle du peuple dans la mesure où il reproduit la logique majoritaire déjà présente pour les élections législatives. En effet, que ce soit au niveau des élections ou du peuple consulté lors d'un référendum, l'expression de la majorité va être considérée comme étant l'expression du peuple. Autrement dit, le jugement constitutionnel obtenu n'est que le jugement d'une majorité et ne peut donc remplir un rôle essentiel dans une démocratie, à savoir, celle de la protection des minorités. Du point de vue des modalités d'expression du peuple, le référendum est alors plus proche de la démocratie majoritaire que de la démocratie constitutionnelle.

1034. Ainsi, le référendum tient une place très ambiguë dans l'étude de la justice constitutionnelle car, s'il rappelle, comme le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, que les représentants ne sauraient être les seuls à exercer le pouvoir d'édiction des normes ; il ne dépasse pas la logique de fonctionnement de la représentation nationale et le principe majoritaire qui y est central. C'est pour cela, que le référendum ne doit être qu'un instrument parmi d'autres de l'expression de la voie constitutionnelle du peuple. Bien plus que le peuple pris comme un collectif, le peuple pris comme un ensemble d'individualités doit avoir sa place dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

1035. Stephen Tierney affirmait d'ailleurs que le référendum demeure un instrument incompatible avec le caractère multiculturel de nos sociétés, dans la mesure où il contraint le peuple à s'exprimer d'une seule voix, alors que, comme il a été affirmé plus avant, le peuple

¹³⁹⁶ RENWICK Alan, PALESE Michela. *Doing Democracy Better: How Can Information and Discourse in Election and Referendum Campaigns in the UK be improved?*, The Constitution Unit, UCL, 2019, 284 p., p. 170: "In several cases, decisions to hold referendums in the UK have been made with no careful prior deliberation regarding the issue at hand."

¹³⁹⁷ *Ibid.*: "Rather, the referendum has been used as a political fix for extracting those in power from a difficult position".

¹³⁹⁸ *Ibid.*

est certes un ensemble uni mais caractérisé aussi par sa diversité¹³⁹⁹. L'auteur poursuit en décrivant les effets néfastes d'une telle vision du peuple portée par le référendum et affirme que ce dernier permet à la majorité d'imposer à la minorité sa vision de l'identité constitutionnelle.

1036. Enfin, les représentants peuvent détourner le référendum en l'utilisant pour plébisciter leur politique. C'est ainsi, que dans les années 1970, avant de présenter les projets de lois relatifs à la dévolution au Parlement, le gouvernement organisa un référendum sur la question. L'exécutif voulait alors utiliser l'expression constitutionnelle du peuple pour faire pression sur les parlementaires backbenchers opposés aux projets de loi en question¹⁴⁰⁰. Comme le rappelle Iris Nguyễn-Duy, l'usage du référendum peut ainsi avoir l'effet de renforcer la position des parlementaires et spécifiquement du gouvernement, en revêtant ses décisions de la légitimité démocratique¹⁴⁰¹. Cela semble d'autant plus aisé que, comme le souligne Eleonora Harris, la nature relativement souple de la Constitution britannique découlant du principe de souveraineté parlementaire permet d'avoir un usage flexible du référendum, car seulement dépendant de la majorité au pouvoir¹⁴⁰². Ce faisant, le référendum aurait pour conséquence de renforcer la place des représentants dans l'ordre constitutionnel et dans la justice constitutionnelle.

1037. En plus du contexte des élections ou des référendums, le vote démocratique peut également être considéré comme un outil d'expression constitutionnelle du peuple électoral dans le cadre de l'adoption d'une constitution. Cette hypothèse, bien que souvent évoquée dans la doctrine et le milieu institutionnel, semble pour le moment être, néanmoins, délaissée.

¹³⁹⁹ TIERNEY Stephen. "Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry", *The Modern Law Review*, 2009, vol. 72, n°3, pp. 360-383, p. 381: "*The main objection is that referendums are, of their essence, inherently incompatible with the democratic needs of a complex multicultural society. In today's complex society can we really conceive of a demos able to speak as one in a sovereign act?*".

¹⁴⁰⁰ HARRIS Eleonora. "Redefining Parliamentary Sovereignty: the exemple of devolution referenda", *Perspective on Federalism*, 2011, vol. 3, issue 3, pp. 95-125, pp. 113-114: "*One of the main risks is that the referendum may be led astray from its original purpose and produce the opposite effect, i.e. the enactment of plebiscitary legislation to increase the government's strength and diminish that of their political opponents. The circumstances under which the 1970s devolution referenda were held clearly illustrate this: the government needed to get the devolution legislation through Parliament, but in order to do so it needed to win over the backbenchers who vehemently opposed the measure. The referenda were thus introduced to keep the government in office by keeping backbenchers of the same party from voting against devolution.*".

¹⁴⁰¹ NGUYỄN-DUY Iris. "Sovereignty and Europe- A British Perspective", *op. cit.*, pp. 94-95: "*On the other hand, the use of referendum might contribute to reinforce parliamentary sovereignty by giving more legitimacy to the political to reinforce parliamentary sovereignty by giving more legitimacy to the political decisions taken by the government and parliament and by protecting them from significant transfer or loss of power.*".

¹⁴⁰² HARRIS Eleonora. "Redefining Parliamentary Sovereignty: the exemple of devolution referenda", *op. cit.*, p. 113: "*To be fair, the lack of a codified constitution basically allows for a flexible use of the referendum.*".

Section II : L'hypothèse délaissée de l'élaboration populaire d'une constitution écrite et codifiée

1038. « *L'accélération du mouvement de réformes constitutionnelles, avec laquelle les gouvernements britanniques ont réformé la Constitution depuis la fin des années 1990, conjuguée avec l'absence d'intérêt que lui porte le peuple, est révélatrice d'un décalage, d'une inadéquation entre le procédé mis en œuvre, le choix du sujet et les problèmes auxquels le Royaume-Uni est confronté* »¹⁴⁰³.

1039. C'est cette conscience de décalage qui engendra les débats relatifs à l'adoption d'une constitution écrite et/ou d'une nouvelle déclaration de droits, évoquant la nécessité d'approfondir la place du peuple dans la justice constitutionnelle. En effet, il est possible d'assimiler l'adoption d'une constitution par le peuple comme un mécanisme de justice constitutionnelle dans la mesure où cette élaboration implique pour le citoyen de se poser la question des droits, des devoirs et des prérogatives qui doivent revenir à chacun et aux différentes institutions, en se référant à des principes juridiques, politiques, philosophiques ou encore sociaux préexistants ayant des implications constitutionnelles. Le jugement constitutionnel rendu correspond à l'application à une situation concrète d'une philosophie politique et constitutionnelle. L'exercice du pouvoir constituant par le peuple est bien une « *décision politique* »¹⁴⁰⁴ comme l'affirmait Carl Schmitt, il est bien une expression constitutionnelle.

1040. Ces débats proposent ainsi des réponses à la crise qui touche la démocratie britannique. Cette crise est décrite par Vernon Bogdanor comme un phénomène observable

¹⁴⁰³ NGUYÊN-DUY Iris. «La Constitution britannique: continuité et changement- Quelques réflexions sur la Constitution britannique et son évolution à l'occasion de la publication des mélanges en l'honneur de Vernon Bogdanor», *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, vol 3, n°99, pp. 581-606.

¹⁴⁰⁴ SCHMITT Carl. *Théorie de la Constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, 576 p., p. 134 : « *Avant toute normation, on rencontre la décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie, du monarque dans la monarchie.* ». Sur l'importance des constitutions en tant qu'outils de créations politiques voir LOUGHLIN Martin. « The Constitutional Imagination », *The Modern Law Review*, 2015, vol. 78, n° 1, pp. 1-25.

dans quasiment toutes les démocraties¹⁴⁰⁵. Elle se manifeste selon lui principalement par de faibles participations aux processus électoraux et par une baisse de confiance envers les partis politiques et envers les représentants élus¹⁴⁰⁶. Dans un tel contexte, ce débat sur l'élaboration d'une constitution par le peuple peut être analysé comme un débat sur une responsabilité constitutionnelle renouvelée des gouvernants. En effet, la nécessité d'une telle élaboration est souvent justifiée par celle de garantir une parfaite adéquation entre les représentants et les attentes des citoyens dans une démocratie. Il s'agit de garantir que les gouvernants soient effectivement soumis à des règles et principes constitutionnels considérés comme essentiels. Le débat sur l'élaboration d'une constitution par le peuple peut, bien plus, être vu comme la nécessité de sanctionner par le vote constituant, un régime politique jugé défaillant.

1041. Les débats portent sur deux aspects du jugement rendu par les citoyens par l'adoption d'une constitution : un premier aspect relatif à la procédure d'élaboration citoyenne de la constitution, à la procédure de formation du jugement constitutionnel citoyen. Si la question du processus d'élaboration d'une nouvelle constitution par le peuple a fait couler beaucoup d'encre elle demeure actuellement sans répercussion concrète (I).

1042. L'autre aspect concerne l'objet de ce jugement, c'est-à-dire le contenu de la constitution et/ou de la déclaration de droits. Le contenu implique de s'intéresser à ce qu'il est constitutionnellement juste de prévoir. Il s'agit alors de se demander quelle fonction doit revenir aux différents participants du régime politique. Il y a bien un exercice de la justice qui correspond à la préoccupation d'attribuer à chacun ce qui lui est dû. Cette attribution est effectuée à l'aune de certaines règles ou principes (II).

1043. Dans tous les cas, ces débats sont révélateurs d'un questionnement présent, bien que resté pour l'instant sans implications concrètes : celui d'une refondation du contrat social, contrat dans lequel le Parlement n'est plus considéré comme le gardien suffisant des droits et

¹⁴⁰⁵ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 293: "It has become a commonplace to speak of a crisis of democracy in Britain. But these trends –towards lower turnout in elections, lower party membership (...) are by no means unique to Britain. In almost all democracies turnout has fallen from the higher levels of the 1960s and 1970s (...)." Sur la question de la crise de la démocratie représentative voir aussi Conférence européenne des Présidents de Parlement. « Droits et libertés constitutionnels fondamentaux-participation, confiance et débat public comme conditions à la démocratie », 11-12 septembre 2014, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <https://www.stortinget.no/contentassets/0f025d8103c74397a63f709d7707d49c/ecpp-2014--background-papertHEME-1-version-francaise-finale.pdf>: « La démocratie représentative, qui souffre depuis un certain temps de l'insatisfaction et de la méfiance grandissantes des citoyens comme en témoignent les faibles taux de participation aux élections, le désintérêt pour les procédures institutionnalisées actuelles et la montée des mouvements populistes et extrémistes, a été récemment l'une des principales victimes de la crise économique et financière mais aussi sociale ».

¹⁴⁰⁶ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 299.

libertés des gouvernés et dans lequel, par conséquent, l'intervention du peuple via une constitution écrite et/ou une déclaration de droits semble nécessaire.

I) Le débat fragile et timide sur le processus d'élaboration d'une nouvelle constitution

1044. Le débat sur l'élaboration d'une constitution écrite et codifiée s'est inscrit dans le paysage académique et politique britannique. Il comprend la problématique fondamentale du processus d'élaboration constitutionnelle et peut mettre l'accent sur le rôle nécessaire du peuple dans cette élaboration. L'appel à l'intervention du peuple dans l'élaboration d'une constitution écrite et codifiée fait ainsi écho à la nécessité de l'intervention citoyenne pour exercer la justice constitutionnelle (A).

1045. Cet écho demeure néanmoins imparfait parce que souvent formulé de manière vague et reste sans effets dans la pratique. Si l'intervention du peuple semble être la solution, la difficulté majeure des modalités de cette intervention demeure. Ce débat est révélateur d'un défi auquel est confronté le système britannique de justice constitutionnelle, celui de l'imperfection persistante- révélatrice de la crise que traversent les démocraties- du rôle du peuple dans l'exercice de la justice constitutionnelle et de sa nécessaire perfectibilité (B).

A) Un appel au choix populaire des règles constitutionnelles

1046. Le choix populaire des règles constitutionnelles apparaît comme un enjeu majeur pour la démocratie dont la procédure idéale a été décrite (1). L'importance de ce choix populaire des règles constitutionnelles a été exprimée tant par la société civile et les parlementaires (2) que par les programmes politiques présentés ces vingt dernières années (3).

1) La procédure idéale d'exercice populaire de la justice constitutionnelle

1047. La qualité de l'intervention du peuple dans le processus d'élaboration d'une constitution écrite et codifiée est déterminante de la qualité du jugement constitutionnel citoyen rendu. Ainsi, cette dernière est directement liée au degré d'intervention du peuple dans le pouvoir constituant.

1048. Plus le procédé d'élaboration d'une constitution par le peuple revêt un caractère délibératif et contraignant, plus le jugement constitutionnel rendu sera démocratique. Ce procédé devrait prendre la forme d'un débat suivi d'une prise de décision, la ratification de la constitution par le peuple. Pour rendre sa décision, le peuple devrait s'engager dans une délibération « *comprise comme un processus libre et public par lequel les citoyens échangent informations et arguments, opinions et objections, en vue de parvenir à une décision collective.* »¹⁴⁰⁷. « *En tant que mode de prise de décision, la délibération est un processus allant de la définition d'une question et de réponses possibles à l'arrêt d'une décision et consistant en une pesée du pour et du contre des options.* »¹⁴⁰⁸.

1049. Il est alors possible de se référer à la « *procédure délibérative idéale* » par Joshua Cohen¹⁴⁰⁹ qui doit alors réunir quatre caractéristiques : la délibération doit être « *libre* »¹⁴¹⁰, « *raisonnée* »¹⁴¹¹, se faire entre des parties « *égales* »¹⁴¹² et enfin doit viser à atteindre un « *consensus* »¹⁴¹³. L'élaboration citoyenne d'une constitution renvoie aux grandes vertus

¹⁴⁰⁷GIRARD Charles, LE GOFF Alice. *La démocratie délibérative – anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2010, 550 p., p. 30.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴⁰⁹ COHEN Joshua. « Délibération et légitimité démocratique », In *La démocratie délibérative – anthologie de textes fondamentaux* édité par Charles Girard, Alice Le Goff, Paris, Hermann, 2010, pp. 208-241.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 219 : « *La délibération idéale est libre en ce qu'elle satisfait deux conditions. Premièrement, les participants ne se considèrent liés que par les résultats de leur délibération et par les conditions requises par cette délibération. (...) Deuxièmement, les participants supposent qu'ils peuvent agir à partir des résultats de la délibération et considèrent le fait qu'une certaine décision a été atteinte par leur délibération comme une raison suffisante de s'y conformer.* ».

¹⁴¹¹ *Ibid.* : « *La délibération est raisonnée en ce que les parties sont tenues de formuler les raisons qu'elles ont d'avancer des propositions, de les soutenir ou de les critiquer. Elles donnent des raisons et s'attendent à ce que ce soit celles-ci (...) qui décide du sort de la proposition discutée.* ».

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 220 : « *Dans la délibération idéale, les parties sont égales à la fois formellement et substantiellement. Elles sont formellement égales en ce que les règles organisant la procédure ne discriminent pas entre les individus. A chaque étape du processus délibératif, toute personne dotée de capacités délibératives occupe une position égale à celle des autres. Et chaque voix compte également dans la décision. Les participants sont substantiellement égaux en ce que la distribution existante du pouvoir et des ressources ne détermine pas les opportunités de participation à la délibération, pas plus qu'elle ne confère à certains une autorité particulière dans la délibération.* ».

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 221 : « *Enfin, la délibération idéale vise à atteindre un consensus rationnellement motivé – à trouver des raisons qui soient convaincantes pour tous ceux qui s'engagent à agir selon les résultats d'une*

citoyennes soulignées par John Rawls : « (...) *les citoyens d'une société démocratique bien ordonnée se condièrent comme des personnes morales libres et égales, c'est-à-dire caractérisés par deux facultés : la capacité d'agir à partir d'un sens de la justice et la capacité de réaliser rationnellement une conceptions morales (...)* »¹⁴¹⁴.

1050. Cette délibération sur ce qu'il est constitutionnellement juste d'établir verrait l'échange d'arguments tant philosophiques que juridiques, historiques, sociaux ou encore économiques. La question est alors celle du déroulement de cette délibération et des modalités d'élaboration des règles de procédures destinées à la régir. La délibération citoyenne au fondement d'une constitution ne peut se passer de procédures préalablement établies. Il s'agit de la problématique de la règlementation du pouvoir constituant. La constitution d'une démocratie délibérative tire sa justification du fait qu'elle est le produit du processus délibératif¹⁴¹⁵ ou que les principes politiques qu'elle contient sont nécessaires pour permettre la délibération¹⁴¹⁶.

1051. En outre, l'enjeu majeur est celui de permettre la délibération de plusieurs millions de citoyens. Si la logique délibérative est souvent critiquée en avançant son impossibilité pratique dans nos sociétés, ces critiques ont une pertinence limitée. Plusieurs théoriciens « *répondent qu'une société démocratique peut être délibérative dans son ensemble, si elle abrite une multiplicité de délibérations locales, reliées les unes aux autres, et formant, malgré les imperfections de chacune d'entre elles, un tout relativement cohérent et rationnel, susceptible d'exercer une influence positive sur le processus formel de décision politique.* »¹⁴¹⁷.

1052. En la matière, le rapport rendu par *Interpeace* semble un modèle intéressant des idéaux que doit viser le processus d'élaboration d'une constitution pour un régime démocratique et libéral qu'est celui du Royaume-Uni. Ce document insiste en effet « *sur l'objectif que constitue l'élaboration d'une constitution dans une démarche démocratique,*

évaluation libre et raisonnée des options disponibles par des égaux. Même sous des conditions idéales, rien ne garantit que des raisons consensuelles soient disponibles. ».

¹⁴¹⁴ RAWLS John. *Justice et démocratie*, op. cit., p. 112.

¹⁴¹⁵ GIRARD Charles. « Raison publique Rawlsienne et démocratie délibérative – Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », *Raisons politiques*, 2009, vol. 2, n° 34, pp. 73-99, p. 97 : « *La théorie délibérative se satisfait tout autant d'une Constitution que la raison publique, quoiqu'elle ne lui donne pas le même sens. La Constitution d'une démocratie délibérative affirme bien des principes politiques supposés communs à tous les citoyens, mais ces principes ne tirent leur justification que du fait qu'ils ont été produits par le processus délibératif ou qu'ils sont requis pour que celui-ci soit possible.* ».

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ GIRARD Charles, LE GOFF Alice. *La démocratie délibérative – anthologie de textes fondamentaux*, op. cit., p. 81.

participative, transparente, inclusive et représentative, (...) »¹⁴¹⁸. Ces idéaux sont en fait rarement atteints complètement ce qui ne fait que relever la difficulté à mettre en œuvre la démocratie. Même si ce rapport s'intéresse particulièrement au processus de mise en place d'une constitution en période de crise ou de conflits, il a une portée bien plus générale. Il « s'adresse à tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, sont impliqués dans le processus de rédaction d'une constitution ou qui s'intéressent à son amélioration. »¹⁴¹⁹.

1053. Le rapport rendu par *Interpeace* témoigne de l'importance de la conception du processus d'élaboration de la constitution. « *L'élaboration d'une constitution est devenue un exercice complexe, impliquant un certain nombre de tâches et d'étapes et associant une multitude d'acteurs et d'institutions.* »¹⁴²⁰. Il semble ici pertinent de reprendre les trois types de décisions constituantes identifiés par Olivier Beaud¹⁴²¹. Pour lui le premier type correspond aux « *actes d'initiative constituante* »¹⁴²² qui sont les décisions qui « *fixent l'état du projet ou de la proposition de constitution* »¹⁴²³. Viennent ensuite les actes « *d'adoption constituante* »¹⁴²⁴ qui sont ceux qui ont pour objectif de « *statuer de manière non définitive sur le projet ou la proposition de constitution* »¹⁴²⁵. Enfin, viennent les actes de « *sanction constituante* »¹⁴²⁶ qui « *ratifient par un acte définitif le projet ou la proposition préalablement adopté* »¹⁴²⁷.

1054. Dans le cadre d'une démocratisation maximum du processus constituant, l'objectif visé est l'intervention du peuple à l'ensemble des étapes de l'élaboration de la constitution. Le fait d'intervenir ne suffit pas, encore faut-il intervenir selon des modalités permettant aux citoyens d'échanger, de prendre des décisions et à l'ensemble des citoyens d'être représentés. Le rapport d'*Interpeace* insiste sur le fait qu'un « *bon processus doit assurer l'équilibre des intérêts des différents groupes et communautés.* »¹⁴²⁸. Le rapport poursuit en affirmant que « *la tendance est à la participation la plus large possible de la population en tant qu'expression de sa 'souveraineté' pour garantir la légitimité du processus et surtout pour*

¹⁴¹⁸ BRANDT Michele, COTTRELL Jill, GHAI Yash, REGAN Anthony. *Le processus constitutionnel : élaboration et réformes – Quelles options ?*, Interpeace, 2015, 406 p., p. 2.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴²¹ BEAUD Olivier. *La puissance de l'État*, op. cit., pp. 263-306.

¹⁴²² *Ibid.*, p. 266.

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ *Ibid.*

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ *Ibid.*

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ BRANDT Michele, COTTRELL Jill, GHAI Yash, REGAN Anthony. *Le processus constitutionnel : élaboration et réformes – Quelles options ?*, op. cit., p. 29.

prendre connaissance des attentes et des aspirations des citoyens. »¹⁴²⁹. Outre, une participation large et représentative de la société, il faut que le peuple ait des moyens d'imposer ses décisions. Le rapport d'Interpeace rappelle ainsi que « *toutes les formes de participation n'ont toutefois pas un impact sur ce qui figurera dans la constitution* »¹⁴³⁰. Le rapport précise que la participation des citoyens peut se réaliser à différentes étapes de l'élaboration d'une constitution, et sous différentes formes. Le rapport note que généralement au stade de la discussion, du vote et de la promulgation du projet de constitution la participation citoyenne diminue. Cela s'explique par le fait que « *les membres de l'organe qui en est chargé (généralement le législatif, l'assemblée constituante ou l'organe équivalent) portent toute leur attention sur le projet-pour l'adopter, le rejeter ou l'amender.* »¹⁴³¹.

1055. Cette procédure idéale d'élaboration d'une constitution n'est pas que théorique, elle a aussi été retranscrite -bien que très partiellement et imparfaitement- par la société civile et les commissions parlementaires.

2) Un appel relayé par la société civile et les commissions parlementaires

1056. Cet appel a été relayé tant par la doctrine et la société civile (a) que par certaines commissions parlementaires (b).

a) L'appel de la société civile, un appel ancien

1057. La question de l'opportunité d'une constitution écrite trouve des expressions anciennes au Royaume-Uni. En témoigne les réclamations des *Levellers* (Niveleurs) qui étaient un groupe d'hommes qui, au cours de la guerre civile anglaise (1642-1651), revendiquèrent une égalité politique. En plus d'être des fervents partisans du suffrage universel et d'exprimer l'idée révolutionnaire d'un Parlement monocaméral élu par le peuple, les *Levellers* « *mettent également au point l'idée moderne de constitution écrite, susceptible de canaliser et de limiter les pouvoirs de l'État, ainsi qu'une première ébauche de 'déclaration des droits de*

¹⁴²⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 92.

l'Homme «¹⁴³². Les Niveleurs portèrent leurs revendications dans le fameux *An Agreement of the People*, une série de manifestes appelant à des réformes constitutionnelles démocratiques. Ces dernières ne verront néanmoins pas le jour. En effet, le 16 décembre 1653, est adopté l'*Instrument of Government* -considéré comme la seule constitution écrite de l'histoire britannique-, instrument qui ne met pas en place les réformes souhaitées¹⁴³³.

1058. La problématique de la nécessaire réappropriation par les citoyens de la question constitutionnelle trouvait également une traduction dans le mouvement Chartiste (1838-1857) qui, bien que n'appelant pas à la mise en œuvre d'une constitution écrite issue des citoyens, exigeait néanmoins l'établissement d'un suffrage universel qui est un instrument nécessaire à l'élaboration populaire d'une constitution¹⁴³⁴. Elle était déjà soulignée par le groupe de pression *Charter 88* qui, en 1988, réclamait un large mouvement de réformes constitutionnelles et la mise en place d'une constitution écrite, « *ancrée sur l'idée de citoyenneté universelle* » afin de réformer profondément l'ordre constitutionnel¹⁴³⁵.

1059. Bien plus, et comme le souligne Andrew Blick en 2011, de nombreux modèles de constitution écrite ont été proposés depuis les années 1970, et ce de la part d'individus et d'organisations aux sensibilités politiques différentes¹⁴³⁶. Parmi elles figurent celles de Hood Philipps en 1970, de Lord Hailsham en 1970, de Franck Vibert en 1990, de John Macdonald en 1990, de Tony Benn en 1991, de *l'Institute for Public Policy Research* en 1991 ou encore de Richard Gordon en 2010. Sans proposer son modèle préétabli de constitution, *the Constitution Unit* a également participé au débat sur la codification de la Constitution britannique dans un rapport de mars 2015¹⁴³⁷.

¹⁴³² NEMO Philippe. *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, Presses universitaires de France, 3ème édition, 2009, 1440 p. p. 278.

¹⁴³³ LE MESTRE Renan. « Les constitutions de l'interrègne en Angleterre (I): L'Instrument of Government (1653), texte anglais et traduction française présentés par Renan Le Mestre », *Jus Politicum* – n°5, *Mutations ou crépuscule des libertés publiques?*, 2010, [en ligne], [consultée le 03 février 2014], <http://www.juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne.html>.

¹⁴³⁴ « The Chartist movement », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/electionsvoting/chartists/overview/chartistmovement/>.

¹⁴³⁵ “The Original Charter 88”, *Unlock Democracy*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://unlockdemocracy.org.uk/resources-index/2016/07/04/charter-88>.

¹⁴³⁶ BLICK Andrew. *Mapping the Path to Codifying - or not Codifying - the UK's Constitution*, Centre for Political & Constitutional Studies, Series paper 1, 23rd February 2011, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpolcon/writev/mapping/cde01.htm>.

¹⁴³⁷ MELTON James, STUART Christine, HELEN Daniel. “To codify or not codify- Lessons from consolidating the United Kingdom's Constitutional Statutes”, *The Constitution Unit, University College of London*, March 2015, 41 p.

1060. Cette réflexion contemporaine importante autour de l'élaboration d'une constitution écrite pour le Royaume-Uni s'explique, notamment, par le manque de légitimité démocratique parfois dénoncée de l'actuelle Constitution. Pour Richard Gordon, la Constitution britannique actuelle est le résultat d'un affrontement entre la monarchie absolutiste et le Parlement, affrontement dans lequel et à l'issue duquel le peuple resta complètement de côté. En effet, les caractéristiques fondamentales du régime politique britannique -comme le principe de souveraineté du Parlement- sont le fruit des évolutions historiques, totalement dépendantes des volontés des monarques, gouvernements, parlementaires et juges. L'auteur dénonce le fait que ce principe fondamental n'a jamais fait l'objet du consentement explicite du peuple¹⁴³⁸ ce qui, selon lui, rend nécessaire l'intervention de ce dernier pour discuter de sa conservation ou non. Richard Gordon désigne alors le changement politique et institutionnel qu'il propose comme une « *responsabilisation du peuple* »¹⁴³⁹.

1061. En plus d'avoir été relayé par la société civile, l'appel à l'élaboration d'une nouvelle constitution a également été transmis par les commissions parlementaires.

b) L'appel récurrent des commissions parlementaires

1062. L'appel à des modalités délibératives d'élaboration de documents constitutionnels a été lancé dans le rapport de 2008 rendu par la Commission mixte sur les droits de l'Homme. Pour elle, le processus de consultation du public relatif à une déclaration de droits doit être délibératif¹⁴⁴⁰. Ainsi, il n'est, selon elle, pas suffisant de requérir le point de vue du public, sans qu'en amont ne se soit déroulée une réflexion d'ampleur¹⁴⁴¹. Selon la Commission, il doit être donné aux gens la possibilité d'échanger et de discuter de leurs points de vue pendant un temps limité, et donc l'opportunité de pouvoir faire évoluer ces points de vue au contact des autres¹⁴⁴². La Commission prône expressément la logique délibérative comme canal de

¹⁴³⁸ GORDON Richard. *Repairing British Politics – A Blueprint for Constitutional Change*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, 198 p., p. 17: “The simple point is that we have never been invited to vote on whether we should be ruled by a principle of parliamentary sovereignty.”.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, p. 4: “The argument advanced in *Repairing British Politics* is that a written Constitution for the UK would change our lives for the better in a number of practical ways. Underlying the constitutional shift advocated in these pages is an empowerment of the people.”.

¹⁴⁴⁰ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, session 2007-2008, 29th report, 136 p., p. 89 : “In our view, the process for consulting the public should be deliberative.”.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*: “It is not sufficient for people to be asked for their views once, without any prior opportunity for thought and reflection.”.

¹⁴⁴² *Ibid.*: “People need to have an opportunity to continue to discuss their views with others over a defined period, and to change their minds in light of those discussions.”.

formation du jugement constitutionnel citoyen et la considère même réalisable dans le quotidien de la démocratie¹⁴⁴³.

1063. Dans le rapport rendu par la Commission de la réforme politique et constitutionnelle de la Chambre des Communes en 2013, cette dernière affirme qu'au regard de la manière dont « *les conventions constitutionnelles ont fonctionné dans les autres pays* »¹⁴⁴⁴, il est clair qu'elles sont plus efficaces quand elles ont une mission précisément établie, quand elles sont composées de représentants provenant d'une variété de composantes de la société et quand elles font intervenir le public dans les délibérations¹⁴⁴⁵. La Commission décrit quelques pages plus loin la composition souhaitée d'une hypothétique convention. Elle doit comprendre « *des représentants provenant de toutes les parties de l'Union* »¹⁴⁴⁶. Mais bien plus, sa composition doit refléter une volonté d'instaurer « *une forte participation du public* »¹⁴⁴⁷. La Commission appelle à permettre la participation du public au sens large et évoque même la possibilité d'organiser des « *réunions publiques* » permettant aux citoyens de participer aux travaux de la Commission¹⁴⁴⁸. Comme le précise le rapport rendu par l'*UCL* et rédigé par Alan Renwick et Robert Hazell, la convention doit être aussi représentative que possible¹⁴⁴⁹. Ils insistent alors sur le fait qu'un des objectifs poursuivis par une convention constitutionnelle serait de proposer des réformes constitutionnelles en développant la participation du public¹⁴⁵⁰. Ici aussi le terme de « *soutien* » n'emporte pas automatiquement celui de « *délibération* ».

1064. Dans le rapport *A New Magna Carta* émis par la Commission de réforme politique et constitutionnelle de la Chambre des Lords, figurait parmi les arguments en faveur de l'élaboration d'une constitution écrite au Royaume-Uni, celui selon lequel « *le processus*

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 24: « (...) *Bill of Rights are capable of emerging from deliberative processes conducted in settled democracies in normal times.* ».

¹⁴⁴⁴ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Do we need a constitutional convention for the UK?*, session 2012-2013, 4th report, 43 p., p. 12..

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*: “*Looking at examples of how constitutional conventions have worked in other countries shows that they are most effective when they have a clearly defined remit, contain representatives from a range of sections of society, and engage the public with their deliberations.*”.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 29: “*However, we believe a successful convention would involve representatives from all parts of the Union.*”.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*: “*We are clear that the convention must have a strong element of public participation if it is to be credible. We believe that the public should be represented among the members of the convention, (...).*”.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*: “*Given that the UK has a lower rate of internet use than Iceland, 83% compared to Iceland's 95%, use could also be made of public meetings so ordinary citizens could contribute to the work of the convention.*”.

¹⁴⁴⁹ RENWICK Allan, HAZELL Robert. *Blueprint for a UK Constitutional Convention*, UCL, Department of Political Science – The Constitution Unit, June 2017, 80 p., p. 9: “*A small sample of perhaps a hundred people cannot represent every last section of society. But it should be as broadly representative as possible, reflecting the diverse make-up of the wider population.*”.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 7: “*At the broadest level, a constitutional convention might be created to develop proposals for constitutional reform through deep public engagement;*”.

d'établissement de la constitution écrite donnerait au peuple pour la première fois un rôle dans la détermination des principes centraux de la Constitution sur lesquels ils n'ont jamais été vraiment consultés »¹⁴⁵¹. La Commission affirmait d'ailleurs clairement sa préférence pour une convention composée de membres du peuple et non exclusivement d'experts ou de politiciens. La composition de cette dernière est déterminante car elle conditionne la légitimité et donc le respect que le peuple aura pour les règles qui en seront issues.

1065. La Commission insiste aussi clairement sur l'importance des modalités de prise de décision des citoyens dans le cadre d'une telle convention, pour que le peuple puisse rendre un jugement éclairé de ce qui doit être ou non reconnu comme devant être constitutionnel¹⁴⁵². Les citoyens doivent avoir eu l'occasion d'être informés en détail sur les différentes options possibles, de se renseigner auprès d'experts, et d'entendre les différents points de vue de la société. Il n'est pas impossible de voir une ressemblance avec le jugement juridictionnel de constitutionnalité qui se doit de prendre en compte les arguments des différentes parties avant de statuer. La question de ce qui est constitutionnellement « *juste* » de prévoir est une préoccupation du programme de 2010 du parti libéral démocrate. Il souligne ainsi le fait que le pouvoir au Royaume-Uni était injustement réparti dans le peuple. Le parti annonce alors clairement son objectif qui est de « *répartir de manière juste le pouvoir parmi le peuple* »¹⁴⁵³. L'ambition est de « *ramener la justice* »¹⁴⁵⁴. L'enjeu est alors de rendre la justice constitutionnelle.

1066. Bien plus que d'être relayé par la doctrine et les commissions parlementaires, l'appel à l'élaboration citoyenne d'une constitution s'est aussi effectué par le biais les programmes politiques de différents partis aux élections générales.

3) *Un appel souvent relayé par les représentants*

1067. Ces dix dernières années, il est rare qu'un programme politique pour une élection générale soit silencieux sur la question constitutionnelle. Ainsi, beaucoup de partis lancent dans

¹⁴⁵¹ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *A new Magna Carta ?*, session 2014-2015, 2nd report, 423 p., p. 21: « *The process of establishing a codified constitution would give the people a role for the first time in determining the central principles of the constitution of the UK on which they have never been fully consulted.* ».

¹⁴⁵² RENWICK Allan, HAZELL Robert. *Blueprint for a UK Constitutional Convention*, op. cit., p. 8: « *That is why this report focuses on the options for the citizens' convention, and not on the more elite models of groups dominated by experts or politicians.* ».

¹⁴⁵³ Liberal Democrats. *Liberal Democrat Manifesto 2010*, 2010, p. 9: « *The Liberal Democrat philosophy is built on a simple ambition: to distribute power fairly among people.* ».

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

leur programme l'appel à l'élaboration populaire d'une constitution écrite (a). L'histoire britannique est faite d'exemples qui s'en rapprochent, comme celui de la Convention qui s'est tenue en Écosse et qui eut une influence sur la mise en place de la dévolution (b).

a) *Un appel relayé par les programmes politiques*

1068. Si les programmes politiques témoignent d'une nécessité « *d'ouverture du jeu politique* »¹⁴⁵⁵ -première caractéristique de la démocratie délibérative selon Jacques Chevallier et corollaire de la crise de la démocratie représentative constatée par la quasi-totalité des programmes politiques ces dernières années- l'appel à sa deuxième composante, c'est-à-dire « *les vertus de la discussion* »¹⁴⁵⁶, est plus difficilement discernable. La mise en place d'une convention constitutionnelle ne suppose pas forcément délibération si les citoyens ne font qu'élire des représentants par exemple. Le choix de ces derniers a de grandes chances de se dérouler selon des procédures « *agrégatives* ». Si certains citoyens sont envoyés à la convention alors ils pourront délibérer, tandis que les autres se cantonneront à désigner ceux qui y seront envoyés.

1069. En 2010, le programme des *Liberal democrats* contenait la promesse « *d'introduire une constitution écrite.* »¹⁴⁵⁷. L'objectif ainsi affiché est de « *donner au peuple le pouvoir de déterminer cette constitution dans une convention citoyenne, sujette à une approbation finale par référendum* »¹⁴⁵⁸. Le programme ne détaille pas davantage et ne dit rien sur le fonctionnement de cette convention et sur la manière dont le peuple serait représenté en son sein.

1070. Pour l'élection générale de 2015, les programmes politiques du *Labour* et des *Liberal democrats* proposaient la mise en place d'une convention dont l'objectif serait d'améliorer l'état de la démocratie. Le programme du *Labour* de 2015 affirme ainsi de manière lapidaire et sans autre précision qu'il « *établira une Convention de la Constitution dirigée par les citoyens afin de déterminer le futur de la gouvernance du Royaume-Uni* »¹⁴⁵⁹. Le

¹⁴⁵⁵ CHEVALLIER Jacques. "La démocratie délibérative : mythe et réalité", *Hal archives-ouvertes.fr*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01763679/document>., p. 4.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*

¹⁴⁵⁷ Liberal Democrats. *Liberal Democrat Manifesto 2010*, 2010, 108 p., p. 88 : "Introduce a written constitution. We would give people the power to determine this constitution in a citizens' convention, subject to final approval in a referendum."

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ The Labour Party. *Britain can be better – The Labour Party Manifesto 2015*, 2015, 83 p., p. 69.

programme des Libéraux contient la même promesse d'établissement d'une convention dont la composition, bien que davantage détaillée, ne nous dit pas grand-chose sur les modalités de son fonctionnement et de la possible délibération citoyenne. Le programme affirme ainsi : « *nous établirons donc une convention constitutionnelle britannique, composée de représentants des partis politiques, du monde universitaire, de la société civile et de membres du public, (...).* »¹⁴⁶⁰.

1071. Une même proposition sera faite lors des élections générales de 2017, à l'occasion desquelles plusieurs partis politiques abordent la question de la mise en place d'une convention constitutionnelle. Le programme du *Labour* de 2017 propose en effet de mettre en place une convention constitutionnelle afin « *d'examiner et de conseiller sur les changements qui doivent être apportés à la manière dont la Grande-Bretagne fonctionne* »¹⁴⁶¹. Son objectif principal sera de réfléchir à l'extension de la démocratie, que ce soit à un niveau national et local et d'envisager même l'option d'une fédération¹⁴⁶². Néanmoins rien n'est dit quant à la composition d'une telle convention, le programme se bornant à annoncer l'organisation d'une « *consultation sur sa forme et son mandat* »¹⁴⁶³. Or, cette donnée est fondamentale car déterminante pour la qualité démocratique du jugement constitutionnel. En effet, moins la convention est représentative moins sa décision pourra refléter avec fidélité la décision constitutionnelle du peuple. Dans les programmes politiques en question étaient abordées les questions des réformes de la Chambre des Lords, du système électoral, de la dévolution et des droits et libertés.

1072. Le programme du *Labour* de 2019 exprime sa volonté que les « *institutions politiques soient pleinement connectées à l'électorat* »¹⁴⁶⁴. Il prône la mise en place d'une convention constitutionnelle qui serait dirigée par une assemblée des citoyens, mais une fois de plus, rien n'est précisé quant aux modalités de fonctionnement de cette assemblée. L'objectif de cette convention sera de réfléchir à la manière dont le pouvoir politique est réparti au

¹⁴⁶⁰ Liberal democrats. *Manifesto 2015 - Stronger Economy. Fairer Society. Opportunity for everyone*, 2015, 158 p., p. 133.

¹⁴⁶¹ The Labour Party. *For the Many not the Few – The Labour Party Manifesto 2017*, 2017, 124 p., p. 102: “A Labour Government will establish a Constitutional Convention to examine and advise on reforming of the way Britain works at a fundamental level.”.

¹⁴⁶² *Ibid.*; « *The Convention will look at extending democracy locally, regionally and nationally, considered the option of a more federalized country.*”.

¹⁴⁶³ The Labour Party. *For the Many not the Few – The Labour Party Manifesto 2017*, *op. cit.*, p. 102: “A Labour government will establish a Constitutional Convention to examine and advise on reforming of the way Britain works at a fundamental level. We will consult on its form and terms of reference and invite recommendations on extending democracy”.

¹⁴⁶⁴ The Labour Party. *It's Time For Real Change – The Labour Party Manifesto 2019*, 2019, 105 p., p. 81: “*We want our political institutions to be connected fully to the wider electorate, (...).*”.

Royaume-Uni, à la manière d'améliorer les relations entre les différentes nations et régions du Royaume-Uni¹⁴⁶⁵. Son dernier objectif est crucial et montre l'idée de renouveler le régime démocratique britannique. Il s'agit pour cette convention de discuter de la meilleure solution de manière à « *mettre le pouvoir dans les mains du peuple* »¹⁴⁶⁶.

1073. Certains projets proposent l'intervention constitutionnelle du peuple sans pour autant proposer la mise en place d'une convention. Dans le *Green Paper* de Juillet 2007, *Governance of Britain*, il est ainsi précisé que « *ni une déclaration de droits britannique, ni une constitution écrite ne pourraient venir au monde sans l'écoulement d'une période de temps étendue, et par le biais d'une large et extensive consultation, (...)* »¹⁴⁶⁷. Ici le mot « *consultation* » laisse présager un exercice citoyen de la justice constitutionnelle encore fortement entravée par les volontés des représentants. Il n'exclut néanmoins pas l'hypothèse d'une délibération citoyenne, c'est-à-dire d'un échange d'arguments entre citoyens égaux sur ce qu'il est juste d'établir dans une constitution.

1074. Le dernier paragraphe du *Green Paper*, en insistant sur le fait que l'objectif de renouveau de la démocratie poursuivi par un tel programme politique n'est pas l'affaire du seul gouvernement mais bien du peuple dans son ensemble ; avait pour ambition de faire naître un grand moment de délibération constitutionnelle dans le pays. C'est dans ce sens que vont les derniers mots du document : « *-et la discussion démarre maintenant* ». Le document de 2007 prenait même en compte un des enjeux cruciaux de la démocratie délibérative à savoir, comment garantir une délibération entre citoyens égaux qui sont néanmoins fortement différents d'un point de vue culturel ou encore politique¹⁴⁶⁸. Le gouvernement avait alors pour ambition de mettre en place différents processus tels que des jurys citoyens, ou encore des votations délibératives¹⁴⁶⁹ qui, en prenant en compte la diversité des citoyens, permettraient de discuter des valeurs britanniques fondamentales et donc constitutionnelles. Les mécanismes

¹⁴⁶⁵ *Ibid.* : “*This Convention will answer crucial questions on how power is distributed in the UK today, how nations and regions can best relate to each other and how a Labour government can best put power in the hands of the people.*”.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. *The Governance of Britain*, 2007, 63 p., p. 63: “*It is clear that neither a Bill of Rights and Duties nor a written constitution could come into being over an extended period of time, through extensive and wide consultation, and not without a broad consensus upon the values upon which they were based and the rights and the responsibilities which derived from them.*”.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 59: “*The Government will use a range of engagement methods to support a national conversation and debate, suitable to the level of knowledge, interest, needs and characteristics of different groups.*”.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*: “*These might range from citizens' jury to deliberative polling and electronic and media-based outreach.*”.

soulignés devaient alors être adaptés aux différences entre les groupes composant la société¹⁴⁷⁰. Le *Green Paper* décrit le processus de détermination des valeurs fondamentales –qui porte sur une question constituante car déterminante pour l’ordre constitutionnel- comme un « *dialogue avec le peuple de Grande-Bretagne et entre le peuple de Grande-Bretagne* »¹⁴⁷¹. Il ne s’agirait alors pas uniquement d’un processus vertical entre représentants et citoyens mais également horizontal et donc entre les citoyens, ce qui est une condition nécessaire à la démocratie délibérative¹⁴⁷².

1075. Les différents documents étudiés ici font appel de manière souvent très approximative et vague à des procédures participatives et délibératives pour l’élaboration d’une nouvelle constitution. Parfois ils appellent juste à une intervention citoyenne pour déterminer les règles constitutionnelles et se cantonnent à des déclarations générales (c’est souvent le cas pour les programmes politiques), dans d’autres cas ils présentent plus précisément les procédures mises en œuvre pour permettre cette intervention citoyenne dans la détermination des règles constitutionnelles.

1076. Les programmes et documents politiques envisagent également la rédaction d’une constitution codifiée et l’importance d’une intervention citoyenne en la matière et ainsi d’un exercice populaire renforcé de la justice constitutionnelle. Néanmoins, la participation citoyenne n’est pas conçue de la même manière par tous les partis. L’idée d’une constitution écrite élaborée au maximum par les citoyens ne fait donc pas l’unanimité.

1077. La tenue d’une convention constitutionnelle représentant le peuple n’est pas qu’une hypothèse, elle a déjà trouvé une application sur le sol britannique. En témoigne, l’expérience de la Convention écossaise.

b) La Convention écossaise, une participation citoyenne imparfaite

1078. L’histoire constitutionnelle britannique a déjà connu des conventions constitutionnelles qui, grâce à leur caractère représentatif, ont permis, dans une certaine mesure,

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, par. 203: “Above all, this process will be a dialogue with the people of Britain and between the people of Britain.”

¹⁴⁷² *Ibid.*

l'expression constitutionnelle pour les citoyens. En effet, les citoyens intervenaient par le biais des différents partis politiques.

1079. Cela a été le cas en Écosse, avec l'établissement d'une convention constitutionnelle écossaise appelée de ses vœux par un rapport de 1988, *A Claim of Rights for Scotland*. Les auteurs du rapport, *A Claim of Right for Scotland* de 1988, critiquaient d'ailleurs la Constitution britannique comme n'étant finalement qu'anglaise. C'est un argument qui a été d'ailleurs avancé par le *Scottish National Party*. La Déclaration d'Arbroath de 1320 est d'ailleurs souvent considérée comme le symbole de la tradition constitutionnelle écossaise de souveraineté du peuple.

1080. Il faut rappeler alors qu'un an après l'échec du référendum du 1^{er} mars 1979, les partisans de la dévolution ont décidé de se regrouper au sein d'une association. Fut mis en place la *CSA (Campaign for a Scottish Assembly)*. Il faudra néanmoins attendre le lendemain des élections générales de 1987 pour que la *CSA* passe véritablement à l'action par la mise en place d'un comité dont la mission était d'étudier la possibilité d'établir en Écosse une convention constitutionnelle qui réunirait l'ensemble des partis politiques représentés en Écosse¹⁴⁷³. La motivation d'une telle création résidait dans le souhait de discuter de la mise en place d'une Assemblée ou Parlement écossais et donc d'un chamboulement de l'organisation institutionnelle britannique et écossaise. Il s'agissait bien d'une convention étudiant l'opportunité d'un acte constituant.

1081. La convention démarra ses travaux le 30 mars 1989 et réaffirma le principe de souveraineté du peuple écossais. Parmi ses membres figurèrent le parti travailliste écossais, le parti libéral démocrate écossais, le parti de la gauche démocratique écossais, le mouvement *Orkney* et *Shetland*, le parti écossais vert, le congrès des syndicats écossais, les Conseils des districts et de l'Ile, et la *CSA*. Étaient intégrés également les principales églises écossaises, la Fédération du Petit Business, les représentants des minorités ethniques et le Forum écossais pour les Femmes.

1082. Cette convention rendit un rapport en 1995 qui fut une source d'inspiration directe pour la publication du rapport en 1997 par le gouvernement britannique, *Scotland's Parliament*. Les propositions contenues dans ce rapport reçurent le soutien du peuple via le référendum du 11 septembre 1997. 74% de la population vota en faveur des propositions du

¹⁴⁷³ THIEC Anne. « Le Parlement écossais et la démocratie participative », *E-rea Revue électronique d'études sur le monde anglophone*, 7.1 De la démocratie au Royaume-Uni : perspectives contemporaines, 2009, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <https://journals.openedition.org/erea/885>.

gouvernement et donc indirectement aussi de celles formulées par la Convention écossaise. Si cette dernière est une expérience montrant la participation citoyenne à l'acte constituant et ainsi à la justice constitutionnelle, elle reste très imparfaite.

1083. La principale raison est qu'elle ne s'est faite qu'à travers l'intervention des partis politiques, ce qui empêche une réelle délibération citoyenne. Vernon Bogdanor, qui s'intéressait à l'hypothèse d'une assemblée constituante pour le Royaume-Uni, soulignait ainsi le danger d'y inclure uniquement les partis politiques déjà représentés à Westminster. Il y a alors un risque que la convention ne fasse que reproduire les combats entre partis qui se déroulent à Westminster¹⁴⁷⁴. Enfin, la Convention écossaise n'a pas vraiment élaboré une constitution cherchant à définir de manière exhaustive l'ordre constitutionnel. Elle s'est contentée de rendre un rapport qui a influé sur d'autres décideurs dans la mise en place d'institutions écossaises. L'idée d'établir une convention constitutionnelle a aussi été très présente dans les années qui ont précédé le scrutin sur l'indépendance de l'Écosse en 2014¹⁴⁷⁵.

1084. Enfin, il faut savoir qu'une autre convention écossaise aurait pu voir le jour si le « oui » l'avait emporté lors du référendum de 2014. Le gouvernement écossais avait, en effet prévu, en cas de victoire du camp indépendantiste, la tenue d'élections législatives en 2016 qui, aurait conduit ensuite à l'établissement d'une convention afin d'élaborer une constitution écrite écossaise¹⁴⁷⁶.

1085. Malgré un appel qui semble large et relayé par différentes composantes de la société civile et politique, celui-ci demeure pour l'instant sans effets.

B) Un appel sans effets

¹⁴⁷⁴ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 229: "If all parties agreed to be represented on it, the Convention might just replicate the party dogfight at Westminster."

¹⁴⁷⁵ SUTEU Silvia. « Developing democracy through citizen engagement : the advent of popular participation in the United Kingdom's constitution-making », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 4, issue 2, pp. 405-422.

¹⁴⁷⁶ TIERNEY Stephen. "Stephen Tierney: Why is Scottish Independence Unclear?", *UK Constitutional Law Association*, 25th February 2014, [en ligne], [consultée le 04 mars 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/25/stephen-tierney-why-is-scottish-independence-unclear/>. Voir aussi sur l'hypothèse d'une constitution écrite écossaise en cas d'indépendance de l'Écosse Scottish Government. *Scotland's Future: from the Referendum to Independence and a written constitution*, February 2013, 16 p.; Scottish Government. *Scotland's Future: Your guide to an Independent Scotland- A summary*, November 2013, 649 p.; Scottish Government. *Scotland's Future: The Scottish Independence Bill: a consultation or an interim constitution for Scotland*, June 2014, 73 p., p. 5: "The Scottish Independence Bill would be introduced to the Scottish Parliament in the event of a vote for independence in the referendum. It would be accompanied by a renewed Scotland Act, fully revised and refreshed to operate for an independent country. Proposals for a revised Scotland Act are also summarised in this consultation paper. Together the Scottish Independence Bill and renewed Scotland Act would form the interim constitutional platform for an independent Scotland until the Constitutional Convention prepared the permanent constitution for Scotland."

1086. L'appel au peuple pour redéfinir le régime politique et l'ordre constitutionnel britanniques semble se cantonner à l'organisation des référendums décrits précédemment et ainsi ne pas se concrétiser dans le cadre d'une discussion sur l'ensemble des règles constitutionnelles. Cela vient confirmer la difficulté à faire intervenir davantage les citoyens dans l'exercice de la justice constitutionnelle britannique. La démocratie britannique demeure une démocratie semi-représentative, ignorant pour l'instant, la mise en œuvre de procédures de prise de décision constituante à caractère délibératif. De manière assez paradoxale, l'annonce de l'importance d'une discussion constitutionnelle d'ampleur comprenant les citoyens ne semble pas être la priorité des partis politiques et cela même quand elle figure dans leurs programmes politiques.

1087. Ainsi, si ces différents programmes abordent en effet des questions constitutionnelles, celles-ci n'apparaissent néanmoins pas toujours comme des priorités pour les partis politiques et demeurent étonnamment secondaires. Les *manifestos* apparaissent très pragmatiques et s'intéressent avant tout à l'économie, au pouvoir d'achat, aux services publics, à l'écologie, au Brexit.

1088. Ainsi, le programme proposé par le *Labour* en 2015 n'aborde la problématique de la répartition du pouvoir politique entre les institutions étatiques que dans son cinquième chapitre¹⁴⁷⁷. La préoccupation de ce qu'il est constitutionnellement juste de prévoir dans la société britannique actuelle semble alors moins importante que l'économie, l'éducation ou encore la santé. Dans son programme de 2017, le *Labour* n'accorde toujours pas la première place au débat constitutionnel¹⁴⁷⁸. En effet, le premier chapitre est ici encore focalisé sur l'économie ; les questions constitutionnelles quant à elles ne sont véritablement traitées qu'au neuvième chapitre¹⁴⁷⁹. Ce constat est également valable pour le programme proposé par les Conservateurs et les Unionistes en 2017¹⁴⁸⁰.

1089. Le programme du *Labour* de 2019 quant à lui n'aborde les problématiques constitutionnelles que dans son troisième chapitre et donne la priorité à l'écologie, à l'économie, aux services publics¹⁴⁸¹. Tout cela montre que dans la réalité politique, l'hypothèse

¹⁴⁷⁷ The Labour Party. *Britain can be better – The Labour Party Manifesto 2015*, 2015, 83 p.

¹⁴⁷⁸ The Labour Party. *For the Many not the Few – The Labour Party Manifesto 2017*, 2017, 124 p.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ The Conservative and Unionist Party. *Forward Together, Our Plan for a Stronger Britain and a Prosperous Future - The Conservative and Unionist Party Manifesto*, 2017, 86 p.

¹⁴⁸¹ The Labour Party. *It's Time For Real Change – The Labour Party Manifesto 2019*, 2019, 105 p.

d'une intervention renforcée du peuple dans l'exercice de la justice constitutionnelle par le biais de l'élaboration d'une nouvelle constitution semble peu réalisable. Les programmes sont plus marqués par un pragmatisme économique que par une volonté de vouloir donner au peuple un véritable pouvoir de création constitutionnelle, le pouvoir de statuer sur ce qu'il est juste d'inclure dans la Constitution britannique au XXI^{ème} siècle.

1090. En outre, même si la problématique constitutionnelle est présente dans ces programmes, elle l'est surtout à travers la proposition de réformes spécifiques. Certains partis politiques ne soulignent même pas l'importance de l'intervention du peuple dans les réformes constitutionnelles. C'est le cas du programme des Conservateurs en 2019 qui, certes d'un côté propose une réflexion sur des questions constitutionnelles majeures -comme la réforme du *HRA*, l'accès à la justice et au *judicial review*, le rôle de la Chambre des Lords ou encore la réforme de la prérogative royale- mais, de l'autre, considère qu'elle doit être menée par une commission, la *Constitution, Democracy and Rights Commission*¹⁴⁸². Le jugement constitutionnel du peuple en la matière n'est donc pas considéré comme indispensable.

1091. Bien plus, l'idée qu'une constitution écrite et codifiée appelle l'exercice du pouvoir du peuple ne semble pas faire l'objet d'un consensus. Dans le rapport *A New Magna Carta* de 2014, la Commission affirme ainsi que la « *participation publique* » n'est ni « *essentielle* » ni « *nécessaire* » à l'élaboration d'une constitution¹⁴⁸³.

1092. Outre le fait que les programmes politiques ne réservent à l'intervention du peuple qu'une place secondaire, ils la décrivent souvent de manière lapidaire -en quelques phrases- et très vague. Ainsi, aucun processus concret et précis de désignation de cette convention n'est proposé dans les programmes politiques.

1093. La volonté de faire du peuple le rédacteur de la constitution se heurte, en outre, à des barrières qui risquent de ne jamais pouvoir être franchies. Parmi ces barrières figurent l'identification du peuple comme une entité parlant d'une seule voix et la difficulté de faire en sorte que l'ensemble des citoyens puissent effectivement prendre part à cette élaboration. Il y a

¹⁴⁸² The Conservative Party. *Get Brexit Done - Unleash Britain's Potential -The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019*, 2019, 59 p., p. 48: "In our first year we will set up a Constitution, Democracy and Rights Commission that will examine these issues in depth, and come up with proposals to restore trust in our institutions and in how our democracy operates."

¹⁴⁸³ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *A new Magna Carta?*, op. cit., p. 22: "Though not essential or necessary to the enactment of a written constitution, its preparation would provide the opportunity, if wished, for public deliberation (...).".

un risque de confiscation de ce processus par certaines élites ou certains groupes numériquement plus importants dans la société.

1094. Enfin, dans l'exigence de la ratification par le peuple de la Constitution, demeure le risque de la reproduction de la logique majoritaire (à travers un vote du texte constitutionnel à la majorité), insuffisante pour permettre la démocratie si les droits des minorités sont niés. L'exigence de majorités qualifiées, se rapprochant des consensus, est en la matière essentielle. Le vote et la logique majoritaire non précédés d'un engagement profond des citoyens correspondent à une « *logique agrégative* » de la démocratie et non à une réelle logique délibérative¹⁴⁸⁴. Plus concrètement, une difficulté réside dans la création de procédures permettant à plusieurs millions de personnes de participer à l'élaboration de la constitution¹⁴⁸⁵. Une telle création suppose aussi, avant même de débiter le processus d'élaboration de la Constitution, de poser des règles qui définiront le cadre à l'intérieur duquel devra se faire la participation citoyenne. Cette exigence rejoint la pensée de John Rawls pour lequel « *la raison publique exige de chaque citoyen qu'il n'avance, pour justifier publiquement les décisions politiques qu'il soutient, que des raisons dont il peut raisonnablement penser qu'elles sont acceptables pour les autres citoyens raisonnables.* »¹⁴⁸⁶. Elle peut donc être pensée comme « *le principe qui doit guider la délibération publique, et celle-ci comme la forme que prend l'exercice collectif de la raison publique.* »¹⁴⁸⁷.

1095. Une raison plus importante expliquant la faiblesse de l'appel du peuple dans la justice constitutionnelle au Royaume-Uni réside dans l'origine même de toutes ces propositions de réformes. Elles sont le fruit d'une minorité. La question constitutionnelle semble alors être monopolisée par une minorité d'experts et pas tant sollicitée par les citoyens, ce qui est révélateur de l'état actuel d'une justice constitutionnelle ancrée dans un État démocratique.

¹⁴⁸⁴ GIRARD Charles. « Raison publique Rawlsienne et démocratie délibérative – Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », *Raisons politiques*, 2009, vol. 2, n° 34, pp. 73-99, p. 79 : « *En quel sens le recours à la délibération résout-il en effet le problème de la légitimité ? Il faut, pour répondre, penser la conception délibérative par contraste avec la conception agrégative de la démocratie, dans laquelle les décisions collectives sont prises en agrégeant les préférences individuelles – généralement par le vote – en l'absence de toute délibération. Cette théorie fait reposer la légitimité des décisions sur le caractère équitable de la procédure agrégative, qui accorde un poids égal aux préférences de chaque citoyen, comme l'illustre le principe 'un homme, une voix'* ».

¹⁴⁸⁵ CHEVALLIER Jacques. « La démocratie délibérative : mythe et réalité », *op. cit.*

¹⁴⁸⁶ GIRARD Charles. « Raison publique Rawlsienne et démocratie délibérative – Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », *op. cit.*, p. 74.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

1096. Bien plus que de porter sur les modalités d'élaboration d'une constitution, le débat sur l'élaboration d'un nouvel acte constitutionnel concerne également le contenu que ce dernier devrait revêtir.

II) Le débat fragile et timide sur le contenu d'une nouvelle constitution

1097. La question du contenu d'une constitution écrite suppose que les citoyens se prononcent sur deux points essentiels : celui relatif aux droits et libertés qui doivent être au fondement de la société politique (A), et aussi celui qui se réfère au volet institutionnel que doit revêtir toute constitution. Il s'agit ici de déterminer ce qu'il est constitutionnellement juste d'attribuer aux différentes institutions participant à la prise de décision politique et constitutionnelle (B).

A) Les débats relatifs à l'adoption d'un nouveau *Bill of Rights*

1098. L'adoption d'une nouvelle déclaration de droits représente un moment phare d'expression constitutionnelle, servant à poser les fondements du vivre ensemble et de la société politique. À ce titre, il représente un exercice majeur de la justice constitutionnelle (1). Définir de tels fondements implique notamment de se poser la question des droits qui méritent d'être consacrés dans le texte de la déclaration (2).

1) La déclaration de droits, un exercice décisif de la justice constitutionnelle

1099. L'adoption d'une déclaration de droits peut représenter une étape décisive dans la définition des règles et principes du régime politique et de l'ordre constitutionnel. Elle constitue un moment d'établissement d'un contrat social, c'est-à-dire de décision politique par laquelle le peuple établit les fondements du pouvoir des institutions et de la nouvelle société politique dans l'objectif de mieux préserver leurs droits.

1100. C'est ce qu'affirmait la Commission mixte sur les droits de l'Homme dans le rapport *A Bill of Rights for the UK ?* émis en août 2008. En plus de recommander l'adoption d'une nouvelle déclaration de droits, la Commission insista sur le fait « *qu'adopter une déclaration de droits fournit un moment où la société peut se définir elle-même.* »¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁸ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, op. cit., p. 5 : "Adopting a Bill of Rights provides a moment when society can define itself. We recommend that a Bill of Rights and Freedoms should set out a shared vision of a desirable future society: it should be aspirational in nature as well as protecting those human rights which already."

1101. C'est dans cette perspective que le *Green Paper* publié en juillet 2007 - *Governance for Britain*-, affirmait la nécessité d'élaborer une nouvelle déclaration de droits afin de « donner au peuple une idée claire de ce que nous pouvons attendre des autorités publiques, et les uns des autres »¹⁴⁸⁹. Cette phrase montre l'idée qu'une telle déclaration implique la détermination de ce qui doit revenir à chacun (institutions, citoyens), et cela tant en prérogatives qu'en devoirs. Déterminer le dû de chacun implique nécessairement des devoirs et obligations. « *Ce que nous pouvons attendre des autorités publiques* » renvoie à un besoin de définir explicitement les responsabilités qui incombent à ces autorités et ainsi leur responsabilité constitutionnelle. Cette dernière est l'expression même du contrat social qui les lie aux citoyens et qui peut trouver son expression écrite dans les phrases d'un préambule. C'est ce que peuvent impliquer les propos de la Commission mixte sur les droits de l'Homme, pour qui un préambule doit servir à exposer « *l'objectif de l'adoption d'une déclaration de droits au Royaume-Uni et, d'autre part, les valeurs considérées comme fondamentales dans la société britannique.* »¹⁴⁹⁰.

1102. La déclaration de droits est un exercice de justice constitutionnelle en ce qu'elle implique de définir le rapport qui unit le gouvernant au gouverné mais aussi celui qui relie les gouvernés entre eux. Pour le *Green Paper* de juillet 2007, « *une déclaration de droits pourrait fournir une reconnaissance explicite* » que les droits de l'Homme doivent être accompagnés de « *responsabilités* »¹⁴⁹¹. Le document appelle à l'établissement de « *responsabilités civiles* » dont l'objectif est d'éviter d'entraver « *les libertés personnelles et les libertés civiles* »¹⁴⁹². Comme l'affirme la Commission Mixte des droits de l'Homme, « *les responsabilités sont implicites dans les instruments de protection des droits de l'Homme.* »¹⁴⁹³. Le *Green Paper* insiste alors sur l'importance des responsabilités et devoirs qui doivent exister en contrepartie

¹⁴⁸⁹ Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. *The Governance of Britain*, 2007, 63 p., p. 61: "A Bill of Rights and Duties could give people a clear idea of what we can expect from public authorities, and from each other, and a framework for giving practical effect to our common values".

¹⁴⁹⁰ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, op. cit., p. 35: "Nevertheless, we agree in principle that, if there is to be a UK Bill of Rights, as we believe there should be, it ought to have a Preamble which sets out, in a simple and accessible form, first, the purpose of adopting a UK Bill of Rights and, second, the values which are considered to be fundamental in UK society".

¹⁴⁹¹ Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. *The Governance of Britain*, op. cit., p. 61: "A Bill of Rights and Duties could provide explicit recognition that human rights come with responsibilities and must be exercised in a way that respects human rights of others".

¹⁴⁹² Ibid.: "A Bill of Rights and Duties might provide a means of giving greater clarity and legislative force to this commitment. However, a framework of civic responsibilities – were it to be given legislative force – would need to avoid encroaching upon personal freedoms and civil liberties which have been hard won over centuries of our history".

¹⁴⁹³ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, op. cit., p. 6: "We conclude that rights cannot be contingent on performing duties or responsibilities. We recommend that a Bill of Rights and Freedoms should not include directly enforceable duties. However, we acknowledge that responsibilities are implicit in human rights instruments".

des droits, ou encore sur l'importance de ce que signifie « être britannique ». Certains auteurs, comme Conor Gearty, s'inquiétaient d'ailleurs de cette manière conservatrice d'envisager une déclaration de droits, cette dernière étant basée sur la nationalité et non sur la condition d'être humain¹⁴⁹⁴.

1103. La déclaration de droits peut représenter un élément décisif dans le processus de l'adoption d'une constitution. Celle-ci est l'expression du contrat social qui lie les gouvernants aux gouvernés. En élaborant une telle déclaration, les citoyens doivent également se poser la question des droits qui méritent d'y être consacrés.

2) L'élaboration de la déclaration de droits, quels droits consacrer ?

1104. L'élaboration d'une déclaration de droits suppose également et avant toute chose la détermination des droits qui doivent revenir à chacun. Ainsi, la question des types de droits que l'instrument doit contenir est essentielle. Elle revient à s'interroger sur les droits qu'il est juste d'attribuer aux habitants et citoyens de l'État. La problématique est, notamment, celle des « générations de droits » que doit contenir la constitution¹⁴⁹⁵, générations qui sont tant d'expressions sur la manière de concevoir la société et l'égalité entre les individus. L'élaboration d'une déclaration des droits par le peuple peut être vue comme une étape cruciale : elle est celle qui va fonder la démocratie constitutionnelle et qui va en déterminer la configuration (en fonction des droits et mécanismes de protection consacrés). Ces derniers vont ainsi dessiner les contours de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants issue de la déclaration.

1105. Pour prononcer son jugement sur les droits qui doivent ou non figurer dans une constitution, le peuple peut se fonder tant sur des arguments philosophiques (ceux hérités de l'époque des Lumières, des théories du droit naturel, etc...) que des arguments historiques (l'importance de l'affirmation de certains droits à certaines époques de l'histoire) ou encore culturels (l'idée que la culture des droits de l'Homme actuelle implique la reconnaissance de

¹⁴⁹⁴ GEARTY Conor. « Beyond the Human Rights Act » in *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, edited by Tom Campbell, K.D Ewing, Adam Tomkins, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 472-486.

¹⁴⁹⁵ FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA – SOLER A., PFERSMANN O., PINI J., ROUX A., SCOFFONI G., TREMEAU J. *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, 720 p., p. 50 : L'idée de classer les « droits » par génération « permet à la fois de les différencier dans la forme et de rendre compte de la succession historique de phases complémentaires tant dans la revendication que dans la reconnaissance. ».

certaines droits). Dans son rapport de 2012, la *Commission on a Bill of Rights* établie par le gouvernement de coalition le 11 mars 2011, rappela ainsi l'importance qu'une déclaration de droits future respecte et concilie les différentes traditions politiques et juridiques présentes au Royaume-Uni¹⁴⁹⁶.

1106. La « première génération » ; « celle de la Déclaration française de 1789 ou du *Bill of Rights* américain, correspond, dans cette typologie, aux droits et libertés les plus fondamentaux : sûreté, liberté d'aller et venir, liberté de conscience et de religion, liberté d'expression, égalité devant la loi et les charges publiques, propriété, garanties pénales essentielles... »¹⁴⁹⁷. Dans cette perspective, une déclaration de droits peut permettre aux citoyens de faire en sorte que ces droits soient encore mieux protégés, une meilleure protection allant dans le sens d'un contrat social plus contraignant pour les représentants. La Commission mixte sur les droits de l'Homme, dans son rapport de 2008, insistait grandement sur l'importance d'accorder une protection renforcée à ces droits de première génération¹⁴⁹⁸.

1107. Les droits de la « deuxième génération » correspondent « aux droits nouveaux proclamés notamment à partir du Préambule de la Constitution française de 1848, et fortement présents dans les Constitutions postérieures à 1945 comme dans celles des États socialistes. ». Font partie de ces droits, le droit au travail et à l'emploi, le droit à la protection sociale, le droit à l'instruction et à la culture, le droit de grève, les droits de la famille, etc...¹⁴⁹⁹.

1108. Ces interrogations ont leur place dans la réflexion constitutionnelle britannique. Elles se reflètent dans le rapport de 2008 rendu par la Commission mixte sur les droits de l'Homme. Cette dernière affirme qu'une déclaration de droits devrait à la fois inclure des droits déjà existants et des droits nouveaux. À ce titre, elle propose l'intégration dans le droit britannique, de droits issus du droit international. Elle aborde aussi la question de l'inclusion de droits économiques et sociaux, qui fait partie des plus grandes controverses qui entourent l'adoption d'une déclaration de droits. La Commission insiste sur le fait qu'il existe au Royaume-Uni « un fort soutien public à l'inclusion des droits à la santé, au logement et à

¹⁴⁹⁶ Commission on a Bill of Rights. *A UK Bill of Rights? The Choice Before Us – volume 1*, December 2012, 277 p.

¹⁴⁹⁷ FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., PENA – SOLER A., PFERSMANN O., PINI J., ROUX A., SCOFFONI G., TREMEAU J. *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁹⁸ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, *op. cit.*, p. 17: “We believe it is important that any UK Bill of Rights includes strong legal protections for freedoms such as freedom of assembly, freedom of expression, freedom from unreasonable search and seizure, and freedom from unwarranted intrusions on privacy, all of which are essentially negative liberties from state interference. For this reason, we believe any bill of rights should be called a UK Bill of Rights and Freedoms.”.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

l'éducation. »¹⁵⁰⁰.¹⁵⁰¹. Parmi les questions sociales qui pourraient être abordées figure celle de l'augmentation de la pauvreté au Royaume-Uni et de la diminution de l'accès à la nourriture. Ce phénomène a été souligné par *Human Rights Watch* dans un rapport publié en mai 2019¹⁵⁰². Il souligne que l'augmentation de la faim allait de pair avec la restructuration du système d'aide sociale, et que le « *droit d'accès à la nourriture* » est un « *droit humain fondamental contenu dans de nombreux traités internationaux (...).* »¹⁵⁰³. Le rapport note que « *des dizaines de milliers de familles au Royaume-Uni chaque année n'ont pas assez de nourriture pour vivre* »¹⁵⁰⁴.

1109. La question de l'adoption d'une déclaration de droits par le peuple pose, nous l'avons dit, la problématique des droits qui doivent y être reconnus et protégés. Outre les droits économiques et sociaux, il apparaît, selon la Commission, que les droits relatifs aux composantes défavorisées et/ou vulnérables de la société (comme les enfants, les personnes âgées ou handicapées) peuvent légitimement faire partie d'une déclaration de droits. Dans cette perspective, affirme la Commission dans son rapport de 2008, le jugement constitutionnel du citoyen pourrait également se focaliser sur l'étendue de ces droits ainsi que sur les mécanismes permettant leur protection¹⁵⁰⁵.

1110. Enfin, le citoyen devant s'exprimer constitutionnellement à l'occasion de l'élaboration d'une déclaration de droits pourrait également être confronté à la problématique de la reconnaissance des droits de troisième génération. Figurent parmi ces droits, selon la Commission mixte sur les droits de l'Homme : « *le droit à l'autodétermination, le droit aux ressources naturelles, le droit au développement économique et social et le droit à l'équité*

¹⁵⁰⁰ Ibid., p. 11 : « *The response to our inquiry has certainly demonstrated that there is considerable support in the UK for both of these conceptions of the purpose of bills of rights. In our inquiry we have sought to explore the scope for agreement, across the political divide, that a Bill of Rights in a modern parliamentary democracy should attempt to combine these two traditions, by including both strong protection for traditional civil liberties as well as appropriately recognising the fundamental importance of the more recently recognised economic and social rights, such as the right to education and health.* ».

¹⁵⁰¹ Ibid., p. 50 : « *In our view, the South African courts have shown that the courts can be given a limited role in relation to social and economic rights without becoming the primary decision-makers.* ».

¹⁵⁰² Human Rights Watch. *Nothing Left in the Cupboards – Austerity, Welfare Cuts, and the Right to Food in the UK*, 2019, 116 p.

¹⁵⁰³ Ibid., p. 1 : « *The right to food is a fundamental human right contained in several international treaties (...)* ».

¹⁵⁰⁴ Ibid.

¹⁵⁰⁵ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, op. cit., p. 42 : « *In our view the case is clearly made out for the inclusion of a number of additional rights in any UK Bill of Rights, particularly in relation to rights which can be distilled from the UK's distinctive traditions. However, it is important that both this question and the precise definition of any additional rights, be the subject of proper public consultation.* ».

intergénérationnelle et à la protection de la vie privée. »¹⁵⁰⁶. Pour la Commission, la question de la reconnaissance d'un droit « à un environnement sain et durable »¹⁵⁰⁷ dans une déclaration de droits britannique a, ainsi, toute sa pertinence.

1111. En plus de devoir se prononcer sur les droits qui méritent d'être consacrés et protégés, l'élaboration d'une constitution par le peuple suppose également que ce dernier prenne position sur le régime politique mis en place. Il doit effectuer un choix des institutions mises en place.

B) Les débats relatifs à une constitution codifiée et au choix des institutions

1112. La question du contenu de la constitution concerne aussi le volet institutionnel, c'est-à-dire les règles relatives à la nature et au fonctionnement du régime politique. Le principe là aussi semble d'inclure dans la constitution le plus de dispositions relatives au fonctionnement du régime politique, afin de les soumettre au jugement des citoyens. Pour Jane Pek, une constitution écrite n'est établie qu'à deux conditions : la première est que cette constitution réalise une codification de l'ensemble des principes constitutionnels et la seconde est qu'elle soit considérée comme une norme suprême (ne pouvant être révisée par la procédure législative ordinaire¹⁵⁰⁸).

1113. La problématique du contenu d'une hypothétique constitution est abordée par la doctrine, notamment par Vernon Bogdanor. Il précise en effet qu'au-delà d'un « *socle fondamental* » qui fait l'objet d'un consensus, la question de ce qui doit ou non figurer dans la constitution n'appelle pas de réponse déterminée. L'auteur soulève alors l'incertitude sur la

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 57: "We have considered during the course of our inquiry whether any so-called "third generation rights" should be included in a UK Bill of Rights. Third generation rights are rights which have attained international recognition as human rights but which are not easily classified as either civil and political rights or economic and social rights. They include rights such as the right to self-determination, the right to natural resources, the right to economic and social development and the right to intergenerational equity and sustainability".

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 59: "In our view there is a strong case to be made for including the right to a healthy and sustainable environment in a UK Bill of Rights."

¹⁵⁰⁸ PEK Jane. "Things Better Left Unwritten?: Constitutional Text and the Rule of Law", *New York University Law Review*, 2008, vol. 83, pp. 1979-2012, p. 1983: "Thus, this Part aims to provide a more comprehensive definition of writtleness, framed in terms of two overarching criteria that together form the conceptual ideal of a written constitution. The first condition of a written constitution is that all constitutional principles be codified as such."; p. 1986: "The second condition of a written constitution is that constitutional principles become "supreme law" as a result of their codification in "the constitution."."

question de savoir si des règles relatives au mode de scrutin ou au rôle des partis politiques doivent figurer dans la constitution : « *Il peut y avoir débat, par exemple, sur le point de savoir si une constitution britannique devrait réglementer le rôle des partis politiques en incluant les principaux aspects de la loi de 2000 relative aux partis politiques, aux élections et aux référendums ; plus particulièrement si les partis politiques devraient être organisés de manière démocratique et s'ils doivent être soumis à une obligation de transparence et rendre des comptes en matière de financement.* »¹⁵⁰⁹.

1114. Une autre question importante est celle de l'intégration des conventions de la Constitution¹⁵¹⁰. Il faut déjà, précise Vernon Bogdanor, se demander quelles sont les conventions susceptibles d'être intégrées. Préalablement, affirme l'auteur, encore faut-il être certain qu'il s'agisse bien d'une règle conventionnelle. Il n'est ainsi pas toujours facile « *de distinguer les conventions des simples coutumes ou des règles de conduite, qui peuvent changer à tout moment sans la moindre conséquence politique* »¹⁵¹¹. Il s'agit entre autres de savoir si la règle en question a une nature véritablement contraignante ou s'il peut y être dérogé. C'est le cas par exemple avec la supposée convention selon laquelle le Premier ministre doit nommer comme ministre des affaires étrangères un membre de la Chambre des Communes. Cette règle a fonctionné en 1955 quand Anthony Eden a voulu nommer Lord Salisbury à cette fonction. Il n'en fut néanmoins rien en 1960 et 1979 quand Harold Macmillan et Margaret Thatcher nommèrent à ce poste respectivement Lord Home et Lord Carrington.

1115. Enfin, codifier une convention peut avoir pour effet d'en préciser le contenu et les implications et ainsi de la rendre moins flexible entre les mains des représentants. En effet, comme cela a été le cas avec la Convention Sewel dans le cadre du Brexit, les règles

¹⁵⁰⁹ BOGDANOR Vernon. "La nouvelle constitution britannique. Vers une constitution écrite?", *Jus Politicum* - n°17, *Thinking about federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/03/2020], <http://juspoliticum.com/numero/Thinking-about-Federalism-s-70.html>.

¹⁵¹⁰ Voir sur cette question CAULFIELD Megan. "Constitutional Conventions in the United Kingdom: Should they be codified?", *Manchester Student Law Review*, 2012, vol. 1, n° 42, pp.42-48. "One of the overwhelming questions that faces those who propose the adoption of a written constitution is whether constitutional conventions should be codified and thus, whether the nature and purpose of conventions would allow for this radical change. Arguments for and against codification of conventions are considered in the context of four leading solutions: codify and legally enforce them, codify them and leave them as non-legal guidelines (as is the position in Australia), codify a selection or not codify them at all. This complex debate has been considered by Parliament, the courts and numerous academics; this article seeks to outline this complex debate and the many conflicting opinions."

¹⁵¹¹ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 222: « *It is not always easy to distinguish conventions from mere customs or regularities of behaviour, which could at any time change without any political consequences* ».

conventionnelles sont parfois entourées d'incertitudes et d'imprécisions permettant aux représentants de les appliquer à leur avantage¹⁵¹².

1116. La question relative au contenu d'une constitution écrite concerne également la conservation ou la suppression du principe de souveraineté du Parlement. En effet, l'expression constitutionnelle des citoyens à travers l'élaboration et/ou le vote d'une constitution écrite impliquerait pour le peuple de se prononcer sur la pertinence d'un principe qui n'a jamais fait l'objet de leur consentement explicite¹⁵¹³. L'hypothèse d'une telle suppression a déjà été maintes fois envisagée par les propositions de constitutions écrites qui ont fleuries sur le sol britannique depuis les années 1970¹⁵¹⁴. Selon Richard Gordon, la préservation de ce principe serait incompatible avec une constitution adoptée et/ou ratifiée par le peuple¹⁵¹⁵. Une des raisons avancées est que conserver le principe de souveraineté du Parlement tel qu'entendu par Dicey aurait des répercussions sur la force normative de la constitution. La principale étant que le Parlement pourrait réviser cette dernière par le vote d'une simple loi. L'argument a été avancé par Michael Gordon qui est intervenu en tant que témoin dans l'élaboration du rapport rendu en 2014 sur les pouvoirs à reconnaître aux juges en cas d'adoption d'une constitution codifiée¹⁵¹⁶.

1117. Comme le souligne le rapport de 2014 sur les pouvoirs du juge dans une constitution codifiée, l'hypothèse d'abandonner le principe de souveraineté du Parlement a été motivée dans les autres pays par une perte de confiance dans l'institution parlementaire quant à la garantie des droits¹⁵¹⁷. Ainsi cette volonté de rupture et de réappropriation par les citoyens de l'ordre constitutionnel suppose d'être confronté à un « *moment constitutionnel* »¹⁵¹⁸ c'est-à-

¹⁵¹² BASMACI Melis. "Constitutional Conventions and Codification", *KSLR Constitutional law*, 06th December 2013, [en ligne], [consultée le 04 mai 2014], <http://kslr.org.uk/blogs/constitutionallaw/2013/12/06/constitutional-conventions-and-codification/>.

¹⁵¹³ GORDON Richard. *Repairing British Politics – A Blueprint for Constitutional Change*, op. cit., p. 17.

¹⁵¹⁴ BLICK Andrew. *Mapping the Path to Codifying - or not Codifying - the UK's Constitution*, op. cit.

¹⁵¹⁵ GORDON Richard. *Repairing British Politics – A Blueprint for Constitutional Change*, op. cit., p. 26: "As explained earlier, parliamentary sovereignty is incompatible with a written Constitution derived from the will of the people and imposing legal constraints on each of the institutions of government."

¹⁵¹⁶ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Constitutional role of the judiciary if there were codified constitution*, session 2013-2014, 14th report, 35 p., p. 15: "Some would argue that if the UK tried to retain parliamentary sovereignty alongside a codified constitution, there would be implications for the status of the constitution; others would argue that parliamentary sovereignty is incompatible with a codified constitution. Dr Gordon told us that, 'the constitution would be open to amendment by simple Act of Parliament, rather than entrenched and subject to modification only in accordance with a special procedure of some variety'".

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 14: "Sometimes the move towards a model of constitutional sovereignty has come about because a dominant Parliament has acted in a way which would be seen by most people as contrary to basic human rights."

¹⁵¹⁸ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, op. cit., p. 11: "the constitution has thus remained uncoded precisely because there has never appeared to be a genuine 'constitutional moment'".

dire à un moment considéré comme clé où l'ancien paradigme semble être rejeté. L'exercice par le peuple de la justice constitutionnelle à travers l'élaboration d'une constitution semble donc être conditionné par des moments historiques d'ampleur. Vernon Bogdanor l'affirme, « *la difficulté provient précisément du fait que beaucoup de constitutions ont été conçues et adoptées dans des moments où des peuples aspiraient à un nouveau commencement. La plupart des constituants n'ont donc pas eu à faire face à la difficulté qui serait celle du constituant britannique, de devoir faire le tri dans un héritage colossal de lois, de coutumes et de conventions* »¹⁵¹⁹. Reste à savoir si le Royaume-Uni fait face à une telle période. Certes, le Parlement de Westminster a subi une perte de confiance du fait de la primauté du gouvernement souvent dénoncée en son sein, (c'est ce qui a motivé le grand mouvement de réformes débuté dans les années 1990) néanmoins Westminster semble toujours bénéficié d'un certain prestige, issu de la manière de le considérer comme l'institution du libéralisme et de la démocratie.

1118. La conservation du principe de souveraineté du Parlement dépend de la volonté de rupture portée par le ou les projets de constitution. Parmi les projets de constitution, certains ne proposent qu'une transposition du système préexistant. C'était le cas des deux premières formes de constitution proposées par l'étude rendue par le *King's College of London* sous la direction de Robert Blackburn. La première prenait la forme d'un *code constitutionnel* et consistait en un document approuvé par le Parlement sans avoir néanmoins de valeur législative. La deuxième était une *loi de consolidation constitutionnelle* dont l'objectif était de transposer dans une loi les règles et pratiques constitutionnelles déjà existantes¹⁵²⁰. Le but est alors de consolider tant les principes de *common law* que la pratique parlementaire et les conventions de la Constitution. Dans ces deux cas, le peuple n'est pas évoqué et semble même absent de ces projets constitutionnels. La section 14 du Code prévoit même une simple transposition du principe de souveraineté du Parlement.

1119. La problématique de la conservation du principe de suprématie du Parlement est en outre tout à fait essentielle dans la mesure où il s'agirait d'élaborer une constitution pour le Royaume-Uni et donc une constitution qui fasse consensus entre les citoyens du Royaume-Uni. Ainsi, un des discours fréquents en Écosse est d'affirmer que le principe de suprématie du Parlement est un principe purement anglais.

¹⁵¹⁹ BOGDANOR Vernon. "La nouvelle constitution britannique. Vers une constitution écrite?", *Jus Politicum* - n°17, *Thinking about federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/03/2020], <http://juspoliticum.com/numero/Thinking-about-Federalism-s-70.html>.

¹⁵²⁰ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Constitutional role of the judiciary if there were codified constitution*, *op. cit.*

1120. Il ne paraît néanmoins pas impossible qu'un peuple puisse opter pour le principe de suprématie du Parlement tel que défendu dans cette thèse. Les citoyens à travers l'élaboration de la constitution choisiraient ainsi d'accorder une très grande confiance et un très grand pouvoir au Parlement dans l'adoption des lois ordinaires et constitutionnelles tout en affirmant que le Parlement n'agit que dans le cadre de la volonté du peuple exprimée par la Constitution. Du constitutionnalisme populaire serait issue une constitution marquant son attachement au constitutionnalisme politique. Le peuple pourrait même prévoir des procédures permettant aux juges ou à eux-mêmes de s'opposer à une volonté parlementaire qui ne respecterait pas un tel contrat. Opter pour le principe de suprématie du Parlement, entendu comme un pouvoir parlementaire important mais pas illimité, n'est pas incompatible avec une constitution ratifiée par le peuple. La question de la conservation du principe de suprématie du Parlement s'accompagne de celle des pouvoirs des juges face à la législation. C'est d'ailleurs l'objet du rapport de 2014.

1121. Nick Barber mettait clairement en avant le risque d'une augmentation du pouvoir des juges dans le cadre d'une constitution écrite¹⁵²¹.

1122. Il semble que deux positions soient observables : contre ou pour la reconnaissance d'un pouvoir d'invalidation de la législation inconstitutionnelle. Dans la première tendance, se trouve la proposition de mettre en place un mécanisme de déclaration d'inconstitutionnalité qui fonctionnerait de la même manière que la section 4 du *HRA* de 1998. C'est l'option préférée par Andrew Le Sueur dans le témoignage qu'il a adressé à la Commission pour l'élaboration du rapport de 2014. C'est aussi la préférence affichée par la Commission dans le même rapport, qui considère « *qu'une manière de résoudre la question relative aux pouvoirs que les juges devraient avoir s'ils considèrent qu'une législation est inconstitutionnelle serait d'introduire le concept de 'déclaration d'inconstitutionnalité'* ». ¹⁵²². Dans la seconde, se trouve la proposition de conférer aux juges un pouvoir d'invalidation de la législation considérée comme inconstitutionnelle. Richard Gordon proposait ainsi de conférer

¹⁵²¹ BARBER Nick. "Against a written constitution", *Public Law*, 2008, issue 1, pp. 11-18.

¹⁵²² House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Constitutional role of the judiciary if there were codified constitution*, *op. cit.*, p. 18 : "Should the UK move towards a codified constitution, one way of addressing the question of what powers the courts should have if they held a piece of legislation to be unconstitutional would be to introduce the concept of a 'declaration of unconstitutionality'. This could work in the same way as the declaration of incompatibility used under section 4 of the Human Rights Act 1998 for situations in which UK legislation is held to be incompatible with the European Convention on Human Rights.". Sur ce rapport voir la contribution. LE SUEUR Andrew. "Andrew Le Sueur: Imagining judges in a written UK Constitution", *UK Constitutional Law Association*, 14th May 2014, [en ligne], [consultée le 14 mai 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/05/14/andrew-le-sueur-imagining-judges-in-a-written-uk-constitution/>.

à la Cour suprême de nouvelles prérogatives, dont celle de déclarer invalides les législations qui vont à l'encontre de la constitution¹⁵²³.

1123. L'élaboration d'une constitution écrite et codifiée appelle aussi l'expression constitutionnelle des citoyens sur l'opportunité de la conservation de la Monarchie. Cette dernière bénéficie d'un certain prestige et d'une certaine popularité. Elle remplit bien son rôle de « *dignified part* » de la Constitution britannique selon le vocabulaire de Walter Bagehot¹⁵²⁴. Néanmoins, dans la lignée de la pensée de Rodney Brazier, la Couronne, et la monarchie constitutionnelle, doivent être soumis au même examen critique que n'importe quelle autre règle constitutionnelle¹⁵²⁵. Elle ne doit donc bénéficier d'aucune protection particulière contre une éventuelle suppression à l'occasion d'une intervention constituante des citoyens par le biais d'une constitution écrite et codifiée. La codification des règles de la dévolution représenterait aussi un enjeu de l'élaboration d'une nouvelle constitution selon Vernon Bogdanor¹⁵²⁶.

¹⁵²³ GORDON Richard. *Repairing British Politics – A Blueprint for Constitutional Change*, op. cit., p. 33: « *The draft Constitution contains : (...) –empowering the Supreme Court with major new constitutional responsibilities, including power to declare laws that violate the Constitution to be unconstitutional with the effect that such law is invalid, (...).* ».

¹⁵²⁴ BAGEHOT Walter. *The English Constitution*, 1873, 214 p., p. 48: «*We have in England an elective first magistrate as truly as the Americans have an elective first magistrate. The Queen is only at the head of the dignified part of the constitution. The prime minister is at the head of the efficient part.* ».

¹⁵²⁵ BRAZIER Rodney. *Constitutional Reform - Reshaping the British Political System-*, op. cit., p. 93: «*The Crown, or constitutional monarchy, should be no more immune to fundamental reconsideration than any other part of the Constitution.* ».

¹⁵²⁶ BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, 319 p.

Conclusion du chapitre I :

1124. Le «peuple électoral» apparaît comme un acteur affaibli de la justice constitutionnelle et ce, malgré son intervention croissante dans la réforme constitutionnelle contemporaine. L'intervention de cet acteur souffre de deux maux principaux : celui de l'imperfection des mécanismes existants de la démocratie représentative à savoir le vote démocratique et celui de l'impossibilité d'intervenir dans un débat constituant global qui lui laisserait davantage de place.

1125. Le vote démocratique révèle une limite de taille à une prise de décision constitutionnelle populaire efficace : celle de la grande liberté des représentants. Les citoyens apparaissent ainsi dépendants de ces derniers. Dans le cadre des élections générales, leur expression constitutionnelle dépend des programmes présents mais aussi et surtout de la grande liberté d'action des gouvernants nouvellement élus. Dans le cadre du référendum, le citoyen est enchaîné à la volonté gouvernementale et a une emprise minime sur le déclenchement d'une consultation référendaire d'une part, et sur la mise en application de la volonté populaire exprimée lors du référendum d'autre part. Ici encore, ses résultats seront mis en œuvre par les représentants avec une marge d'action remarquable.

1126. La question du débat constituant global entraînant une intervention citoyenne massive relève pour l'instant de la fiction. Il a certes été maintes fois abordée par la littérature académique et par les programmes politiques mais n'a jamais eu de répercussions dans la réalité politique globale.

1127. Si le citoyen est un acteur affaibli de la justice constitutionnelle quand il intervient dans la logique démocratique majoritaire, il l'est également quand il intervient en dehors de cette logique.

Chapitre II : Les faiblesses du « *peuple composite* » dans la justice constitutionnelle

1128. La démocratie britannique prévoit plusieurs procédures et mécanismes permettant la prise en compte du jugement constitutionnel du citoyen en dehors du jugement exprimé dans le cadre du vote démocratique. Ils correspondent à l'exigence de participation des citoyens à la prise de décision politique en dehors du cadre purement électoral, et rejoignent les notions de démocratie participative et délibérative. L'existence de ces procédures et mécanismes s'expliquent par la responsabilité constitutionnelle des représentants. En effet, c'est parce que ces derniers ont le devoir d'agir dans le sens de la préservation de la Constitution -et ainsi du libéralisme politique et de la démocratie- qu'ils doivent nécessairement prévoir les droits permettant aux citoyens de s'exprimer constitutionnellement et de voir leurs intérêts mieux pris en considération. Bien plus, les mécanismes étudiés dans ce chapitre répondent bien à l'objectif de responsabilité constitutionnelle des gouvernants dans la mesure où ils permettent tous de rappeler au représentant son devoir d'agir dans le sens des règles constitutionnelles, et aussi car ils peuvent tous contribuer à alimenter (par leur publicité, c'est-à-dire par leur diffusion dans la société) une possible sanction électorale, parlementaire ou encore juridictionnelle au nom d'une violation de la Constitution. Ces procédures et mécanismes, selon Jürgen Habermas, se déroulent dans l'espace public c'est-à-dire dans l'ensemble des endroits et outils qui permettent l'expression et la communication publique d'idées.

1129. Il y a ainsi deux grandes catégories d'espace public permettant l'expression citoyenne : celle qui a pour cadre « *l'espace public organisé des parlements* »¹⁵²⁷ et qui sont régis par les procédures démocratiques et celle qui prend place dans « *l'espace public*

¹⁵²⁷ HABERMAS Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*, op.cit., p. 333: « Plus que les espaces publics organisés des parlements, l'espace public général, en raison de sa structure anarchique, est exposé à la fois aux effets de répression et d'exclusion (...) et aux distorsions systématiques de la communication. ».

général »¹⁵²⁸ où la communication et l'échange des opinions se déroulent en dehors des institutions étatiques. Ces espaces publics sont ainsi les lieux de formation et d'expression de l'opinion publique¹⁵²⁹. Dans tous les cas, cette étude partage avec John Rawls une certaine acception de la liberté des citoyens. Cette dernière se fonde notamment sur le fait qu'ils « *sentent qu'ils ont le droit d'intervenir dans les institutions sociales au nom de leurs intérêts supérieurs et de leurs fins ultimes à condition que ces fins restent dans certaines limites. (...) Ainsi, un aspect de la liberté du citoyen 'est constitué par le fait d'être une source autonome de revendications' »*¹⁵³⁰.

1130. Dans le cadre offert par l'espace public général et par sa liberté essentielle, le citoyen dispose au support de son expression constitutionnelle des libertés d'expression, d'association, de manifestation ou encore du droit d'agir en justice. Même si ces libertés et droits ne présentent pas tous un aspect délibératif, ils ont en commun d'être des moyens d'exercice citoyen de la justice constitutionnelle que nous qualifierons d'extraparlimentaires. Ils sont une traduction supplémentaire du principe de responsabilité constitutionnelle des représentants, responsabilité qui nécessite que le citoyen exige à l' élu qu'il rende des comptes sur les implications constitutionnelles de sa politique (Section I).

1131. D'autres mécanismes dépendent eux, dans leur modalités de fonctionnement, du Parlement de Westminster et illustrent la préoccupation de rapprocher l'organe politique et constitutionnel majeur -le Parlement (et par conséquence le gouvernement)- des citoyens. Il s'agit des moyens d'exercice citoyen de la justice constitutionnelle que nous qualifierons de parlementaires. Ces mécanismes permettent au peuple de s'exprimer dans le cadre offert par l'espace public parlementaire et, ainsi, de dynamiser la responsabilité constitutionnelle des représentants (Section II).

¹⁵²⁸ *Ibid.*

¹⁵²⁹ ROUSSEAU Dominique. « La démocratie continue : Espace public et juge constitutionnel », 1997, *Le débat*, vol. 4, n°96, pp. 73-88, p. 79 : « *L'opinion publique est celle qui se forme au sein de l'espace public au moyen d'un échange public d'informations, de propositions et d'arguments sur un sujet précis. Chacun, dans sa vie quotidienne concrète de travailleur, de consommateur, de parent, émet, sur la base de ses expériences propres, des énonciations qui sont des appréciations à la fois sur ce qui est et sur ce qui devrait être. Formées dans la sphère de production de la vie 'privée', ces propositions normatives ne sont pas condamnées à y rester ; elles passent dans l'espace public par les canaux que sont, par exemple, les associations, les mouvements sociaux, les médias, les revues et, plus généralement, toute forme de rassemblements des individus en collectif. Et c'est dans cet espace que se construit l'opinion publique par la confrontation et la discussion des propositions normatives issues de la sphère privée ».*

¹⁵³⁰ RAWLS John. *Justice et démocratie*, op. cit., pp. 112-113.

Section I : Les faiblesses des moyens extraparlimentaires d'exercice populaire de la justice constitutionnelle

1132. L'exercice de la justice constitutionnelle par le peuple peut se réaliser de multiples façons. En plus du vote démocratique, le citoyen dispose d'un ensemble de droits qui découlent nécessairement de la nature libérale et démocratique du régime politique.

1133. C'est du concept de « *personal liberty* »¹⁵³¹ que vont découler ces différents droits. Parmi ces droits, figurent au premier chef ceux relatifs à l'intégrité physique de la personne (qui comprend la liberté de mouvement) ou encore le droit à la vie. Si ces derniers sont indispensables pour permettre la vie du citoyen dans la société, cette section se focalisera sur des droits qui sont plus directement destinés à permettre l'expression constitutionnelle de l'individu, à savoir : la liberté d'expression, la liberté d'association et la liberté de manifestation. Ces libertés constituent le socle minimal permettant au citoyen de s'exprimer constitutionnellement dans « *l'espace public général* ». Elles répondent à l'objectif du droit selon Habermas, c'est-à-dire, « *permettre au monde vécu et donc à la société civile d'imposer ses vues, ses choix de vie, ses valeurs (...) à l'appareil de l'État.* »¹⁵³². Ils visent ainsi à faire en sorte que ce dernier prenne en compte les intérêts de l'ensemble des citoyens et des groupes qui composent la société. Ce faisant, ils peuvent être vus comme des outils permettant de permettre le libéralisme politique, la démocratie constitutionnelle et ainsi la responsabilité

¹⁵³¹ BLACKBURN Robert. *Rights of Citizenship*, London, Mansell Publishing Limited, 1993, 338 p., p. 201.

¹⁵³² FRYDMAN Benoît. « Habermas et la société civile contemporaine », In *La société civile et ses droits* sous la dir. de Benoît Frydman, Bruxelles, Bruylant, 2004, 218 p. pp. 123-144, p. 141.

constitutionnelle des gouvernants. Néanmoins, ils cohabitent avec l'immense pouvoir dont disposent les représentants dans une démocratie représentative, pouvoir qui leur donne la légitimité de réglementer et d'encadrer l'exercice de ces droits, parfois de manière largement contestée (I)

1134. Le citoyen peut néanmoins opter pour l'intervention d'un tiers afin de régler son différend avec le représentant. Il peut alors saisir une juridiction. Le droit d'accès à la justice est un autre droit fondamental permettant au citoyen de s'exprimer constitutionnellement, même si, lui aussi, est soumis à la grande liberté des représentants dans l'édition du droit (II).

I) Les libertés d'expression, de manifestation et d'association, des libertés protégées mais fragiles

1135. La liberté d'expression fait partie des libertés nécessaires à la participation des citoyens à l'exercice de la justice constitutionnelle. Elle fait partie des outils dont dispose le citoyen britannique pour s'exprimer constitutionnellement même si cette liberté n'est pas dénuée de fragilités. (A).

1136. Les libertés de manifestation et d'association constituent également des armes dont un citoyen ne peut se passer dans un ordre constitutionnel démocratique et libéral. Le citoyen britannique peut ainsi compter sur elles pour s'exprimer constitutionnellement et diffuser ses idées dans la société, sous le regard et à destination des représentants (B).

1137. Peut être rapprochée de ces libertés, l'hypothèse de la désobéissance civile, c'est-à-dire « *le refus délibéré de se plier à une obligation légale ou réglementaire* »¹⁵³³. Liée à la légitimité de la résistance à l'oppression qui est une composante du contrat social lockéen¹⁵³⁴, cette désobéissance constitue bien un outil de justice constitutionnelle si l'on se réfère aux

¹⁵³³ OGIEN Albert. « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015, vol. 3, n°91, pp. 579-592.

¹⁵³⁴ LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 129: « *Le bien public et l'avantage de la société étant la véritable fin du gouvernement, je demande s'il est plus expédient que le peuple soit exposé sans cesse à la volonté sans bornes de la tyrannie; ou, que ceux qui tiennent les rênes du gouvernement trouvent de l'opposition et de la résistance, quand ils abusent excessivement de leur pouvoir, et ne s'en servent que pour la destruction, non pour la conservation des choses qui appartiennent en propre au peuple?* ».

propos d'Albert Logien et Sandra Laugier¹⁵³⁵. Pour Trevor Allan, toute personne qui considère qu'une loi viole un de ses droits fondamentaux peut légitimement refuser de se conformer à la disposition législative et cela même si la Cour suprême l'approuve. Ce refus constitue par conséquent non pas une violation du droit mais une défense de ce dernier contre des menaces d'arbitraire¹⁵³⁶.

1138. Outre la simple désobéissance civile, les libertés étudiées ici-particulièrement la liberté de manifestation- peuvent avoir un lien avec des périodes de bouleversement révolutionnaire. En effet, « *la manifestation peut se transformer en insurrection, en révolution politique, puis juridique si une nouvelle organisation constitutionnelle des pouvoirs est instaurée* »¹⁵³⁷. Dans cette perspective, la manifestation peut être vue comme une arme ultime de la responsabilité constitutionnelle, permettant de sanctionner le régime en place. Ainsi, la révolution et/ou la résistance à l'oppression constitue un moyen de justice constitutionnelle ultime¹⁵³⁸, susceptible de chambouler radicalement les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle et de symboliser la prédominance du peuple (ou en tout cas de ses factions dominantes, ce qui peut constituer une nouvelle limite au bon exercice populaire de la justice constitutionnelle). En effet, la résistance à l'oppression peut prendre corps à travers un mouvement révolutionnaire à l'issue duquel le peuple redéfinirait l'ordre constitutionnel en adoptant une constitution écrite. Cette expression constitutionnelle serait alors fondatrice, et mènerait sans doute à l'apparition d'un nouveau système de justice constitutionnelle (caractérisé par une reconfiguration des acteurs et des outils qui participent à la réalisation de la justice constitutionnelle).

¹⁵³⁵ OGIEN Albert, LAUGIER Sandra. *Pourquoi désobéir en démocratie ?* Paris, La découverte, 2011, 220 p., p. 16: « *La désobéissance civile est une de ces formes : elle regroupe ces actes au moyen desquels un individu manifeste, en son nom propre, sa détermination à obtenir ou défendre un droit qui devrait normalement échoir aux membres d'une collectivité, mais que les instances politiques établies (syndicats, partis) ont cessé de trouver opportun de revendiquer.* ».

¹⁵³⁶ ALLAN T.R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 384 p., p. 142 : « *Nevertheless, even the Supreme Court cannot confer validity on a measure that is, on correct analysis, invalid; anyone who believes it to violate the constitution is both entitled and bound (after due reflection) to maintain his dissent. He may even practice civil disobedience, refusing to accede to statutory demands which (...) he repudiates as unlawful and unconstitutional.* ».

¹⁵³⁷ DUFFY-MEUNIER Aurélie, PERROUD Thomas. « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », *Jus Politicum* - n°17, *Thinking about Federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-dans-l-espace-public-en-droit-compare-1148.html>.

¹⁵³⁸ Cela est vrai notamment dans la pensée de John Locke. Voir NEMO Philippe. *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, op. cit., p. 332: « *Cependant, l'originalité de Locke est de présenter le droit de résistance à l'oppression comme un principe constitutionnel, organiquement intégré, pour ainsi dire, à la Constitution elle-même.* ».

A) La liberté d'expression, condition première de l'expression constitutionnelle citoyenne

1139. Le citoyen peut compter sur la liberté d'expression pour s'exprimer constitutionnellement dans la mesure où elle est consacrée par le droit national et considérée comme fondamentale (1).

1140. Les représentants et les juges sont néanmoins venus encadrer l'exercice de cette liberté, ce qui peut paraître légitime mais révèle également que cette liberté est facilement modulable par les volontés gouvernementales (2).

1) La liberté d'expression, une liberté essentielle et consacrée

1141. La lecture de la littérature juridique et de la jurisprudence témoigne de l'importance capitale de la liberté d'expression pour l'expression constitutionnelle des citoyens (a). L'action du législateur va également dans ce sens en favorisant une expression avertie et sécurisée du citoyen (b).

a) L'importance capitale de la liberté d'expression pour la doctrine et la jurisprudence

1142. Dans l'affaire *Simms* en 1999, Lord Steyn rappela le caractère fondamental de la liberté d'expression dans une démocratie¹⁵³⁹. Il rappelle que dans une démocratie, la liberté d'expression constitue le « *point de départ* » et que sans elle l'idée de *rule of law* est irréalisable. Elle permet au citoyen de pouvoir se prononcer librement sur la politique menée par les représentants et sur sa conformité avec les règles constitutionnelles et fait ainsi partie des mécanismes permettant d'activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Cette

¹⁵³⁹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115: "The starting point is the right of freedom of expression. In a democracy it is the primary right: without it an effective rule of law is not possible".

liberté permet aux individus « *d'avoir leurs propres opinions, de recevoir et de partager des idées* »¹⁵⁴⁰ sans que l'État n'interfère.

1143. La forme du jugement constitutionnel émis par le citoyen faisant usage de sa liberté d'expression, n'est pas facilement identifiable car il n'a pas forcément de support écrit et n'est pas non plus toujours le résultat d'un raisonnement explicite ; le jugement constitutionnel est ici ce que les citoyens veulent bien en laisser entendre. « *Le savoir politique des citoyens (...) n'est pas aisément formalisable* »¹⁵⁴¹, « *sa mise en application dans l'action est aléatoire* »¹⁵⁴² et « *les choix qui se déduisent du raisonnement qu'il alimente sont imprévisibles.* »¹⁵⁴³.

1144. La liberté d'expression est essentielle au libéralisme politique. Elle peut être considérée comme essentielle pour la réalisation du contrat social de John Locke¹⁵⁴⁴ car sans cette liberté, l'appréciation de la conformité des actions des gouvernants à l'objet du contrat social -établir des institutions pour protéger la propriété c'est-à-dire « *la vie, la liberté et les possessions* »¹⁵⁴⁵- est impossible. En effet, le contrat social ne peut fonctionner que si les institutions agissent dans le sens de la préservation de la propriété de chacun et chacune, or pour apprécier cela encore faut-il avoir la liberté de l'exprimer publiquement.

1145. Elle est, comme l'affirme Emmanuel Kant¹⁵⁴⁶, un outil permettant à l'individu de sortir de la minorité politique, c'est-à-dire de s'extraire de « *l'état de tutelle* »¹⁵⁴⁷ dont il serait lui-même responsable. Sortir de cette tutelle c'est se « *servir de son entendement sans être dirigé par un autre* »¹⁵⁴⁸ ; ce qui suppose la reconnaissance de la liberté de l'exprimer¹⁵⁴⁹. Se servir de son entendement c'est pouvoir faire un « *usage public de sa raison et ce, dans tous les domaines.* »¹⁵⁵⁰. La théorie de Kant permet de montrer l'importance de la liberté d'expression pour l'exercice par le citoyen de la justice constitutionnelle dans un régime

¹⁵⁴⁰ FEIKERT-AHALT Clare. "Limits on Freedom of Expression: United Kingdom", *Library of Congress*, 2019 [En ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.loc.gov/law/help/freedom-expression/uk.php#_ftn1.

¹⁵⁴¹ OGIEN Albert, LAUGIER Sandra. *Le principe démocratie – Enquête sur les nouvelles formes du politique*, Paris, La découverte, 2014, 282 p., p. 74.

¹⁵⁴² *Ibid.*

¹⁵⁴³ *Ibid.*

¹⁵⁴⁴ LOCKE John. *Traité du gouvernement civil, op. cit.*, p. 78.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 28.

¹⁵⁴⁶ KANT Emanuel. *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, 2008, 454 p., pp. 5-18, p. 5.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*

¹⁵⁴⁹ *Ibid.* : « *Or pour répandre ces lumières, il n'est besoin de rien d'autre que la liberté ; de fait, de sa plus inoffensive manifestation, à savoir l'usage public de sa raison et ce, dans tous les domaines.* ».

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 3.

démocratique et libéral. C'est grâce à elle que l'individu peut se saisir lui-même des affaires politiques et communiquer son point de vue à la société. En sortant de la minorité, il peut devenir un intervenant dans la justice constitutionnelle s'il émet son opinion sur des sujets constitutionnels. C'est cette liberté qui donne au citoyen le cadre pour pouvoir se saisir lui-même des affaires politiques et constitutionnelles. Elle va lui permettre de penser par lui-même et de pouvoir émettre son point de vue constitutionnel.

1146. John Stuart Mill a également insisté dans son ouvrage *On Liberty* sur l'importance fondamentale de la liberté d'expression et donc d'une absence de censure sur les opinions exprimées. L'auteur insiste sur l'importance capitale de laisser une opinion -vraie ou fausse- circuler car même le « faux » a des avantages ; il permet de mieux cerner où se trouve la vérité¹⁵⁵¹. La libre d'expression des opinions permet aux membres de la société civile et politique d'échanger et d'arriver ensemble à la vérité. Cette pensée est importante pour comprendre l'importance de la liberté d'expression pour l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle dans un régime politique libéral. Si les notions de « vraies » ou « faux » doivent être relativisées, le cœur du message de Mill est fondamental. Il place l'écoute et l'échange d'arguments au centre d'un régime politique libéral. Et c'est par l'écoute et l'échange que peut se réaliser un jugement constitutionnel démocratique et libéral.

1147. L'intervention des citoyens dans l'exercice de la justice constitutionnelle grâce à la liberté d'expression apparaît consolidée dans la mesure où cette liberté fait l'objet d'une protection par les juridictions britanniques, que ce soit en application du *common law* ou du *Human Rights Act*.

1148. Dans la jurisprudence, jusqu'à l'adoption du *Human Rights Act* en 1998, la liberté d'expression n'était conçue que dans le cadre de la conception britannique « négative » et « résiduelle » des libertés¹⁵⁵². Lord Goff of Chieveley le soulignait dans l'affaire *Guardian Newspapers Ltd* rendue en 1988 par la Chambre des Lords, en rappelant que contrairement à l'article 10 de la CEDH, le *common law* ne pose pas de droit positif à la liberté d'expression. À la place, il pose une présomption de liberté d'expression conditionnée par les limitations à cette

¹⁵⁵¹ MILL John Stuart. *On liberty*, Kitchener, Ontario, Batoche Books Kitchener, 2001, 109 p., p. 19 : « *But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; (...); those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth : if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier perception of truth, produced by its collision with error* ».

¹⁵⁵² European Parliament. *Freedom of expression, a comparative- law perspective – The United Kingdom*, Study, Comparative Law Library Unit, 2019, 54 p., p. 1: “*For so much of its history, freedom of expression has existed as a residual freedom only. That is to say, it existed insofar as no other legal rule (statutory or judge made) restricted expression.*”.

liberté prévues par le droit¹⁵⁵³. La liberté de s'exprimer n'était pas consacrée expressément mais se déduisait négativement de l'ensemble des restrictions à la parole apportées par les juges ou le législateur. L'idée, régulièrement défendue par la jurisprudence¹⁵⁵⁴, était celle d'une équivalence entre la protection accordée à la liberté d'expression dans le *common law* et celle dont elle bénéficie grâce à la loi de 1998 et à la CEDH.

1149. La liberté d'expression au Royaume-Uni a été bouleversée par l'adoption du *Human Rights Act* 1998 qui rompt avec la conception résiduelle et négative des droits et libertés¹⁵⁵⁵. Cette liberté est consacrée expressément à l'article 10 de la CEDH qui est transposé dans le droit interne britannique par le biais de la loi de 1998.

1150. Dans l'affaire *Simms*, Lord Steyn insista sur l'importance démocratique de la liberté d'expression. Elle permet non seulement de conférer de la légitimité aux décisions des autorités publiques, mais aussi de soumettre ces dernières à une publicité et à une surveillance que suppose la possibilité d'une discussion ouverte. Cette liberté « agit comme un frein à l'abus de pouvoir des agents publics. »¹⁵⁵⁶. Elle permet « l'exposition des erreurs dans la gouvernance et l'administration de la justice du pays. »¹⁵⁵⁷. Ici aussi, les termes employés par le juge transcrivent la responsabilité constitutionnelle qui incombe aux gouvernants, celle-ci étant encouragée par la liberté laissée aux citoyens de se prononcer sur la politique mise en œuvre.

1151. La liberté d'expression a aussi été définie et protégée dans l'affaire *Lee v. Ashers*, dans laquelle la Cour suprême en 2018 indique, que cette liberté impliquait qu'aucune personne ne pouvait être contrainte d'exprimer une opinion politique à laquelle il n'adhère pas¹⁵⁵⁸. Cette absence d'obligation est fondamentale, selon Jacob Rowbottom car elle permet la réalisation de l'autonomie de l'individu dans ce qu'il choisit de dire ou non¹⁵⁵⁹. Dans cette perspective, la juridictionnalisation peut aller de pair avec l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle

¹⁵⁵³ *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1988] UKHL 6.

¹⁵⁵⁴ Voir p. ex. *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1988] UKHL 6 et *Derbyshire CC v. Times Newspapers Ltd* [1993] UKHL 18.

¹⁵⁵⁵ European Parliament. *Freedom of expression, a comparative- law perspective – The United Kingdom*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁵⁶ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms*, [2000] 2 AC 115.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ *Lee (Respondent) v. Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland) Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 Reference by the Attorney General to the Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (No 2)*, [2018] UKSC 49.

¹⁵⁵⁹ ROWBOTTOM Jacob. "Cakes, Gay Marriage and the Right against Compelled Speech", *UK Constitutional Law Association*, 16th October 2018, [En ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/10/16/jacob-rowbottom-cakes-gay-marriage-and-the-right-against-compelled-speech/>.

quand les solutions dégagées par les juges sont favorables à la liberté d'expression. La place du peuple dans l'exercice de la justice constitutionnelle se trouve néanmoins menacée quand la jurisprudence restreint considérablement son exercice. Cela témoigne encore de la fragilité de l'intervention citoyenne dans la justice constitutionnelle, cette fois-ci trop dépendante de l'action des juges. Cette dernière est néanmoins également liée à la liberté d'expression des citoyens.

1152. En plus d'être appuyée par la doctrine et protégée par la jurisprudence, la liberté d'expression se trouve également consolidée par l'action du législateur.

b) La liberté d'expression consolidée par l'action du législateur

1153. La liberté d'expression et donc d'expression constitutionnelle est également protégée par le législateur dans la mesure où de nombreuses lois ont été adoptées afin de consolider cette liberté. L'exercice de la justice constitutionnelle par le législateur (qui vient concrétiser la liberté d'expression consacrée notamment dans la loi de 1998) active ainsi l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle.

1154. La liberté d'expression est encouragée par le *Freedom of Information Act (FOIA)* voté en 2000 (entré en vigueur en 2005) qui peut permettre au citoyen et aux médias de critiquer les gouvernants sur la base des informations qu'ils détiennent¹⁵⁶⁰. Cette loi s'applique à toutes les parties du Royaume-Uni sauf à l'Écosse qui a sa propre législation, le *Freedom of Information (Scotland) Act 2002*. La liberté d'expression est ainsi confortée par la liberté d'information dans la mesure où comme Lord Steyn le précisait dans l'affaire *Simms* : « *La libre circulation des informations et des idées alimente le débat politique.* »¹⁵⁶¹. La section 1 de

¹⁵⁶⁰ *Freedom of Information Act 2000*. Pour un bilan de la mise en oeuvre de cette loi voir notamment. FISHER Liz. "Liz Fisher: A Decade in the Glass House", *UK Constitutional Law Association*, 24th June 2015, [en ligne], [consultée le 24 juin 2015], <https://ukconstitutionallaw.org/2015/06/24/liz-fisher-a-decade-in-the-glasshouse/>.

¹⁵⁶¹ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115: "Freedom of expression is, of course, intrinsically important: it is valued for its own sake. But it is well recognised that it is also instrumentally important. It serves a number of broad objectives. First, it promotes the self fulfilment of individuals in society. Secondly, in the famous words of Mr. Justice Holmes (echoing John Stuart Mill), "the best

cette loi consacre un droit général d'accès aux informations détenues par les autorités publiques qui recouvre deux éléments : le droit pour celui qui sollicite l'information d'être informé par écrit par l'autorité publique sur la détention de l'information requise ; et si tel est le cas, le droit à ce que la dite information lui soit communiquée¹⁵⁶². Tout individu peut formuler une demande d'information, même ceux qui ne sont pas des citoyens ou résidents britanniques. La notion « *d'autorité publique* » est spécifiquement définie aux sections 3 à 7 de la loi de 2000¹⁵⁶³. La section 3 renvoie notamment à l'annexe 1 de la loi qui fournit une liste de certaines autorités publiques¹⁵⁶⁴ : tant un département gouvernemental, la Chambre des Communes, la Chambre des Lords que les assemblées nord-irlandaise et galloise sont -sauf dans certains cas prédéterminés dans la loi- des « *autorités publiques* » au sens de la loi de 2000.

1155. Un organisme spécifique, le Bureau du Commissaire de l'information (*Information Commissioner's Office*)¹⁵⁶⁵, contribue à l'effectivité des droits à l'information¹⁵⁶⁶ en général ou spécifiquement en matière environnementale, et à la protection des données à caractère personnel des individus¹⁵⁶⁷. Ce Bureau contribue à l'effectivité des lois garantissant ces droits et cette protection, il participe ainsi à la mise en œuvre du *Freedom of Information Act* 2000. Le particulier devra ainsi saisir le Commissaire en cas de non réponse ou de refus de l'autorité publique concernée¹⁵⁶⁸. La réponse apportée par le Commissaire sera elle-même susceptible d'appel devant le *First-tier Tribunal*. C'est grâce à l'accès à certaines informations que les membres de la société civile pourront avoir une meilleure connaissance des politiques menées par les autorités publiques.

test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market.": *Abraham v. United States* 250 U.S. 616, at 630 (1919), per Holmes J. (dissent). Thirdly, freedom of speech is the lifeblood of democracy. The free flow of information and ideas informs political debate."

¹⁵⁶² *Freedom of Information Act*, section 1 : "Any person making a request for information to a public authority is entitled—(a) to be informed in writing by the public authority whether it holds information of the description specified in the request, and (b) if that is the case, to have that information communicated to him."

¹⁵⁶³ *Ibid.*, sections 3-7.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, schedule 1.

¹⁵⁶⁵ « ICO. Information Commissioner's Office », [en ligne], [consultée le 20/04/2020], <https://ico.org.uk/>.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, « What we do », [en ligne], [consultée le 20/04/2020], <https://ico.org.uk/about-the-ico/what-we-do/>.

¹⁵⁶⁷ Au titre de cette mission de protection des droits à l'information et des données à caractère personnel, ce Bureau veille à l'application de législations tant nationales qu'euro-péennes. Parmi les premières, en plus du *Freedom of Information Act* 2000, figure le *Data Protection Act* 2018 ; parmi les secondes figurent des directives européennes transposées par des règlements et qui feront toujours partie du droit national après le jour d'expiration de la période de transition, et des règlements européens d'applicabilité directe. Ainsi, les *Environmental Information Regulations* ont été adoptées pour transposer une directive, et la *General Data Protection Regulation* est un règlement européen.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, « Make a Complaint », [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <https://ico.org.uk/make-a-complaint/>.

1156. Le droit à l'information de la loi de 2000 et la liberté d'expression sont également importants pour les médias qui jouent un rôle d'expression constitutionnelle mais aussi d'alimentation de l'expression constitutionnelle du peuple. Ces droits permettent au média de pouvoir s'informer et de pouvoir publier dans un cadre juridique déterminé. Les citoyens et membres de la société civile, vont s'alimenter des informations divulguées par les médias pour s'exprimer eux mêmes sur les actes et agissements des gouvernants¹⁵⁶⁹.

1157. Cela c'est observé dans le scandale entourant les notes de frais des parlementaires en 2009. En l'espèce, la divulgation des dépenses parlementaires par le *Daily Telegraph* avait été autorisée par une *Divisional court* de la *High Court* en 2008¹⁵⁷⁰ sur fondement du *FOIA* de 2000. Ces publications permettent non seulement aux journalistes de s'exprimer sur la politique ou sur le comportement de certains représentants mais bien plus, aideront à l'exercice de la justice constitutionnelle des citoyens. Dans l'affaire des notes de frais, ces publications permettaient aux citoyens d'apprécier la conformité du comportement de certains parlementaires aux exigences du bien commun. « *La liste qui avait été élaborée par la Chambre des Communes à destination du public était incomplète, mais le Daily Telegraph parvient à se procurer une liste bien plus détaillée de ces dépenses. Ce journal la publie, dissipant ainsi entièrement l'opacité sur la gestion de ces dépenses. Les contribuables britanniques ont alors pu par exemple découvrir qu'ils avaient financé une bonne partie des frais d'entretien et d'ameublement des résidences secondaires des membres de la Chambre des Communes* »¹⁵⁷¹. Pour Céline Roynier, les divulgations de ces informations par la presse ont permis d'actionner une « *morale constitutionnelle* »¹⁵⁷², c'est-à-dire une appréciation de la constitutionnalité des comportements des dirigeants et représentants.

1158. Ce rôle d'aide apportée par les médias à la formation de l'opinion citoyenne a d'ailleurs été remarquée par la jurisprudence de 2013 de la CourEDH *Animal Defenders*

¹⁵⁶⁹ Equality and Human Rights Commission. *Freedom of Expression - Guidance - Legal Framework*, 2015, 27 p., pp. 15-16: "Media scrutiny of government and opposition encourages good governance, by helping to expose corruption or conflicts of interest. It enables the public to participate in decision-making through free access to information and ideas."

¹⁵⁷⁰ *Corporate Officer of the House of Commons v. Information Commissioner* [2008] EWHC 1084 (Admin).

¹⁵⁷¹ ROYNIER Céline. "La résolution du scandale des notes de frais des MPs au Royaume-Uni ou les bienfaits de la morale constitutionnelle", *Jus Politicum Blog*, 2017, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <http://blog.juspoliticum.com/2017/03/20/la-resolution-du-scandale-des-notes-de-frais-des-mps-au-royaume-uni-ou-les-bienfaits-de-la-morale-constitutionnelle/>

¹⁵⁷² *Ibid.* : « Dans ce contexte, la morale est bien une morale constitutionnelle : elle contribue à une détermination juste du bien public. L'un des avantages de cette morale est qu'elle peut être techniquement déclinée aussi bien sur le plan institutionnel - par la séparation des pouvoirs par exemple - que sur le plan individuel - par l'éthique et la déontologie. C'est bien cette morale constitutionnelle rudimentaire qui a conditionné et déterminé la résolution de la crise des parlementaires en 2009 au Royaume-Uni. ».

*International v United Kingdom*¹⁵⁷³. La garantie de la liberté d'expression ne signifie pas pour autant que les médias jouent un rôle efficace dans la justice constitutionnelle. Cela dépend entre autres de son niveau d'indépendance face aux représentants et notamment de son mode d'organisation économique –de la provenance de ses financements par exemple-.

1159. Le citoyen fait également usage de sa liberté d'expression en matière constitutionnelle sur internet, et notamment les réseaux sociaux. Le législateur vient également conforter la liberté d'expression du citoyen quand il légifère pour permettre la protection des données à caractère personnel. Ces données sont « *les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable* »¹⁵⁷⁴. La section 3(3) du *Data Protection Act* voté en 2018 définit un individu « *identifiable* » comme quelqu'un qui peut être identifié, directement ou indirectement par référence à un nom, à un numéro d'identification, à une donnée à caractère géographique, à un identifiant internet ou à tout autre facteur physique, physiologique, génétique, mental, économique, culturel ou social¹⁵⁷⁵.

1160. La section 2 de la loi de 2018, protège le traitement des données à caractère personnel des individus en posant trois exigences: « *exiger que les données à caractère personnel soient traitées de manière licite et loyale, sur la base du consentement de la personne concernée ou sur une autre base spécifiée,* » ; conférer « *à la personne concernée le droit d'obtenir des informations sur le traitement des données à caractère personnel et d'exiger la rectification de données à caractère personnel inexacts,* » ; « *conférer des fonctions au commissaire, en confiant au titulaire de ce poste la responsabilité du suivi et de l'application de leurs dispositions* »¹⁵⁷⁶. Le commissaire exerce ainsi une mission de justice constitutionnelle, censée elle-même conforter la liberté d'expression des individus. Cette protection confère à l'individu des droits, lui garantissant l'absence de l'utilisation de ses données personnelles mais

¹⁵⁷³ *Case of Animal Defenders International v. The United Kingdom*, [2013], CourEDH Grand Chamber n°48876/08, par. 102: “*freedom of the press and other news media affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders.*”.

¹⁵⁷⁴ « *What is personal data?*”, ICO, *Information Commissioner's Office*, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/key-definitions/what-is-personal-data/>.

¹⁵⁷⁵ *Data Protection Act 2018*, section 3(3): ““*Identifiable living individual*” means a living individual who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to—(a)an identifier such as a name, an identification number, location data or an online identifier, or (b)one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of the individual.”.

¹⁵⁷⁶ *Data Protection Act 2018*, section 2(1): “*The GDPR, the applied GDPR and this Act protect individuals with regard to the processing of personal data, in particular by—(a)requiring personal data to be processed lawfully and fairly, on the basis of the data subject's consent or another specified basis, (b)conferring rights on the data subject to obtain information about the processing of personal data and to require inaccurate personal data to be rectified, and (c)conferring functions on the Commissioner, giving the holder of that office responsibility for monitoring and enforcing their provisions.*”.

aussi l'accès à ces données. Elle lui permet par exemple d'entourer de garanties les publications et opinions, sur des sujets constitutionnels, qu'il émettrait sur internet. Bien plus, cette protection devrait lui permettre de ne pas voir ses données personnelles exploitées pour influencer son opinion constitutionnelle. C'est pourtant ce qui s'est passé avec le scandale *Facebook-Cambridge Analytica* où la collecte et l'utilisation des données, à partir de 2014, de millions d'utilisateurs facebook, ont pu influencer sur l'opinion des citoyens, notamment celle délivrée lors du scrutin sur le référendum du Brexit.

1161. En dépit de son importance capitale pour l'expression constitutionnelle du citoyen, la liberté d'expression est néanmoins encadrée et limitée.

2) Une liberté encadrée et limitée

1162. Tout en étant garantie comme liberté constitutionnelle, elle ne constitue pas une liberté « absolue » et fait donc l'objet de nombreuses réglementations et limitations. Ces dernières montrent que l'expression constitutionnelle du peuple bien que fondamentale est également très encadrée et ainsi limitée¹⁵⁷⁷. L'exercice de la justice constitutionnelle par le citoyen dépend ainsi intrinsèquement de l'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants, c'est-à-dire de la manière dont ces derniers vont concrétiser et encadrer la liberté d'expression dans l'ordre constitutionnel. De l'intervention des représentants dans la liberté d'expression résulte la limitation de la place des citoyens dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

1163. Dans le cadre dessiné par la CEDH, les autorités politiques peuvent venir limiter la liberté d'expression si leur action est « légale, nécessaire et proportionnée » afin notamment de protéger l'ordre public¹⁵⁷⁸ et de garantir notamment la sécurité publique¹⁵⁷⁹, la santé publique¹⁵⁸⁰, les droits d'autres personnes¹⁵⁸¹. Le législateur a joué un rôle important dans la

¹⁵⁷⁷ European Parliament. *Freedom of expression, a comparative- law perspective – The United Kingdom*, op. cit., p. 47: "Notwithstanding the welcome move away from residual protection for freedom of expression in the domestic constitution brought about by the Human Rights Act 1998, the latter has not engendered an expansive reconfiguring of freedom of expression."

¹⁵⁷⁸ "Article 10: Freedom of expression", *Equality Human Rights Commission*, 2019 [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/y-dedddf-hawliau-dyno/article-10-freedom-expression>.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

confection de ces limitations par l'adoption de législations en matière pénale et civile. Ainsi l'expression constitutionnelle du citoyen devra respecter un cadre législatif précis.

1164. Tout d'abord, le législateur a accompagné la consécration d'un droit à l'information dans le *Freedom Information Act* 2000 d'importantes exceptions, qui viennent encadrer le droit d'accès à l'information des citoyens.

1165. Elles sont listées dans la Partie II de la loi et reconnaissent aux autorités publiques, le droit de refuser aux citoyens des informations relatives à certains aspects jugés importants de la politique intérieure et internationale. Comme le rappelle Lord Neuberger dans l'affaire *Evans* en 2015 devant la Cour suprême, ces exceptions sont soit absolues soit relatives¹⁵⁸² : les premières signifient que les autorités publiques en question n'ont aucune obligation de divulguer l'information demandée (sauf si une raison extérieure à la loi de 2000 le requiert)¹⁵⁸³ ; les secondes imposent aux autorités d'effectuer une sorte de test mesurant en quoi l'intérêt public requiert ou non la divulgation de l'information¹⁵⁸⁴.

1166. Les exceptions peuvent être « *basées sur la classe* » ou « *basées sur le préjudice* »¹⁵⁸⁵. Pour faire valoir les exceptions « *basées sur la classe* », les autorités publiques n'ont pas à démontrer le préjudice que causerait la publication, alors que pour les secondes, les autorités doivent démontrer que le préjudice pouvant résulter de l'exception est susceptible de se réaliser. Toutes les exceptions absolues et quelques exceptions relatives sont des exceptions « *basées sur la classe* ». Lorsqu'il s'agit d'une exception « *basée sur le préjudice* » l'autorité concernée doit tout de même procéder au test de l'intérêt public. Quand l'autorité invoque une exception « *basée sur la classe* » et relative, même si elle n'a pas à démontrer l'éventualité d'un préjudice, elle doit néanmoins appliquer le test de l'intérêt public.

1167. Les exceptions au droit d'accès à l'information ont en principe une durée de vie limitée ; certaines cependant survivent tant qu'elles existent dans la loi. Pour les exceptions à durée limitée, des périodes de 20, 30, 60 ou encore 100 ans sont prévues par la loi. Beaucoup

¹⁵⁸² *R (on the application of Evans) and another (Respondents) v. Attorney General (Appellant)* [2015] UKSC 21, par. 9. Voir sur cette jurisprudence. ELLIOTT Mark. "Of Black Spiders and Constitutional Bedrocks: The Supreme Court judgement in Evans", *Public Law for Everyone*, 26th March 2015, [en ligne], [consultée le 18 mai 2015], <http://publiclawforeveryone.com/2015/03/26/of-black-spiders-and-constitutional-bedrock-the-supreme-courts-judgment-in-evans/>; HOOPER J. Hayley. "Hayley.J Hooper: Keep Calm and Carry On?", *UK Constitutional Law Association*, 16th October 2012, [en ligne], [consultée le 11 mars 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/10/16/hayley-j-hooper-keep-calm-and-carry-on/>.

¹⁵⁸³ A The National Archives. "Freedom of Information – exemptions", *OGI*, 2019, [en ligne], [consultée le 14/05/2020], <https://www.nationalarchives.gov.uk/documents/information-management/freedom-of-information-exemptions.pdf>.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

d'exceptions ont vu leur durée de vie passée de 30 à 20 ans suite à l'adoption du *Constitutional Reform and Governance Act 2010*. Toutes les sections de la loi de 2000 sauf les sections 21 (*Information accessible to applicant by other means*), 23 (*Informations supplied by, or relating to bodies dealing with security matters*) 34 (*Parliamentary privilege*), 37 (*Communications with Her Majesty, etc., and honours*), 40(1) et 40(2) (*personal information*), 41 (*Information provided in confidence*) et 44 (*Prohibitions on disclosure*) prévoient des exceptions « relatives » au droit d'accès aux informations détenues par les autorités publiques¹⁵⁸⁶. Certaines de ces exceptions relatives intéressent particulièrement la possibilité et le contenu de l'expression constitutionnelle du citoyen, et donc sa capacité à formuler des jugements constitutionnels sur les politiques menées. C'est le cas de la section 35 de la loi de 2000 selon laquelle est exempté de l'obligation de communication, les informations détenues par un département gouvernemental ou par l'Assemblée galloise lorsqu'elles sont relatives à la « *formulation ou au développement d'une politique gouvernementale* »¹⁵⁸⁷. Cette exception est fondamentale en ce qu'elle concerne un thème directement lié à la justice constitutionnelle dont l'objet est d'apprécier les implications constitutionnelles de la politique courante des gouvernants. Cette exception étant une exception « basée sur la classe » mais relative, le citoyen peut espérer avoir communication des dites informations si le test de l'intérêt public joue en sa faveur. Est flagrant alors le manque d'emprise du citoyen sur un tel processus de communication d'information et une grande marge de manœuvre laissée aux autorités publiques.

1168. De manière générale, de telles exceptions montrent que les membres de la société civile ne peuvent être éclairés sur tout sujet qui touche la politique du pays et que, ce faisant, leur opportunité de se prononcer sur son bienfondé (constitutionnel notamment) est réduite. Les informations relatives à la sécurité nationale¹⁵⁸⁸, à la défense¹⁵⁸⁹, au privilège parlementaire¹⁵⁹⁰ peuvent légitimement ne pas être communiquées si leur divulgation fait peser des menaces sur ces trois éléments.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*

¹⁵⁸⁷ *Freedom of Information Act 2000*, section 35(1): "Information held by a government department or by [F]the Welsh Assembly Government] is exempt information if it relates to—(a)the formulation or development of government policy,".

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, section 24.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, section 26(1): "Information is exempt information if its disclosure under this Act would, or would be likely to, prejudice—(a)the defence of the British Islands or of any colony, or (b)the capability, effectiveness or security of any relevant forces.".

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, section 34(1): "Information is exempt information if exemption from section 1(1)(b) is required for the purpose of avoiding an infringement of the privileges of either House of Parliament.".

1169. Dans le cadre pénal, la liberté d'expression du citoyen ne devra pas causer de la détresse, être constitutive de harcèlement ou d'une infraction. La section 1 du *Malicious Communications Act* de 1988 interdit l'envoi à une autre personne de toute lettre, communication électronique ou description qui contient « un message indécent ou grossièrement offensant », une « menace » ou une « information qui est fausse », dont l'expéditeur connaît le caractère faux¹⁵⁹¹.

1170. Le *Public Order Act* de 1986 -tel que modifié par le *Racial and Religious Hatred Act* de 2006- restreint également la liberté d'expression et donc la liberté d'expression en matière constitutionnelle, sa partie III prévoyant l'infraction de l'incitation à la haine raciale¹⁵⁹². La partie IIIA) est relative à la répression pénale de l'incitation à la haine sur des fondements religieux ou d'orientation sexuelle¹⁵⁹³. La loi de 2006 a modifié celle de 1986 en créant de nouvelles infractions du chef des discours incitant à la haine sur des fondements raciaux et religieux¹⁵⁹⁴.

1171. L'expression constitutionnelle est également encadrée par les lois réprimant les conduites qui viendraient freiner et empêcher l'administration de la justice. La loi applicable est le *Contempt of Court Act* de 1981. Cette loi établit à la section 1¹⁵⁹⁵ un principe de responsabilité (*strict liability rule*) des personnes émettant, selon la section 2, des documents écrits ou des paroles à destination du public et qui « créent un risque substantiel », intentionnel ou non, que le cours de la justice soit entravé ou préjudiciable¹⁵⁹⁶. Le principe de responsabilité posée par la *strict liability rule* qualifie comme *contempt of court* le comportement réprimé à savoir, celui d'interférer avec la décision de justice¹⁵⁹⁷. Le citoyen ne peut ainsi se servir de sa

¹⁵⁹¹ *Malicious Communications Act* 1988, section 1: "Any person who sends to another person—(a) a [F1]letter, electronic communication or article of any description] which conveys— (i) a message which is indecent or grossly offensive; (ii) a threat; or (iii) information which is false and known or believed to be false by the sender; or (b) any [F2]article or electronic communication] which is, in whole or part, of an indecent or grossly offensive nature, is guilty of an offence if his purpose, or one of his purposes, in sending it is that it should, so far as falling within paragraph (a) or (b) above, cause distress or anxiety to the recipient or to any other person to whom he intends that it or its contents or nature should be communicated."

¹⁵⁹² *Public Order Act* 1986, section 17: "In this Part "racial hatred" means hatred against a group of persons F1. . . defined by reference to colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins."

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ *Racial and Religious Hatred Act* 2006, section 1: "The *Public Order Act* 1986 (c. 64) is amended in accordance with the Schedule to this Act, which creates offences involving stirring up hatred against persons on religious grounds."

¹⁵⁹⁵ *Contempt of Court Act* 1981, section 1: "In this Act 'the strict liability rule' means the rule of law whereby conduct may be treated as a contempt of court as tending to interfere with the course of justice in particular legal proceedings regardless of intent to do so."

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, section 2(2): "The strict liability rule applies only to a publication which creates a substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced."

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, section 1.

liberté d'expression pour émettre son opinion constitutionnelle que si elle ne nuit pas au rendu de la justice.

1172. La liberté d'expression constitutionnelle est aussi limitée par des règles de déroulement des élections découlant notamment du *Representation of the People Act 1983*¹⁵⁹⁸ ou encore du *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*¹⁵⁹⁹ ; ou encore par des lois relatives à la sécurité publique et la sécurité de l'État. En la matière, la législation sur le terrorisme -*Terrorism Act 2000, Terrorism Act 2006*- limite les capacités d'expression constitutionnelle du citoyen. Ce dernier ne peut faire valoir son interprétation constitutionnelle en posant un acte terroriste. La section 1 de la loi de 2000 précise ainsi qu'il faut entendre par « terrorisme » « l'utilisation ou la menace de l'action » dans l'objectif de faire valoir une cause « politique, religieuse, raciale ou idéologique »¹⁶⁰⁰. La loi de 2006, dans sa section 1, vient quant à elle, pénaliser les expressions qui pourraient être considérées par des personnes raisonnables comme un encouragement ou une incitation directe ou indirecte à la Commission, la préparation ou l'instigation d'actes de terrorisme¹⁶⁰¹.

1173. L'expression constitutionnelle des citoyens doit aussi s'insérer dans le cadre de législations relatives à la moralité publique. Sont concernées ici les *Obscene Publications Act* de 1959 et 1964 qui viennent réprimer les publications considérées comme obscènes ou dépravantes. La loi de 1959 punit d'une amende ou d'un emprisonnement de maximum 5 ans, l'auteur de publications d'articles dont l'objectif est de dépraver ou de corrompre des personnes susceptibles d'en lire le contenu¹⁶⁰². La loi de 1964 avait pour objectif de renforcer la répression de publication à des fins lucratives de matériels obscènes, ainsi que de publication de choses destinées à la production de matières obscènes¹⁶⁰³.

1174. Dans la même perspective, l'*Indecent Displays (Control) Act* de 1981 pénalise le comportement de celui qui publie un propos indécent ou qui permet ou cause la réalisation

¹⁵⁹⁸ *Representation of the People Act 1983*.

¹⁵⁹⁹ *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*.

¹⁶⁰⁰ *Terrorism Act 2000*.

¹⁶⁰¹ *Terrorism Act 2006*, section 1(1): "This section applies to a statement that is likely to be understood by [F1a reasonable person] as a direct or indirect encouragement or other inducement [F2, to some or all of the members of the public to whom it is published,] to the commission, preparation or instigation of acts of terrorism or Convention offences."

¹⁶⁰² *Obscene Publications Act 1959*, section 2(1): "Subject as hereinafter provided, any person who, whether for gain or not, publishes an obscene article [F1 or who has an obscene article for publication for gain (whether gain to himself or gain to another)] shall be liable—(a) on summary conviction to a fine not exceeding one hundred pounds or to imprisonment for a term not exceeding six months; (b) on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding [F2 five years] or both."

¹⁶⁰³ *Obscene Publications Act 1964*: "An Act to strengthen the law for preventing the publication for gain of obscene matter and the publication of things intended for the production of obscene matter."

d'une telle publication¹⁶⁰⁴. L'expression constitutionnelle des citoyens doit aussi se conformer à des considérations de moralité et de bien être des enfants. Des dispositions relatives à la prévention de l'exploitation d'enfants par la conception de photographies obscènes d'une part, et à la pénalisation de leur publication et diffusion d'autre part, sont prévues dans le *Protection of Children Act* de 1978¹⁶⁰⁵. Le citoyen ne saurait non plus utiliser un divertissement théâtral au contenu obscène pour s'exprimer et donc pour émettre une expression constitutionnelle. Un tel type de divertissement théâtral est prohibé par le *Theatres Act* 1968.

1175. En droit civil, plusieurs lois contribuent également à encadrer la liberté d'expression constitutionnelle du citoyen. Elles sont relatives tant à la diffamation (*Defamation Act* 1996 ; *Defamation Act* 2013), à la diffusion et aux communications (*Communication Act* 2013) qu'aux droits d'auteurs (*Copyright, Design and Patents Act* 2013).

1176. L'exercice de la liberté d'expression est également limité par d'autres droits et libertés auxquels il ne peut contrevenir, comme le droit à la vie privée des personnes et même le droit à la vie (article 2 CEDH)¹⁶⁰⁶. Sans le respect de ces autres droits et libertés, la liberté d'expression ne peut servir d'outil dans l'exercice de la justice constitutionnelle dans un régime libéral et démocratique.

1177. La liberté d'expression n'est pas la seule qui permet l'expression constitutionnelle du citoyen. Tant la liberté d'association que celle de manifestation figurent parmi les outils que les citoyens peuvent utiliser pour exercer la justice constitutionnelle.

B) Les libertés d'association et de manifestation, des outils essentiels mais à l'issue incertaine

1178. Les libertés d'association et de manifestation sont aujourd'hui protégées par l'article 11 du *Human Rights Act*, qui protège la « *freedom of association* » et la « *freedom of assembly* ». La « *liberté d'association* » implique la liberté reconnue à chacune et chacun de s'associer avec d'autres afin de faire partie d'un syndicat, d'un parti politique ou de tout autre

¹⁶⁰⁴ *Indecent Displays (Control) Act* 1981, section 1(1): "If any indecent matter is publicly displayed the person making the display and any person causing or permitting the display to be made shall be guilty of an offence."

¹⁶⁰⁵ *Prevention of Children Act* 1978. Cette loi sera complétée par une loi du même nom en 1999 qui porte l'exigence de la création d'une liste de personnes considérées comme inaptes à travailler avec des enfants.

¹⁶⁰⁶ House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Democracy, freedom of expression and freedom of association: Threat to MPs*, session 2019-2020, 1st report, 64 p., p. 10.

association volontaire comme des Organisations non gouvernementales. La « *freedom of assembly* » qui est la « *liberté de se réunir* » implique la liberté reconnue à chacune et chacun de se rassembler pour manifester pacifiquement.

1179. Tant la liberté d'association (1) que la liberté de manifestation (2) sont à la fois consacrées et encadrées par le droit britannique.

1) La liberté d'association, une liberté insuffisamment consacrée

1180. « *La liberté d'association implique de se réunir pour exprimer une opinion commune ou pour atteindre un objectif commun.* »¹⁶⁰⁷. La liberté d'association a aussi un aspect négatif, celui relatif au droit de ne pas être contraint à rejoindre une association¹⁶⁰⁸. Comme l'observe Sharon Tregaskis, cette liberté est ainsi directement liée aux libertés de conscience et d'expression. Si la liberté d'association est reconnue et consacrée grâce au droit national et supra national, cette consécration souffre néanmoins de failles.

1181. La liberté d'association est reconnue par le législateur, notamment à travers les lois relatives au droit du travail. Dans ce domaine, cette liberté se décline notamment en celle de constituer ou de rejoindre un syndicat, qui sera en charge de défendre les intérêts des salariés face à l'employeur. Le droit pour un salarié de rejoindre un syndicat est protégé tant par le législateur que par le juge. Dans le premier cas, cela est passé par exemple par l'adoption du *Combination Laws Repeal Act 1824* qui prit la place des *Combination Laws* précédentes qui, elles, interdisaient aux travailleurs de s'organiser en syndicats pour porter des revendications. Entre 1980 et 2010, c'est, par ailleurs, une douzaine de lois relatives aux syndicats qui est adoptée¹⁶⁰⁹. Ces législations ont comme préoccupations des thèmes qui sont fondamentaux pour le bon exercice de la liberté d'association dans le milieu de l'entreprise comme : la protection

¹⁶⁰⁷ TREGASKIS Sharon. "Freedom of Association and the Closed Shop: A Balancing of Rights", *Holdsworth Law Review*, vol. 10, 1985, pp. 84-105, p. 84: "*Freedom of association involves coming together to give expression to a common opinion or to achieve a common goal. In this way it is closely linked and complimentary to freedom of thought and conscience and freedom of expression.*"

¹⁶⁰⁸ "Article 11 – Right to freedom of assembly and association", *UK Human Rights Blog*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://ukhumanrightsblog.com/incorporated-rights/articles-index/article-11/>.

¹⁶⁰⁹ PYPER Doug. *Trade union legislation 1979-2010*, House of Commons Library, Briefing Paper, 2017, 11 p.

contre le licenciement et la discrimination fondés sur l'appartenance à un syndicat, les conditions requises pour qu'un syndicat entreprenne une action industrielle ou une grève ou pour qu'il prenne part aux négociations collectives, ou encore les modalités d'élection des représentants des salariés.

1182. Le droit international et européen a également influencé le législateur dans la concrétisation et la protection de la liberté d'association. En matière de droit international, l'Organisation internationale du travail (OIT) a ainsi influencé Westminster, dans la mesure où le Royaume-Uni est un pays fondateur de l'organisation créée en 1918. Cette Organisation, intégrée aux Nations-Unies, enjoint les États membres à respecter le principe de la liberté d'association. En outre, le Royaume-Uni a ratifié plusieurs conventions de l'OIT comme la Convention 87 ou la Convention 98.

1183. De 1979 à 1997 néanmoins, les gouvernements conservateurs ont beaucoup résisté aux standards requis par l'OIT et le Royaume-Uni était souvent sanctionné par l'organisation. Néanmoins, certaines garanties vont être apportées dans les années 1970. Ainsi, l'*Employment Protection (Consolidation) Act 1978* va venir apporter les premières protections du salarié contre un licenciement ou une pratique discriminatoire fondé(e) sur son appartenance à un syndicat¹⁶¹⁰. En 1992, une autre étape est franchie dans la protection de la liberté d'association avec l'adoption du *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*. Ainsi, cette législation va remettre en cause dans sa section 238, un principe issu du *common law* selon lequel un salarié qui prend part à une action industrielle agit en rupture de ce contrat et peut ainsi valablement être licencié¹⁶¹¹. En vertu de cette disposition, la juridiction (*l'employment tribunal*) se voit reconnaître la compétence de recevoir une plainte d'un salarié injustement licencié. Néanmoins la consolidation va être insuffisante, dans la mesure où si cette loi accorde une protection contre le licenciement pour ceux qui participent à une action industrielle, elle ne le fait que pour un laps de temps limité.

1184. Les choses vont changer à partir de l'arrivée au pouvoir du *New Labour* en 1997 qui, sous l'influence du droit européen et international, va consolider la liberté d'association par l'adoption de l'*Employment relations Act 1999*. Cette loi va contenir plusieurs avancées,

¹⁶¹⁰ *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*, section 58 (repealed by *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*).

¹⁶¹¹ *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*, section 238: "(1) This section applies in relation to an employee who has a right to complain of unfair dismissal (the "complainant") and who claims to have been unfairly dismissed, where at the date of the dismissal—(a) the employer was conducting or instituting a lock-out, or (b) the complainant was taking part in a strike or other industrial action."

allant dans le sens d'une meilleure protection de la liberté d'association. La section 1 de cette loi va insérer une nouvelle annexe dans la loi de 1992 précitée, l'annexe A1¹⁶¹². Cette disposition va insérer un mécanisme pouvant contraindre l'employeur à reconnaître un syndicat afin de procéder à une négociation collective limitée. La loi de 1999 va également modifier celle de 1992, en y ajoutant la section 238A, dont un des objectifs est de protéger un salarié qui a pris part à une action industrielle protégée, c'est-à-dire une action qui ne peut faire l'objet d'une action en justice¹⁶¹³.

1185. En 2016, le *Trade Union Act* a été adopté par le gouvernement conservateur avec la volonté de donner aux syndicats un mandat démocratique plus important. Mais là aussi, l'action du législateur semble insuffisante. D'abord, car comme l'affirme Azfer A. Khan, cette loi a pour effet de rendre plus ardue l'organisation par les syndicats d'actions industrielles ou de grèves, mais aussi et surtout car la loi échoue à poursuivre son objectif de démocratisation des syndicats¹⁶¹⁴. En effet, cette législation est venue renforcer les exigences de participation pour entreprendre des actions et démarches syndicales, ce qui a eu comme effet d'encourager l'abstention. Ainsi, la section 2 modifie la section 226 de la loi de 1992 précitée. En vertu de ces modifications, « une action syndicale est considérée comme ayant reçu l'appui du scrutin »¹⁶¹⁵ si au moins 50% de ceux qui sont autorisés à voter l'ont fait dans ce sens. Enfin, la liberté d'association a pris de l'importance en vertu de l'adoption du *HRA* 1998 qui incorpore en droit britannique l'article 11 de la CEDH.

1186. En dehors du droit du travail, le législateur encadre la liberté d'association par le biais du droit pénal mais aussi du droit relatif à l'ordre public. Ainsi, le *Criminal Law Act* 1977 prévoit et punit le « délit de conspiration ». Le *Public Order Act* 1936, quant à lui, prévoit l'illégalité du port de l'uniforme en public avec l'intention de promouvoir un objectif politique,

¹⁶¹² *Employment Relations Act* 1999, section 1: "(1)The *MI Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992 shall be amended as follows. (2)After Chapter V of Part I (rights of trade union members) there shall be inserted—"Chapter VA Collective bargaining: recognition 70A Recognition of trade unions. Schedule A1 shall have effect." (3)Immediately before Schedule 1 there shall be inserted the Schedule set out in Schedule 1 to this Act."

¹⁶¹³ *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, section 238A: "(1)For the purposes of this section an employee takes protected industrial action if he commits an act which, or a series of acts each of which, he is induced to commit by an act which by virtue of section 219 is not actionable in tort. (2)An employee who is dismissed shall be regarded for the purposes of Part X of the *Employment Rights Act* 1996 (unfair dismissal) as unfairly dismissed if—(a)the reason (or, if more than one, the principal reason) for the dismissal is that the employee took protected industrial action, and (b)subsection (3), (4) or (5) applies to the dismissal."

¹⁶¹⁴ KHAN A. Azfer. "The Trade Union Act 2016: What Next", *Cambridge Law Review*, 2017, vol. 2, pp. 213-225.

¹⁶¹⁵ *Trade Union Act* 2016, section 2: "(1)In section 226 of the 1992 Act (requirement of ballot before action by trade union), in subsection (2)(a), after sub-paragraph (ii) insert—'(iia)in which at least 50% of those who were entitled to vote in the ballot did so,'"

ainsi que celle d'appartenir à un groupe organisé et entraîné dans l'objectif de faire usage de la force. Dans cette perspective, la section 2 de la loi de 1936 reconnaît comme coupables d'une infraction, les personnes « *organisées ou formées ou équipées de manière à pouvoir être utilisées pour usurper les fonctions de la police ou des forces armées de la Couronne* », mais aussi celles « *organisées et formées ou organisées et équipées soit dans le but de leur permettre d'être employées pour l'usage ou l'exhibition de la force physique dans la promotion de tout objet politique, soit de manière à susciter une crainte raisonnable qu'elles soient organisées et formées ou équipées à cette fin.* »¹⁶¹⁶. Le citoyen ne peut défendre une cause constitutionnelle (comme la reconnaissance de droits spécifiques à une certaine catégorie de personnes ou à une certaine portion du territoire) en faisant partie d'une association militaire ou quasi-militaire. Dans la jurisprudence *Director of Public Prosecutions v Whelan*, les défendeurs ont été inculpés au titre de la section 1 de la loi de 1936¹⁶¹⁷. Ils participaient à une marche du Sinn Fein, portaient des bérets et vêtements noirs et arboraient le drapeau Irlandais. Le juge considérait en l'espèce que le fait de porter les mêmes vêtements revenait à porter un « *uniforme* » au sens de la section 1.

1187. En dehors du cadre offert par l'entreprise et le droit social, les Britanniques peuvent également faire usage de leur liberté d'association ; toute une palette d'associations, d'organisations non gouvernementales, leur permettant de s'exprimer constitutionnellement. Comme l'observe le site *Human Rights Careers*, beaucoup d'organisations non gouvernementales spécialisées dans les droits de l'Homme sont implantées à Londres¹⁶¹⁸. Ces organismes abordent ainsi des problématiques constitutionnelles tant au Royaume-Uni qu'à l'étranger. Ainsi, toutes ne concernent pas l'exercice et la protection des droits au Royaume-Uni. Parmi l'ensemble de ces ONG, 25 semblent particulièrement importantes d'après le site¹⁶¹⁹, en agissant dans des domaines variés tels que la prévention des génocides, la protection des droits et intérêts de l'enfant, la lutte contre l'esclavage, la promotion de l'égalité et la lutte

¹⁶¹⁶ *Public Order Act 1936*, section 2(1): “*If the members or adherents of any association of persons, whether incorporated or not, are—(a)organised or trained or equipped for the purpose of enabling them to be employed in usurping the functions of the police or of the armed forces of the Crown; or (b)organised and trained or organised and equipped either for the purpose of enabling them to be employed for the use or display of physical force in promoting any political object, or in such manner as to arouse reasonable apprehension that they are organised and either trained or equipped for that purpose;*”.

¹⁶¹⁷ *O'Moran and Whelan* [1975] 1QB 864.

¹⁶¹⁸ “25 Leading Human Rights NGOs in London”, *Human Rights Careers*, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://www.humanrightscareers.com/magazine/human-rights-ngos-london/>.

¹⁶¹⁹ *Amnesty International UK, The United Nations Association –UK, The Aegis Trust, Redress, Save the Children UK, Anti-Slavery International, Doctors Without Borders, Equal Rights Trust, ALQST, Oxfam, Human Rights Watch, CARE International UK, ActionAid UK, WaterAid UK, Justice, Overseas Development Institute, Reprieve, Article 19, Child Rights Information Network, The Refugee Council, Free Tibet, Freedom From Torture, FLEX, The Traveller Movement, Survival International.*

contre les discriminations ou encore la protection des droits au Royaume-Uni. Dans ce dernier domaine, l'organisme *Justice* apparaît comme un moyen permettant à l'individu de s'engager dans une démarche associative directement connectée à l'exercice de la justice constitutionnelle. L'objectif de cette ONG est de défendre et promouvoir le *rule of law*. Pour ce faire, elle peut intervenir auprès des juridictions pour contester des décisions et pratiques attentatoires aux droits et libertés, auprès du gouvernement afin d'influencer la prise de décision et d'informer les gouvernants sur les impacts de leurs politiques sur les droits, et aussi plus largement auprès dans la société civile dans le cadre d'investigations, ou encore d'interventions dans les médias. Elle peut enfin fournir des conseils juridiques gratuits aux individus dont les droits sont bafoués¹⁶²⁰. Toutes ces prérogatives illustrent en quoi une organisation non gouvernementale peut également participer à la dynamisation de la responsabilité constitutionnelle des représentants. Ces différentes ONG peuvent être vues comme des gardiennes des droits et libertés.

1188. La liberté d'association n'est pas la seule à être protégée et limitée, c'est également le cas de la liberté de manifestation.

2) La liberté de manifestation, un outil protégé et limité

1189. La liberté de manifestation a une base solide dans le droit britannique. Elle apparaît comme étant non seulement consacrée par le droit, mais aussi exercée par les citoyens pour s'exprimer constitutionnellement (a). Cette liberté n'est néanmoins pas absolue et révèle encore l'emprise considérable des représentants, compétents pour œuvrer avec une marge de manœuvre non négligeable à sa limitation (b).

a) Une liberté consacrée et exercée

1190. La liberté de manifestation est désormais consacrée dans le droit britannique (a.1) et a été régulièrement exercée ces dernières années (a.2).

¹⁶²⁰ « What We Do – How we work together to make real, lasting change », *Liberty*, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://www.libertyhumanrights.org.uk/about-us/what-we-do/>.

a.1) Une liberté consacrée

1191. La liberté de manifestation est un outil d'expression constitutionnelle du citoyen. En effet, « *ce qui définit la manifestation n'est pas sa forme, mais son but.* »¹⁶²¹. Comme le rappelle Gwénaëlle Calvès, un rassemblement dans l'espace public ne peut être qualifié de « *manifestation* » que s'il tend à exprimer quelque chose¹⁶²² : « *les manifestants se réunissent pour rendre publique l'opinion ou la cause qui leur est commune* »¹⁶²³, l'opinion pouvant consister en l'affirmation de l'inconstitutionnalité d'une politique.

1192. Comme le rappelle Aurélien Antoine, la liberté de manifestation a, comme toutes les libertés au Royaume-Uni, traditionnellement été conçue de manière négative. Ainsi, pendant longtemps « *aucun texte n'établissait positivement un droit abstrait et général de manifester. Il était simplement toléré dans les limites fixées par la loi.* »¹⁶²⁴. Cette liberté a même été longtemps inexistante : jusqu'aux années 1830¹⁶²⁵, les rassemblements étaient considérés comme portant atteinte au *King's Peace* (La paix du Roi). Ils étaient, en effet, assimilés à des actes criminels (à des émeutes) et tout acte criminel constituait une atteinte au *King's Peace*.

1193. La liberté de manifestation était dans un premier temps totalement rattachée à la liberté d'expression, et n'avait alors pas d'existence autonome. La consécration d'une liberté de manifester autonome est récente et résulte du *common law* et de l'arrêt *Hubbard v. Pitt* rendu en 1976 par la *High Court - Queen's Bench* - qui contredit l'arrêt *Duncan v. Jones* de 1936 du *King's Bench*. Dans cette dernière jurisprudence, Lord Hewart assurait que le droit anglais ne reconnaissait pas « *de droit spécial à se réunir publiquement pour des objectifs politiques ou*

¹⁶²¹ CALVES Gwénaëlle. « La manifestation, cœur battant de la démocratie », *Jus Politicum* - n° 17, *Thinking about Federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-manifestation-coeur-battant-de-la-democratie-1140.html>;

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ *Ibid.*

¹⁶²⁴ ANTOINE Aurélien. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum* - n° 17, *Thinking about Federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-au-Royaume-Uni-1135.html>.

¹⁶²⁵ La libéralisation de la société politique à partir des années 1830 -notamment avec la réforme électorale de 1832- va entraîner une transformation de cette notion de *King's Peace* qui va devenir compatible avec l'idée que plusieurs opinions peuvent coexister dans la société de manière pacifique. Les rassemblements ne seront donc plus automatiquement considérés comme « *criminels* ». Voir ROYNIER Céline. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *Jus Politicum* - n° 17, *Thinking about Federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 17/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-au-Royaume-Uni-elements-historiques-1131.html>.

autres. »¹⁶²⁶. Comme l'observe Céline Roynier, c'est ainsi à partir de la fin des années 1970 que les « *grands traits du droit à une liberté de manifestation sont tracés en common law* »¹⁶²⁷.

1194. Il y a donc eu beaucoup d'incertitudes entourant la présence en droit anglais et britannique de liberté ou droit de manifestation. Cela explique, les incertitudes terminologiques à son propos¹⁶²⁸. Bien plus, même si Dicey parlait d'un *right of public meeting* dans son *Introduction au droit* en 1885, ce dernier n'a pu être à l'origine d'un droit à manifester en tant que tel. Ainsi, « *tout rassemblement dans les lieux publics n'est pas nécessairement illégal (...)* » mais « *ce dernier type de rassemblement n'est pas reconnu par le droit en tant que tel : il n'est que la conséquence des droits dont les individus seuls peuvent être titulaires.* »¹⁶²⁹.

1195. L'adoption du *Human Rights Act* 1998 aura une influence considérable sur la liberté de manifestation qui trouve une consécration écrite par la transposition de l'article 11 de la CEDH.

1196. Dans l'affaire *Hall* rendue en juillet 2010 par la Cour d'appel, relative au Village de la Démocratie installé sur le *Parliament Square*, les juges tout en proposant une solution en faveur de la limitation du droit de manifester en l'espèce, firent application des articles 10 et 11 de la CEDH, tout en rappelant que les droits qu'ils contiennent sont des « *droits fondamentaux* »¹⁶³⁰. Lord Neuberger affirma de plus l'étendue de ces droits en affirmant que « *le droit d'exprimer publiquement son point de vue, en particulier sur ces questions importantes auxquelles les défendeurs sont fortement attachés, et leur droit de se rassembler afin d'exprimer et de discuter ces points de vue, portent aussi bien sur la manière dont ils souhaitent s'exprimer que sur le lieu où ils comptent le faire. S'il en était autrement, ces droits fondamentaux risqueraient d'être émasculés.* »¹⁶³¹. Le droit de manifestation est ainsi

¹⁶²⁶ *Duncan v. Jones* [1936] K.B. 218.

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ ANTOINE Aurélien. «La liberté de manifestation au Royaume-Uni», *op. cit.* : « *L'indétermination qui règne quant à la reconnaissance positive de la liberté de manifestation explique que le vocabulaire en la matière soit relativement imprécis. Les manuels se réfèrent sans réelle rigueur au 'droit au rassemblement ou d'assemblée' (right to assembly), au droit de manifester (right to protest) et, plus rarement, à la liberté de rassemblement (freedom of assembly), voire au droit à la liberté d'assemblée.* ».

¹⁶²⁹ ROYNIER Céline. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *op. cit.*

¹⁶³⁰ *Hall and Others v. Mayor of London (On Behalf of the Greater London Authority)* [2010] EWCA Civ 817, par. 37.

¹⁶³¹ *Ibid.*: « *The right to express views publicly, particularly on the important issues about which the defendants feel so strongly, and the right of the defendants to assemble for the purpose of expressing and discussing those views, extends to the manner in which the defendants wish to express their views and to the location where they wish to express and exchange their views. If it were otherwise, these fundamental human rights would be at risk of emasculation* ».

consacré en tant que droit constitutionnel et fondamental, et constitue un fondement à l'exercice de la justice constitutionnelle par le citoyen.

1197. En outre, l'adoption du *Police and Social Responsibility Act* en 2011 est venue libéraliser encore davantage le droit de manifestation.

1198. Le droit de manifestation peut s'exercer de différentes manières. Aurélien Antoine¹⁶³² le rappelle, 1) la nature de la manifestation, 2) le lieu de la manifestation et enfin 3) les modalités de la manifestation peuvent varier d'une manifestation à l'autre. L'auteur rappelle qu'il existe quatre natures différentes des manifestations : « *le droit de réunion publique statique en lieu ouvert* », « *le droit d'assemblée non spontanée en lieu fermé et semi-ouvert* », le « *droit de défiler* » et enfin « *le piquet de grève* »¹⁶³³. En ce qui concerne le lieu possible de la manifestation, cette dernière peut se dérouler dans un lieu public, dans un lieu privé appartenant à une personne publique, dans un lieu semi-public comme les universités ou encore dans un lieu totalement privé. La manifestation peut, enfin, se décliner en plusieurs modalités : elle peut être organisée, spontanée, ponctuelle, durable, statique ou encore dynamique. Au sein de cette typologie, le régime le plus libéral est celui relatif au « *droit de réunion publique statique en lieu ouvert* » dans la mesure où il n'est soumis à aucun régime d'autorisation préalable.

1199. Il ressort de ces éléments que la manifestation peut revêtir de multiples formes dont dépendra le régime juridique applicable. Cela n'est pas propre au système britannique comme l'affirment Aurélie Duffy-Meunier et Thomas Perroud¹⁶³⁴. Les restrictions sur le droit de manifester seront alors plus ou moins importantes ; ce qui signifie que les prérogatives reconnues aux autorités publiques seront plus ou moins importantes selon les cas.

1200. Dans tous les cas, quand il y a un litige entre les participants et les autorités publiques, le juge fait preuve d'une auto-restriction en refusant de se prononcer sur « *la pertinence et la motivation des manifestants*. »¹⁶³⁵. Le juge exprime ainsi la conscience qu'il a du poids important de la manifestation par son rôle éminemment politique, celui d'exprimer des valeurs. Il semble que l'adoption du *HRA* ait permis un approfondissement du contrôle

¹⁶³² ANTOINE Aurélien. «La liberté de manifestation au Royaume-Uni», *op. cit.*

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ Ils affirment que « *si la plupart des systèmes opèrent une distinction entre les manifestations statiques ou mobiles afin de réglementer leur exercice, tous témoignent d'une variété des modes de manifestation, qui conduit à les faire entrer dans différentes catégories tout aussi fines les unes que les autres.* ». Voir. DUFFY-MEUNIER Aurélie, PERROUD Thomas. « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », *op. cit.*

¹⁶³⁵ *Ibid.*

juridictionnel sur les mesures prises par les autorités publiques pour réglementer les manifestations. En effet, les juridictions utilisent le contrôle de proportionnalité pour contrôler la justification des atteintes aux droits mentionnés dans la loi de 1998.

1201. Le juge intervient à cet égard à deux niveaux : il intervient d'une part pour limiter le droit de manifestation s'il est saisi préalablement par une autorité publique ou une personne privée. D'autre part, il intervient également afin d'encadrer les pouvoirs de l'administration qui viennent restreindre le droit de manifester. Le juge joue alors un rôle dans la confortation du droit de manifestation et ainsi dans la participation citoyenne à l'exercice de la justice constitutionnelle. Pour assurer ce rôle de garant, le juge pourra utiliser la procédure de *judicial review* ou les recours contre des mesures de police de nature pénale¹⁶³⁶. Le requérant pourra alors contester la justification de la mesure de restriction du droit de manifestation, sa rationalité ou encore sa proportionnalité.

1202. Au regard de ces éléments, la liberté de manifestation apparaît comme étant ancrée dans le droit constitutionnel britannique. Elle a, en outre, été régulièrement exercée ces dernières années.

a.2) Une liberté exercée

1203. D'un point de vue historique, Céline Roynier situe la première manifestation au début du XIX^{ème} siècle, dans les années 1810-1820¹⁶³⁷. Cette période connaîtra de nombreuses manifestations dont la marche des *Blanketeers* organisée en 1817, dont l'un des objectifs était de protester contre la suspension de l'*Habeas Corpus Act* ou celles menées par le mouvement Chartiste. C'est alors le déroulement de ces manifestations qui va aboutir à une transformation du droit existant amené à reconnaître, à travers le *common law*, l'existence d'une sphère publique différente du *King's peace*. C'est une telle mutation, précise Céline Roynier¹⁶³⁸, qui va rendre possible à terme la reconnaissance d'un droit de manifester et qui va ainsi permettre,

¹⁶³⁶ ANTOINE Aurélien. «La liberté de manifestation au Royaume-Uni», *op. cit.*: « *Hormis la régulation des comportements individuels lors des manifestations, le juge a pour fonction de limiter les atteintes abusives par les autorités publiques aux libertés, que ce soit par le biais du judicial review ou de recours contre des mesures de police de nature pénale. Les requérants peuvent, à cette fin, se fonder sur une contestation de la justification, de la rationalité et/ou de la proportionnalité de la décision les privant de la liberté de manifester.* ».

¹⁶³⁷ ROYNIER Céline. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *op. cit.*

¹⁶³⁸ *Ibid.* : « Pour qu'un right of public meeting existe en droit britannique et puisse être théorisé par Dicey au tournant du XIX^{ème} siècle, il fallait au préalable que soient réunies deux conditions. La première est que la common law, reconnaisse l'existence d'une sphère civile distincte de cette entité fusionnelle qu'est le King's peace, dans laquelle les individus n'ont pas d'existence politique distincte de celle du Roi ».

au moins d'un point de vue théorique, l'expression d'un jugement politique et constitutionnel des citoyens.

1204. Les années 2000-2020 ont mis en exergue l'importance de la manifestation comme outil d'expression politique au Royaume-Uni. Ce fait n'est pas nouveau tant la manifestation a permis dans l'histoire britannique l'octroi et la réalisation de certains droits politiques. L'exemple du droit de vote reconnu aux femmes en 1918 en est un bel exemple¹⁶³⁹. David J. Bailey constatait ainsi que contrairement à la décennie 1990-2000, celle de 2000-2010 était marquée par une augmentation du nombre de manifestations au Royaume-Uni¹⁶⁴⁰. Alors qu'en 2008, seules 83 manifestations ont été enregistrées ; l'année 2019 a vu l'organisation de 280 événements de manifestation¹⁶⁴¹. Le contexte d'austérité a aidé au regain de la manifestation. L'auteur constate par ailleurs une évolution du public participant aux manifestations : alors qu'en début des années 2010, les étudiants protestant contre la hausse des frais d'inscriptions et les activistes luttant contre les mesures d'austérité en générale étaient les catégories dominantes dans le paysage de la manifestation ; la suite de la décennie a vu apparaître d'autres catégories de manifestants. David J. Bailey reconnaît que les manifestations ont comme avantages la pression exercée par les citoyens sur l'agenda politique ainsi que leur dimension légale et pacifique¹⁶⁴². L'exercice citoyen de la justice constitutionnelle par la manifestation a donc une influence sur l'action du législateur et ainsi sur la dynamisation de sa responsabilité constitutionnelle.

1205. D'autres formes que la manifestation classique permettent l'expression constitutionnelle des citoyens. C'est ainsi, que le *Guardian* dénombrait entre 2015 et 2019 plus de 3000 grèves de la faim dans les centres d'expulsion en matière d'immigration¹⁶⁴³. L'occupation du *Deptford Town Hall* en 2019 pendant 127 jours par le *Goldsmiths Anti-racists*

¹⁶³⁹ Cette reconnaissance est passée notamment par le vote du *Representation of the People Act 1918*. Cette loi n'a constitué qu'une première étape dans le processus de reconnaissance du droit de vote aux femmes. Voir. « Woment get the vote », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/electionsvoting/womenvote/overview/thevote/>.

¹⁶⁴⁰ BAILEY J. David. "Decade of dissent: how protest is shaking the UK and why it's likely to continue", *The Conversation – L'expertise universitaire, l'expertise journalistique*, 2020, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://theconversation.com/decade-of-dissent-how-protest-is-shaking-the-uk-and-why-its-likely-to-continue-125843>.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² *Ibid.* : "Demonstrations tend to have the effect of putting issues on the political agenda, while not necessarily causing considerable problems for authorities, as they tend to be legal and relatively undistruptive."

¹⁶⁴³ "More than 3,000 hunger strikes at immigration centres in UK since 2015", *The Guardian*, 15th August 2019, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/aug/15/more-than-3000-hunger-strikes-at-immigration-centres-in-uk-since-2015>.

action (GARA) pour protester contre le racisme institutionnel au sein des universités est également révélatrice¹⁶⁴⁴.

1206. En 2019, les citoyens se sont aussi réunis en défense de l'ordre constitutionnel pour protester contre la prorogation du Parlement qui était souhaitée par Boris Johnson. Plusieurs manifestations se sont déroulées à travers le Royaume-Uni, notamment le 31 août 2019, à Londres, à Édimbourg ou encore à Belfast notamment et ont permis aux manifestants de s'opposer à une action du gouvernement qu'ils considéraient contraire au principe et aux implications de la démocratie. Les participants avaient par conséquent procédé à l'opération de confrontation de l'action politique à l'ordre constitutionnel et de déduction quant au caractère constitutionnel ou non de l'action politique en question. Ces manifestations se sont déroulées simultanément au lancement de la pétition numérique auprès du Parlement de Westminster.

1207. Les citoyens ont également manifesté pour s'exprimer constitutionnellement le 30 décembre 2019, lors de la manifestation *People's Vote March*, qui avait pour objectif de demander un nouveau référendum sur la sortie du Royaume-Uni de l'UE ainsi que sur l'accord entre le Royaume-Uni et les 28 autres États membres.

1208. Les manifestations qui suivirent la mort de George Floyd aux États-Unis ont également permis l'expression constitutionnelle des citoyens. Du 28 mai au 21 juin 2020, des milliers de personnes prirent part à des manifestations dans plusieurs villes du Royaume-Uni (dont Londres, Birmingham, Liverpool, Manchester). Bien plus que de montrer une indignation suscitée par le décès de George Floyd, les manifestants dénonçaient également le racisme, la discrimination pratiqués sur le sol britannique, notamment par les forces de police. Ils manifestaient ainsi pour dénoncer l'inconstitutionnalité de certaines pratiques et pour promouvoir l'application d'une règle constitutionnelle, celle visant à prohiber la discrimination fondée sur la « *race* ».

1209. Enfin, le confinement mis en place dans le cadre de la lutte contre la Covid-19, a également conduit le citoyen à s'exprimer constitutionnellement dans les rues. Le 10 octobre 2020, des milliers de personnes protestèrent à Londres. Parmi leurs préoccupations, certaines étaient constitutionnelles, en témoignent les propos de Louise Creffield, fondatrice de l'organisation *Save Our Rights UK*. Elle se disait très préoccupée par les répercussions du

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

confinement sur les droits de l'Homme tels que le droit à la vie privée, à la vie familiale, à l'autonomie corporelle ou encore aux libertés médicales¹⁶⁴⁵.

1210. Indéniablement, la liberté de manifestation est un outil solide d'exercice populaire de la justice constitutionnelle : elle est protégée par le juge, le législateur et est régulièrement mise en application. Néanmoins, cette liberté demeure, comme celles étudiées précédemment, dépendante des limitations apportées par les juges et le législateur.

b) La restriction du droit de manifester par les juges et le législateur

1211. Les juges vont pouvoir limiter l'exercice du droit de manifester s'ils sont saisis par une personne privée ou des autorités publiques. Les juges limitent les manifestations au nom de considérations d'ordre public. C'est ainsi que Lord Scarman affirmait en 1975, qu'un compromis devrait être trouvé qui permettrait ainsi « *l'exercice du droit de manifester dans un cadre d'ordre public qui permet aux autres citoyens, qui ne manifestent pas, de vaquer à leurs occupations sans obstruction ni incommodité.* »¹⁶⁴⁶. Figurent parmi des considérations d'ordre public celles relatives à la prévention des actes de violence comme outils de changement politique -c'est dans ce cadre-là que le concept de *Breach of the peace* opère- ou encore celles concernant la protection des intérêts légitimes des autres citoyens¹⁶⁴⁷.

1212. Le concept de *Breach of the peace* repose sur celui de *King's peace* qui est « *une des matrices (...) du droit politique britannique : c'est sur cette dernière que s'est bâtie la justice royale et que se fonde l'appropriation par la Couronne de la justice pénale. Tout crime ou délit est en effet une atteinte à la paix du Roi.* »¹⁶⁴⁸. Le contrôle des rassemblements politiques est vu au Royaume-Uni comme faisant partie intégrante d'une fonction générale de police qui est celle de préserver la paix¹⁶⁴⁹. Il est alors admis en jurisprudence que le juge fasse

¹⁶⁴⁵ GAYLE Damien. « Thousands march in London in fourth anti-lockdown protest », *The Guardian*, 24th October 2020, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/24/london-braces-for-fourth-protest-against-covid-19-restrictions>.

¹⁶⁴⁶ Leslie SCARMAN. *The Red Lion Square Disorders of 15 June 1974: Report of Inquiry*, Her or London, His Majesty's Stationery Office, 1975, 56 p.

¹⁶⁴⁷ BAILEY S.H, HARRIS D.J, JONES B.L. *Civil liberties - Cases and materials*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1991, 863 p.

¹⁶⁴⁸ ROYNIER Céline. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *op. cit.*, p. 449.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

prévaloir de telles considérations sur le droit de manifester en donnant raison aux autorités publiques lorsque « *les motivations d'ordre public invoquées sont raisonnables et proportionnées* »¹⁶⁵⁰.

1213. Comme le constate Aurélien Antoine, il arrive souvent que le juge fasse preuve de déférence face à l'autorité publique qui vient restreindre le droit de manifestation. Cela ressort dans l'affaire *Barda* devant la *High Court* en 2015, dans laquelle les juges considèrent que même si l'installation de clôtures sur le *Parliament Square Garden* entrave les droits consacrés aux articles 10 et 11 de la CEDH, cette entrave est néanmoins justifiée et proportionnée¹⁶⁵¹. Les juges peuvent également limiter les manifestations académiques comme ce fut le cas dans la jurisprudence *Ben-Dor and Ors* de 2015 de la *High Court*¹⁶⁵². Les juridictions ont également le pouvoir de « *prendre toute mesure pour empêcher un individu de participer à un rassemblement et s'assurer que les individus concernés ne se rendront pas à une manifestation* »¹⁶⁵³. Les juges peuvent ainsi émettre des injonctions (en cas de risque de troubles mineurs de nature civile) ou des ordonnances de prévention des comportements criminels (pour les troubles majeurs de nature pénale)¹⁶⁵⁴.

1214. Les juges participent ainsi à la restriction du droit de manifestation en ce que la jurisprudence est souvent « *conciliante avec les pouvoirs publics* »¹⁶⁵⁵.

1215. Le législateur, pour sa part, intervient également dans la limitation du droit de manifestation et dans l'encadrement davantage poussé de l'expression constitutionnelle des citoyens. Comme pour la liberté d'expression, le droit de manifestation est un outil dont peuvent se servir les citoyens pour manifester une opinion sur une thématique constitutionnelle, à condition qu'elle respecte un certain cadre dessiné notamment par le législateur. Aurélien Antoine constatait ainsi une multiplication des lois venant encadrer le droit de manifester¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵⁰ ANTOINE Aurélien. "La liberté de manifestation au Royaume-Uni", *op. cit.*

¹⁶⁵¹ *Barda, R(on the application of) v. Major of London on Behalf of the Greater London Authority* [2015] EWHC 3584 Admin.

¹⁶⁵² *Ben-Dor and Ors v. University of Southampton*, [2016] EWHC 953 (Admin); ANTOINE Aurélien. "La liberté de manifestation au Royaume-Uni", *op. cit.* : « *Il faut voir derrière ce jugement une tendance contemporaine d'un encadrement de plus en plus draconien de la liberté d'expression publique qui touche désormais les libertés académiques.* ».

¹⁶⁵³ *Ibid.*

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵⁵ ANTOINE Aurélien. "La liberté de manifestation au Royaume-Uni", *op. cit.*

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, Les législations évoquées par l'auteur sont les suivantes : le *Public Order Act* de 1986, le *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, l'*Anti-social Behaviour Act* de 2003, le *Police Reform and Social Responsibility Act* de 2011, l'*Anti-Social Behaviour*, le *Crime and Policing Act* de 2014, le *Police, Public Order and Criminal Justice Act (Scotland)* de 2006, et le *Public Processions (Northern Ireland) Act* de 1998.

La section 11¹⁶⁵⁷ du *Public Order Act* 1986 a d'ailleurs instauré un régime d'autorisation préalable pour trois types de manifestations : « *le soutien ou opposition à une cause ou à une action d'une personne ou d'un groupe, rendre publique une cause ou une campagne, et la commémoration* »¹⁶⁵⁸. Ce dernier est généralement encadré par des législations et considérations relatives à l'ordre public. Les autorités de police sont ainsi fondées à intervenir pour restreindre ce droit en cas de trouble à l'ordre public (*Breach of Peace*). En effet, des lois ayant comme effets « *la limitation des espaces de rassemblement* » et « *le contrôle accru des manifestants* »¹⁶⁵⁹ ont été adoptées par le Parlement de Westminster.

1216. Les objectifs de lutte contre le terrorisme peuvent aussi servir de frein au droit de manifester. En effet, comme le précise Aurélien Antoine, le contexte post 11 septembre 2001, qui est celui de la lutte contre le terrorisme, a entraîné une multiplication des contrôles lors des manifestations. Dans un tel contexte, « *la rétention des informations personnelles et l'appréhension physique des participants sont facilitées.* »¹⁶⁶⁰. Les législations anti terroristes ont deux effets sur la manifestation : une « *limitation des espaces de rassemblement* » et un « *contrôle accru des manifestants* »¹⁶⁶¹.

1217. La notion de *trespass* (l'entrée illégale d'une personne sur une propriété) et la protection de la propriété privée constituent également une limite à ce droit. De manière générale, c'est donc encore à travers le concept d'ordre public que la législation vient encadrer le droit de manifester. Le droit relatif à la réglementation de l'ordre public a été modifié et étendu avec l'adoption du *Public Order Act* en 1986. Dans les années 1990, comme le notent Bailey, Harris et Jones, toute une série de lois auront en commun l'expansion de l'éventail des infractions criminelles, l'élargissement des pouvoirs discrétionnaires conférés à la police ou encore l'extension des pouvoirs de police d'arrêt¹⁶⁶².

¹⁶⁵⁷ *Public Order Act* 1986, section 11 : “(1)Written notice shall be given in accordance with this section of any proposal to hold a public procession intended—(a)to demonstrate support for or opposition to the views or actions of any person or body of persons, (b)to publicise a cause or campaign, or (c)to mark or commemorate an event, unless it is not reasonably practicable to give any advance notice of the procession.”.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ ANTOINE Aurélien. “La liberté de manifestation au Royaume-Uni”, *op. cit.*: « *La législation britannique révèle une progression vers une régulation plus forte des libertés publiques. À la suite des dispositifs élaborés dans les années 1970-1980 en raison de la guerre civile en Irlande du Nord, les actes terroristes commis par des groupuscules islamistes ont entraîné l'adoption d'une série de législations liberticides dès les années 2000-2001. La liberté de manifestation est naturellement concernée par ces législations. Elles ont eu deux effets principaux : une limitation des espaces de rassemblement et un contrôle accru des manifestants.* ».

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² BAILEY S.H, HARRIS D.J, JONES B.L. *Civil liberties – Cases and materials, op. cit.*

1218. Le droit de manifestation peut également être limité pour des raisons sanitaires. C'était le cas pendant la crise du Covid-19 et les différentes périodes de confinement amorcées le 26 mars 2020. Les restrictions n'étaient pas les mêmes selon le territoire concerné (Angleterre, Pays de Galles, Écosse, Irlande du Nord) et les époques de la crise. Le rapport de la Commission mixte sur les droits de l'Homme du 17 mars 2021, fournit un bilan des différentes limitations apportées au droit de manifestation pendant les 3 phases de confinement en Angleterre¹⁶⁶³. Les deux premiers confinements (mars 2020-novembre 2020) interdisaient aux individus de sortir de chez eux sans « *excuse raisonnable* »¹⁶⁶⁴. En outre, les *regulations* qui ont instauré le premier confinement interdisaient expressément tout rassemblement de plus de deux personnes sur l'espace public. Cette fois-ci aucune exception n'accompagnait cette interdiction, constituant par là même, un important empiètement sur les droits des individus. Des exceptions à cette interdiction étaient prévues dans les deux cas, mais elles ne mentionnaient pas le droit de manifester. Néanmoins, dans tous les cas, il était toujours possible pour un individu de démontrer que la participation à une manifestation pouvait constituer une « *excuse raisonnable* »¹⁶⁶⁵. Entre ces deux confinements, les restrictions furent adoucies et la possibilité de prendre part à des manifestations directement prévue par les textes : les *regulations* du 4 juin 2020¹⁶⁶⁶ et celles du 14 octobre 2020¹⁶⁶⁷ en sont des exemples.

¹⁶⁶³ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The Government response to covid-19: freedom of assembly and the right to protest*, session 2019-2021, 13th report, 32 p.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.* p. 11 : “*The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020 imposed the first national lockdown, beginning on 26 March 2020. These Regulations prohibited any person leaving their home “without reasonable excuse” and provided a non-exhaustive list of reasonable excuses. (...)On 5 November 2020 the second national lockdown began, under the Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) (No. 4) Regulations 2020. As in the first lockdown, these regulations imposed a prohibition on leaving home without ‘reasonable excuse’ and provided a list of exceptions, which did not include protest.*”.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*: “*This list stated that a “reasonable excuse includes” various reasons such as obtaining basic necessities, taking exercise and seeking medical assistance. The Regulations did not specify engaging in protest as a reasonable excuse for leaving the home. However, given that the list of exceptions was not exhaustive any person who left their home in order to protest would be entitled to argue that it amounted to a “reasonable excuse” and was therefore not a contravention of the Regulations. (...)As in the first lockdown, these regulations imposed a prohibition on leaving home without ‘reasonable excuse’ and provided a list of exceptions, which did not include protest. Once again, however, this list was not exhaustive, leaving open the possibility that participation in a public protest could amount to a reasonable excuse to leave home without contravening the regulations.*”.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.* : “*From 4 July 2020 a further easing of restrictions took place, with people permitted to leave their homes and stay overnight elsewhere. Restrictions on outdoor gatherings remained, although up to 30 people were now able to attend gatherings outside as opposed to six. Significantly, for the purposes of protest, there was an exception in relation to outdoor gatherings of more than 30 people taking place in public spaces as long as (a) the gathering had been organised by “a business, a charitable, benevolent or philanthropic institution, a public body, or a political body”; (b) the person organising had carried out a health and safety risk assessment; and (c) the person organising had taken all reasonable measures to limit the risk of transmission of the coronavirus (taking into account both the risk assessment and government guidance)*”.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.* p. 13: “*From 14 October 2020 a localised 3-tier system came into effect, which continued the prohibition on gatherings of more than 6 people in all three tiers. However, for the first time, the regulations expressly introduced an exception to this prohibition for a gathering “for the purposes of protest”—applicable*

Néanmoins, même dans ces hypothèses, le droit de manifestation demeure extrêmement fragile, en témoigne l'intervention de la police pour interrompre la manifestation du 24 octobre 2020 à Londres qui dénonçait les restrictions apportées par le confinement¹⁶⁶⁸.

1219. Le 9 mars 2021, l'introduction au Parlement du *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill* a été un nouvel exemple flagrant de l'emprise des représentants et du gouvernement sur le droit de manifestation. Ce projet de loi, fortement critiqué, avait pour objectif de permettre à la police « *d'adopter une approche plus proactive dans la gestion des manifestations très perturbatrices qui causent de graves troubles à l'ordre public* »¹⁶⁶⁹. Les dispositions de ce projet de loi avaient plusieurs objectifs parmi lesquels : celui d'élargir « *l'éventail des conditions que la police peut imposer aux manifestations statiques, afin d'égaliser les pouvoirs actuels de la police en matière de conditions imposées aux marches* »¹⁶⁷⁰, mais aussi celui d'élargir « *l'éventail des circonstances dans lesquelles la police peut imposer des conditions à une manifestation* »¹⁶⁷¹. La loi procédait ainsi à l'élargissement de « *l'éventail des circonstances dans lesquelles la police peut imposer des conditions aux manifestations, y compris à une seule personne, pour inclure les cas où le bruit a un impact significatif sur les personnes se trouvant à proximité ou perturbe gravement le fonctionnement d'une organisation.* »¹⁶⁷².

in all three tiers. The exception mirrored that which had appeared in earlier regulations, permitting protests "organised by a business, a charitable, benevolent or philanthropic institution, a public body or a political body" in respect of which the organiser "takes the required precautions".²⁸ The required precautions were: carrying out a risk assessment and taking all reasonable measures to limit the risk of transmission of the coronavirus (taking into account both the risk assessment and government guidance)".

¹⁶⁶⁸ *Ibid.* : "The 24 October anti-lockdown protest in London was broken up by police. This was despite the explicit exemption allowing protest in the regulations described above. The police reported it was broken up because the protesters had not complied with the risk assessment the organisers had been required to conduct by failing to comply with social distancing and other measures.³⁰ This demonstrates that the exemption for protest did not prevent the police breaking up a protest that risked public health".

¹⁶⁶⁹ "Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021: protest powers factsheet", Policy paper, gov.uk, [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-protest-powers-factsheet> : "1. What are we going to do? The measures in the Bill will allow the police to take a more proactive approach in managing highly disruptive protests causing serious disruption to the public."

¹⁶⁷⁰ *Ibid.* : "Provisions in the Bill will: Widen the range of conditions that the police can impose on static protests, to match existing police powers to impose conditions on marches. This measure will enable the police to impose conditions such as start and finish times and maximum noise levels on static protests. The police already have the power to impose such conditions on marches."

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

¹⁶⁷² *Ibid.* : "Broaden the range of circumstances in which police may impose conditions on a protest. This measure will broaden the range of circumstances in which the police can impose conditions on protests, including a single person protest, to include where noise causes a significant impact on those in the vicinity or serious disruption to the running of an organisation. The Home Secretary will have the power, through secondary legislation, to define and give examples of "serious disruption to the life of the community" and "serious disruption to the activities of an organisation which are carried out in the vicinity of the procession/assembly/one-person protest". These regulation-making powers will clarify ambiguous cases where, if they arise, it would not be clear whether the threshold for the use of such powers have been reached. This will enable the police to make use of their powers with the confidence that they are doing so legally."

1220. Enfin, les manifestations sont des outils bien incertains pour le peuple. Ces manifestations n'entraînent pas forcément l'adoption de lois venant répondre aux besoins exprimés. La responsabilité constitutionnelle des gouvernants va, par conséquent, intervenir de manière incertaine ; les représentants ne se sentant pas forcément politiquement contraints par les manifestations.

1221. Si les libertés d'expression, d'association et de manifestation sont des moyens précieux permettant aux membres de la société civile de s'exprimer constitutionnellement, ces derniers peuvent également saisir un juge pour exercer la justice constitutionnelle. La juridiction est ainsi un outil indispensable pour l'expression constitutionnelle citoyenne, elle est néanmoins elle aussi limitée.

II) La juridiction, un outil indispensable mais limité

1222. « Tandis que la représentation parlementaire est pratiquement verrouillée par les partis politiques, l'accès aux cours et tribunaux est généralement plus facile et susceptible d'offrir une excellente tribune aux revendications et aux réclamations des citoyens. »¹⁶⁷³. En effet, le citoyen exerce également la justice constitutionnelle quand il transmet à une juridiction son interprétation d'une politique menée et sa non-conformité avec des règles constitutionnelles, dans la mesure où cette transmission est nécessairement précédée d'une confrontation opérée par le citoyen entre la politique contestée et les règles constitutionnelles. Il a exercé la justice constitutionnelle, préalablement à la saisine du juge. Le droit d'accès à la justice permet ainsi au citoyen de faire revêtir son jugement constitutionnel de la force obligatoire¹⁶⁷⁴. Ce droit et l'intervention du juge participent donc à l'existence et à la valorisation de l'expression constitutionnelle du citoyen-justiciable (A).

¹⁶⁷³ FRYDMAN Benoît. « La société civile et ses droits », In *La Société civile et ses droits*, sous la dir. de Benoît Frydman, Bruxelles, Bruylant, 2004, 218 p. pp. 1-18, p. 14.

¹⁶⁷⁴ ROUSSEAU Dominique. « Justice constitutionnelle », *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Maguénaud, Paris, Presses universitaires de France, 2008, pp. 581-585, p. 583 : « Il existe donc bien deux espaces différenciés : celui des citoyens, formé des droits, libertés et principes d'organisation des pouvoirs énoncés dans le texte constitutionnel, et celui des représentants qui n'ont d'autres droits que celui de respecter, défendre et développer ceux de leurs mandants. Mais pour que cette différenciation prenne sens, il faut que chacun des deux espaces ait son expression institutionnelle, sinon celui qui n'en possède pas reste sans voix et se voit 'complètement saisi' par l'espace qui dispose des organes nécessaires pour dire le droit. Les Conseils, Cours ou Tribunaux constitutionnels se posent, dans cette logique, comme les organes de l'espace des citoyens ».

1223. Cet objectif, le citoyen peut le poursuivre via la célèbre procédure de *judicial review*. Cette procédure a joué un rôle fondamental dans la consécration et dans la protection des règles constitutionnelles, mais elle est actuellement entravée par des réformes qui rendent l'exercice du droit d'accès à la justice plus fastidieux. L'accès à la justice est donc un outil à efficacité relative pour le citoyen-justiciable (B).

A) Un outil indispensable à l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle

1224. Le *judicial review*, composite du droit d'accès à la justice, est un outil essentiel de la justice constitutionnelle britannique. Il est un outil du juge mais aussi du citoyen-justiciable. C'est grâce à cette procédure juridictionnelle que ce dernier pourra réclamer la protection des droits et libertés reconnus par le juge (comme il a été vu dans la première partie de cette étude) et par le législateur. Cette procédure est importante pour le *rule of law* (1) ; elle permet aux citoyens de faire protéger leurs droits via le respect de ses modalités d'utilisation (2).

1) L'importance du judicial review pour le rule of law

1225. Le droit d'accès à la justice (et ainsi le *judicial review*) permet au citoyen-justiciable de participer à l'effectivité de l'idée de limitation du pouvoir des gouvernants. Un tel droit d'accès aux juridictions confère aux citoyens requérants la possibilité d'interpréter les règles constitutionnelles et permet l'« *accountability* » des gouvernants dans l'application qu'ils font des règles constitutionnelles. En empruntant les mots d'Alison Young, cela permet d'exiger des gouvernants qu'ils rendent « *des comptes à quelqu'un, de fournir une explication ou une justification* »¹⁶⁷⁵. Selon Thomas Poole, les juridictions sont les seuls lieux dans lesquels les citoyens peuvent demander de plein droit que le gouvernement justifie son action devant

¹⁶⁷⁵ YOUNG Alison L. "Accountability, Human Rights Adjudication and the Human Rights Act 1998", In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 155-179, p. 155: "Accountability is both an attractive and an elusive concept. Understood narrowly, it refers to the practice of 'giving account' to another, providing an explanation or justification of conduct".

une partie tiers et indépendante¹⁶⁷⁶. Jeff King également considère que des droits protégés juridiquement -et donc protégés juridictionnellement- permettent aux groupes vulnérables et marginalisés qui sont exclus de la prise de décision législative et exécutive de participer à la prise de décision¹⁶⁷⁷. Comme le souligne Lord Reed dans l'affaire *Unison*¹⁶⁷⁸ en 2017 devant la Cour suprême : « *Le droit constitutionnel d'accès aux juridictions est inhérent au Rule of law* »¹⁶⁷⁹. Le droit d'accès à la justice permet non seulement la réalisation de la démocratie constitutionnelle mais aussi celle (qui en découle logiquement) de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. La saisine du juge montre également comment l'exercice préalable de la justice constitutionnelle par le citoyen-justiciable permet de dynamiser l'exercice juridictionnel de la justice constitutionnelle. Agir en justice a pour origine une appréciation populaire de la constitutionnalité d'une mesure et permet parallèlement de stimuler la réalisation du constitutionnalisme juridictionnel.

1226. Certains auteurs, comme Lon Fuller ou Trevor Allan, mettent d'ailleurs en avant le caractère délibératif du système de *common law* et des activités des juridictions. Dawn Oliver présente ainsi les juridictions comme des lieux plus propices « *au débat politique et à la résolution de litiges qui présentent une dimension politique* »¹⁶⁸⁰. Fuller ou encore Allan insistent ainsi sur le fait qu'une des caractéristiques des jugements est la participation des requérants à la formulation de la décision par le fait qu'ils fournissent preuves et arguments fondés sur la raison¹⁶⁸¹. Trevor Allan insiste ainsi sur le fait que le « *processus d'argumentation et de prise de décision dans le common law –juridictions- sont de manière inhérente moraux* »¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ KING Jeff. "The Instrumental Value of Legal Accountability", In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 124-152, p. 143.

¹⁶⁷⁸ *R (on the application of UNISON) (Appellant) v. Lord Chancellor (Respondent)* [2017] UKSC 51.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, par. 66: "The constitutional right of access to courts is inherent in the rule of law."

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ POOLE Thomas. « Questioning Common-Law Constitutionalism », *Legal Studies*, 2006, vol. 25, issue 1, pp. 142-163, p. 150: "A second argument for common law exceptionalism looks at the process of common law decision-making. Trevor Allan has been the most persistent advocate of this line of argument. Allan argues that the common law provides the environment in which the type of argumentation characteristic of the good constitution is most consistently to be found. He draws heavily on the work of Lon Fuller to support this point.⁴ Unlike other forms of decision-making, Allan argues, adjudication allows the litigants themselves to control proceedings: the 'central role accorded the litigant's participation by adjudication, in its traditional common law form, gives the proceedings an intrinsic moral value akin to that of democracy itself. Litigants are thus free to frame their claim in a manner of their own choosing."

¹⁶⁸² POOLE Thomas. « Dogmatic Liberalism? T.R.S Allan and the Common Law Constitution », *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, pp. 463-475, p. 470: "The court is the only forum in which the citizens can demand as of right that a government official justify an action inimical to the citizen's interests before an independent third party. Not only this, but in adjudication litigants play a 'central role'."

1227. La saisine d'un juge par un citoyen en qualité de justiciable est un outil non négligeable d'exercice de la justice constitutionnelle. Il bénéficie, en effet, d'une assise solide car le droit d'accès à la justice fait partie des droits protégés tant par le *common law* que par le législateur à travers l'adoption du *HRA* en 1998. Il faut néanmoins noter que l'article 13 de la CEDH sur le « *droit à un recours effectif* » ne fait pas partie des droits transposés en droit interne par le *Human Rights Act*. La Commission mixte sur les droits de l'Homme justifie cette absence dans un rapport rendu en 2018 par l'objectif même de la loi de 1998, à savoir permettre la réalisation de ce droit à un recours effectif¹⁶⁸³. Cette loi représente ainsi un outil supplémentaire de protection du droit d'accès à la justice.

1228. L'importance du droit d'accès à la justice pour l'expression constitutionnelle citoyenne est indéniable. Elle contribue fortement à la réalisation du *rule of law*, cela s'observe notamment avec la procédure de *judicial review*.

2) *Les modalités d'utilisation du judicial review par le citoyen-justiciable*

1229. Pour contester une décision prise par une autorité publique qui irait à l'encontre de ses droits ou de règles constitutionnelles, le citoyen dispose de la procédure de *judicial review*. La procédure classique de *judicial review* est une procédure ancienne, forgée notamment par les jurisprudences de *common law*, ayant permis à travers les siècles la construction et la protection des règles constitutionnelles. C'est aussi une procédure très utilisée, l'*Institute for Government* précisant que le gouvernement fait face à environ 2000 actions en *judicial review* auprès de la High Court¹⁶⁸⁴.

1230. Le *judicial review* a pour objectif de contrôler l'exercice du pouvoir par les gouvernants, c'est-à-dire par exemple, les ministères, les *tribunals*, les autorités locales. Cette procédure permet ainsi de contrôler les décisions prises par les « *autorités publiques* », c'est-à-dire par les autorités qui exercent des fonctions publiques. Pour reconnaître la nature « *publique* » de ces fonctions, la question n'est pas tant de savoir si l'autorité a été créée par le

¹⁶⁸³ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, session 2017-2019, 10th report, 2018, 59 p., p. 8: "Article 13 is not explicitly listed in Schedule 1 of the Human Rights Act 1998 as one of the Articles given effect to by that Act, because the Act itself is deemed to give effect to this right".

¹⁶⁸⁴ « Judicial review and policy making », *The Institute for Government*, [en ligne], [consultée le 27/05/2021], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/judicial-review>.

législateur ou par le gouvernement mais plutôt de se demander si elle exerce des pouvoirs qui sont comparables à ceux qui sont exercés par le gouvernement¹⁶⁸⁵.

1231. La procédure de *judicial review* se distingue de celle de l'appel¹⁶⁸⁶. Dans cette première procédure, la juridiction n'a en effet pas le pouvoir de réexaminer l'affaire et de substituer sa propre décision à celle prise par la juridiction inférieure. L'appel porte à la fois sur les faits et sur le fond d'une affaire, cette dernière pouvant être intégralement réexaminée par la juridiction. La procédure de *judicial review*, quant à elle, s'intéresse seulement à la manière dont l'autorité publique a, dans sa prise de décision, appliqué les règles pertinentes. Le *judicial review* poursuit un objectif procédural, celui de savoir si l'autorité a pris correctement sa décision. Lors de cette procédure, la juridiction exerce ainsi une *supervisory jurisdiction*, opposée à une *appellate jurisdiction*.

1232. C'est grâce à cette procédure que les justiciables ont pu obtenir la reconnaissance et la protection d'un ensemble de droits « *constitutionnels* » ou « *fondamentaux* » issus du seul *common law*. L'adoption du *Human Rights Act 1998* a eu pour effet d'étendre le champ d'application du *judicial review*. Par la loi de 1998, le législateur a, non seulement, rénové les prérogatives des juges, mais a également conféré un nouvel outil d'exercice de justice constitutionnelle pour le citoyen-justiciable. Ce dernier se voit octroyer une procédure particulièrement intéressante à plusieurs titres : délai de déclenchement du *judicial review*, protection des droits, degré de contrôle et pouvoirs du juge à l'égard des lois primaires et secondaires. L'exercice de la justice constitutionnelle par le législateur a ainsi cherché à stimuler celui par les citoyens-justiciables.

1233. Le citoyen, agissant en qualité de justiciable, peut ainsi contester la légalité de la décision sur plusieurs motifs forgés tant par la jurisprudence (principe du caractère déraisonnable –test *Wednesbury*–, principe de justice naturelle) que par la législation (principe de la légalité de la décision, *HRA 1998*). Il peut d'abord attaquer l'acte en question en arguant de son « *illégalité* », c'est-à-dire en démontrant que l'autorité en question n'avait pas juridiquement le pouvoir de prendre une telle décision¹⁶⁸⁷. Il s'agit de vérifier que l'autorité en question a pris la décision conformément aux règles instaurant son autorité à le faire, que ces

¹⁶⁸⁵ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 566: “In determining whether or not the body whose decision is being challenged on an application for judicial review is a public as opposed to private body, the court will look at its functions. The test is not whether or not the authority is a government body as such but, rather, whether it is a body exercising powers analogous to those of government bodies.”.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 562.

¹⁶⁸⁷ « Judicial Review », *Equality and Human Rights Commission*, 2019, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/judicial-review>.

règles soient des législations primaires, secondaires ou mêmes des règles élaborées par la jurisprudence (comme les règles entourant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité par le droit)¹⁶⁸⁸. Entrent dans le motif de l'illégalité selon Hilaire Barnett : les erreurs de droit ou de fait, l'utilisation de prérogatives pour de mauvais objectifs, la prise en compte de facteurs qui n'aurait pas dû être pris en compte par l'autorité publique, agir de mauvaise foi, ne pas se conformer aux droits de la Convention tels que prévus par le *HRA* 1998¹⁶⁸⁹.

1234. Le justiciable a ensuite la possibilité d'invoquer le caractère « *déraisonnable* » de l'acte de l'autorité publique en démontrant qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu prendre une telle décision. C'est le contrôle *Wednesbury*. Ce critère a néanmoins été adapté quand des droits et libertés sont en cause, le juge n'exigeant plus le caractère déraisonnable pour censurer l'action des autorités publiques. C'est le fameux *anxious scrutiny* mis en place par la jurisprudence *Simms* en 1999. Bien plus, dans le cadre du droit de l'UE ou du *HRA* 1998, l'acte de l'autorité publique peut être soumis à un contrôle de proportionnalité.

1235. Le justiciable peut aussi amener devant le juge un grief tiré de l'illégalité d'une décision au regard des règles de procédures de « *justice naturelle* »¹⁶⁹⁰ que sont le principe du contradictoire et de l'impartialité des juridictions. Enfin, il pouvait se fonder sur la violation par une autorité publique du droit de l'UE et peut toujours agir sur le fondement du droit de la CEDH (via le *HRA* 1998). Dans ce dernier cas, le requérant peut se fonder sur la section 6 de la loi de 1998.

1236. Tous ces motifs permettent au justiciable de faire valoir devant le juge son grief contre un acte d'une autorité publique issu de son propre jugement de constitutionnalité préalable.

1237. Si le justiciable décide de se fonder sur le *HRA* 1998 pour son action en *judicial review*, il devra alors respecter les conditions prévues par cette loi. Il devra démontrer qu'il est victime d'une violation d'un droit conventionnel, qu'il est « *personnellement affecté* » par cette dernière. La victime peut être un individu, un groupe d'individus, une entreprise ou encore une association. Pour tenter une procédure de *judicial review* fondée sur le *HRA* de 1998, le citoyen doit, selon la section 7 de cette même loi, agir dans un délai d'un an, délai non applicable s'il décide d'agir en *judicial review* sur d'autres motifs (illégalité hors droits conventionnels,

¹⁶⁸⁸ « Judicial review », Leigh Day, 2019, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.leighday.co.uk/Human-rights-abuse-claims-judicial-review/Further-insights/Judicial-review>.

¹⁶⁸⁹ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 597.

¹⁶⁹⁰ Equality Human Rights and Commission. *Op. Cit.*

caractère déraisonnable, justice naturelle). De ce point de vue là également, la loi de 1998 est faite pour encourager l'expression constitutionnelle des citoyens.

1238. Dans une même requête, le justiciable peut se fonder tant sur la jurisprudence issue du *common law* et du *judicial review* classique que sur les dispositifs et droits consacrés par la loi de 1998 ou, avant le processus du Brexit, sur les droits qui découlent de l'UE. Cela était le cas par exemple dans la jurisprudence *Unison*¹⁶⁹¹. La jurisprudence a ainsi confirmé que la loi de 1998 n'a pas pour effet de priver d'intérêt les droits issus du *common law*. Elle agit juste comme complémentaire à ces derniers. Lord Toulson dans la jurisprudence *Kennedy* de la Cour suprême 2014 insistait d'ailleurs sur la persistance du *common law* comme source de droits fondamentaux pour les individus justiciables¹⁶⁹².

1239. Les règles constitutionnelles dont les citoyens peuvent demander le respect auprès des juridictions sont des règles relatives aux droits et libertés, comme en témoigne l'abondante jurisprudence en la matière sur le fondement du *common law*¹⁶⁹³ ou du *HRA* 1998. Les droits et libertés ne sont pas les seules règles constitutionnelles dont le citoyen-justiciable peut obtenir la protection juridictionnelle. Les règles constitutionnelles de nature institutionnelle peuvent aussi servir de fondement à l'action du requérant. Ces règles concernent l'organisation des pouvoirs et les relations entre les différents organes de pouvoir.

¹⁶⁹¹ *R (on the application of UNISON) (Appellant) v. Lord Chancellor (Respondent)*, Press Summary, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0233-press-summary.pdf>: “This appeal arises out of proceedings for judicial review in which the trade union UNISON (the appellant) argued that the making of the Fees Order was not a lawful exercise of the Lord Chancellor’s statutory powers, because the prescribed fees interfere unjustifiably with the right of access to justice under both the common law and EU law, frustrate the operation of Parliamentary legislation granting employment rights, and discriminate unlawfully against women and other protected groups.”.

¹⁶⁹² *Kennedy (Appellant) v. The Charity Commission (Respondent)* [2014] UKSC 20, par. 133: “This has always been the way of the common law and it has not ceased on the enactment of the Human Rights Act 1998, (...). It needs to be emphasised that it was not the purpose of the Human Rights Act that the common law should become an ossuary.”; CLAYTON Richard. “Richard Clayton: The Curious Case of Kennedy v Charity Commission”, *UK Constitutional Law Association*, 18th April 2014, [en ligne], [consultée le 21 avril 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/04/18/richard-clayton-the-curious-case-of-kennedy-v-charity-commission/>: “The Supreme Court decision is full of surprises. The Court decided to depart from the arguments of the parties - the majority insisted that common law rights rather than the Human Rights Act were the key to the case; and then embarked on an extended and wide ranging obiter discussion of public law issues, revealing further disagreements between the Justices.”.

¹⁶⁹³ Ont ainsi été consacré le droit à la propriété, le droit au respect de la vie privée, la liberté contractuelle, la liberté de réunion ou d'association, la liberté de parole, de religion ou de conscience ou encore le droit d'accès à la justice. Voir DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme* thèse, op. cit., pp. 62-72. Le requérant peut aussi invoquer la nature particulière de certaines lois comme étant « constitutionnelles » pour faire valoir ses droits. Cela découle de la distinction « lois ordinaires » « lois constitutionnelles » élaborée par la jurisprudence depuis l'arrêt *Thoburn*.

1240. Cela a d'ailleurs marqué les années 2017-2019 avec les affaires *Miller et Miller II*. Gina Miller, femme d'affaire et activiste, après avoir remporté devant la Cour suprême en 2017, l'affaire *Miller I* relative à l'impossibilité d'enclencher l'article 50 sans un vote du Parlement, a saisi la *High Court* de l'Angleterre et du Pays de Galles d'une application en *judicial review* contre la décision de proroger le Parlement prise par le gouvernement de Boris Johnson. En Écosse, 75 parlementaires et membres de la Chambre des Lords demandèrent une application en *judicial review* auprès de la *Court of Session* cherchant également à faire reconnaître que cette prorogation était illégale. Du côté nord-irlandais, c'est l'activiste Raymond Mc Cord qui fit une application en *judicial review* devant la *High Court* de Belfast et invoquait une violation du *Good Friday Agreement*. Les décisions de la *High Court* d'Angleterre et du Pays de Galles et de la *Court of Session* firent l'objet d'un appel devant la Cour suprême qui rendit sa décision avec l'arrêt *Miller* de septembre 2019.

1241. Ces jurisprudences montrent que la justice est un outil permettant aux citoyens et membres de la société civile d'obtenir le respect de certaines règles constitutionnelles plus « procédurales ». Si ces arrêts marquent une emprise du judiciaire et du juridictionnel dans la justice constitutionnelle britannique, ils témoignent – par l'importance de l'action d'une citoyenne justiciable, Gina Miller- aussi du succès que peut rencontrer une interprétation opérée par le justiciable de certaines décisions politiques.

1242. Le citoyen désirant tenter un *judicial review* doit d'abord commencer à écrire à l'autorité publique concernée pour essayer de résoudre le litige avant toute saisine d'une juridiction. Cette possibilité témoigne du fait que la justice constitutionnelle peut s'exercer en dehors des juridictions. Le courrier en question se nomme le *PAP- Pre-Action Protocol*¹⁶⁹⁴. Son but est d'exposer à l'autorité publique l'objet de la demande. Le destinataire a un délai de 14 jours pour répondre¹⁶⁹⁵, sauf dans des contentieux particuliers comme celui de l'aménagement du territoire.

1243. Si le futur justiciable n'est pas satisfait de la réponse, il peut tenter une action en *judicial review* devant la *High Court*. Pour ce faire, le justiciable devra remplir un document de réclamation (« *claim form* ») disponible en ligne, exposer les faits d'espèce et les fondements invoqués. La juridiction procèdera alors en deux phases : une première se concentrera sur la

¹⁶⁹⁴ «Judicial review», Leigh Day, *op. cit.*

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*

recevabilité de la requête et la seconde visera la résolution du fond de l'affaire¹⁶⁹⁶. Dans certains cas d'urgence, le juge pourra décider de procéder à ces deux phases en même temps.

1244. Pour présenter une action en *judicial review* recevable, le citoyen-justiciable devra, selon la section 31(3) du *Senior Courts Act* 1981¹⁶⁹⁷, démontrer la présence d'un « *intérêt suffisant* » pour ce faire. Le juge procédera ainsi au contrôle de l'intérêt suffisant (*sufficient interest test*). Ce dernier va souvent dans le sens du requérant, Mark Elliott rappelant qu'au « *fil des ans le vague critère statutaire de 'l'intérêt suffisant' a été imprégné d'une signification généreuse* »¹⁶⁹⁸ par les juridictions. C'est l'arrêt *R v. Inland Revenue Commissioners* rendu par la Chambre des Lords, en 1981, qui marqua le point de départ de sa jurisprudence relative au contrôle de l'intérêt suffisant¹⁶⁹⁹. Lord Diplock affirmait ainsi l'importance à ce que les règles relatives à la qualité pour agir ne constituent pas une barrière à l'espoir du justiciable de voir une affaire examinée par une juridiction. Ici, l'intervention des juridictions cherchait à stimuler l'exercice de la justice constitutionnelle par le citoyen-justiciable.

1245. Dans le cadre d'une telle procédure, le juge peut impacter la décision de l'autorité publique de différentes manières. Il peut d'abord exiger de l'autorité en question qu'il adopte un comportement particulier pour remédier à la situation causée par sa décision. Il émettra alors un *mandatory order*¹⁷⁰⁰. Il peut à l'inverse interdire à l'autorité d'entreprendre une action particulière et adopter un *prohibiting order*¹⁷⁰¹. Il peut aussi simplement annuler l'acte en question et émettre un *quashing order*¹⁷⁰². Il peut enfin faire une déclaration ou accorder des dommages et intérêts. Le juge a donc un grand pouvoir d'action sur l'acte contesté, ce qui fait de la saisine d'un juge le moyen *a priori* le plus efficace de ce chapitre pour donner force contraignante à son jugement constitutionnel. L'emprise offerte par le juge sur l'exécutif

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*

¹⁶⁹⁷ *Senior Courts Act* 1981, section 31(3): “No application for judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been obtained in accordance with rules of court; and the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates.”.

¹⁶⁹⁸ ELLIOTT Mark. “Standing, judicial review and the rule of law: why we all have a “direct interest” in government according to law”, *Public Law for everyone*, 29th July 2013, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://publiclawforeveryone.com/2013/07/29/standing-judicial-review-and-the-rule-of-law-why-we-all-have-a-direct-interest-in-government-according-to-law/>: “Against this background, courts went on to fashion a broad—but not infinitely broad - standing test.”.

¹⁶⁹⁹ *R v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd* [1981] UKHL 2.

¹⁷⁰⁰ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law, op. cit.*, pp. 589-590: “This order is one which compels an authority to act.”.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*: “Prohibition is an order which prevents a body from making a decision which would be capable of being quashed by certiorari. It is thus protective in nature.”.

¹⁷⁰² *Ibid.*: “A quashing order is one which ‘quashes’, or sets aside as a nullity, the original decision.”.

a d'ailleurs été rappelée et érigée en « *principes constitutionnels* » essentiels au *rule of law* par Lord Neuberger dans l'affaire *Evans* en 2015¹⁷⁰³. Deux principes constitutionnels sont identifiés : celui de l'autorité et de force de chose jugée de la décision de justice et celui du contrôle des décisions de l'exécutif par les juridictions et non l'inverse¹⁷⁰⁴.

1246. Si le *judicial review* est fondamental pour garantir le *rule of law* et la protection des droits des citoyens-justiciables, il demeure une procédure fragile car à la merci des volontés gouvernementales.

B) Le judicial review: une procédure fragile, à la merci des volontés gouvernementales

1247. Cet outil montre néanmoins, lui aussi, la dépendance du citoyen vis-à-vis des institutions étatiques. En effet, dans le cadre de la saisine d'un juge, le citoyen a une marge de manœuvre au stade de l'initiative de la procédure, mais perd ensuite tout pouvoir de décision, ce dernier revenant au juge. Le droit de saisine révèle ainsi une fragilité de l'emprise des citoyens sur la justice constitutionnelle et parallèlement un atout des juridictions.

1248. En outre, l'utilisation par les citoyens du *judicial review* pour exercer la justice constitutionnelle dépend aussi des volontés gouvernementales. Ces dernières ont le pouvoir de redessiner, par le biais de l'adoption d'une loi, les contours de cette procédure juridictionnelle¹⁷⁰⁵. C'est dans cette perspective que le gouvernement de Boris Johnson a mis en place l'*Independent Review of Administrative Law* en juillet 2020, afin d'étudier les différentes options pour réformer la procédure de *judicial review*¹⁷⁰⁶. Elles peuvent ainsi

¹⁷⁰³ *R (on the application of Evans) and another (Respondents) v. Attorney General (Appellant)* [2015] UKSC 21, par. 52.

¹⁷⁰⁴ *Ibid* : "First, subject to being overruled by a higher court or (given Parliamentary supremacy) a statute, it is a basic principle that a decision of a court is binding as between the parties, and cannot be ignored or set aside by anyone, including (indeed it may fairly be said, least of all) the executive. Secondly, it is also fundamental to the rule of law that decisions and actions of the executive are, subject to necessary well established exceptions (such as declarations of war), and jealously scrutinised statutory exceptions, reviewable by the court at the suit of an interested citizen."

¹⁷⁰⁵ Voir là dessus notamment. JAFFEY Ben; HICKMAN Tom. "Ben Jaffey and Tom Hickman: Loading the Dice in Judicial Review: The Criminal Justice and Courts Bill 2014", *UK Constitutional Law Association*, 06th February 2014, [en ligne], [consultée le 12 février 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/06/ben-jaffey-and-tom-hickman-loading-the-dice-in-judicial-review-the-criminal-justice-and-courts-bill-2014/>.

¹⁷⁰⁶ "Independent Review of Administrative Law", *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://www.gov.uk/government/groups/independent-review-of-administrative-law#terms-of-reference>: "The IRAL was established following the Government's manifesto commitment to guarantee that judicial review is available to protect the rights of the individuals against an overbearing state, while ensuring that it is not abused

légiférer pour entraver l'accessibilité à cette procédure. Ce faisant, l'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens via le *judicial review* est dépendant de la manière dont le législateur concrétise le droit d'accès à la justice en réformant le *judicial review*. Par conséquent, le fait que le juge soit -comme cela a été vu dans la première partie de cette étude- particulièrement actif dans la reconnaissance des droits et libertés des individus, et ainsi dans la réalisation de la démocratie constitutionnelle, ne suffit pas à lui seul pour conclure que le peuple joue un rôle augmenté dans la justice constitutionnelle. Encore faut-il que les citoyens puissent effectivement avoir accès à la justice et que cette dernière tranche en leur faveur.

1249. Les travaux de l'*Independent Review* aboutirent à la publication d'un long rapport en mars 2021. Parmi les observations de ce dernier figurait celle d'une « *surenchère judiciaire* »¹⁷⁰⁷, c'est-à-dire d'une soumission des autorités publiques aux juridictions jugée excessive. Cette domination des gouvernants par les juges s'expliquerait selon le rapport par le trop grand nombre de motifs dans la procédure du *judicial review* permettant de contester une décision de l'exécutif. Si le rapport s'opposait expressément à une réforme qui toucherait aux motifs utilisables dans la procédure de *judicial review*, et se prononçait plus pour un changement d'approche et d'utilisation de ces derniers par les juges¹⁷⁰⁸, rien ne dit que le gouvernement ne cherchera pas à réformer ces questions là dans le futur.

1250. C'était, par exemple, l'opinion de Mark Elliott pour qui que le gouvernement pourrait probablement réformer différents aspects de la procédure de *judicial review* de manière à : incorporer les fondements à l'action en *judicial review* dans une loi afin de les définir plus précisément et restrictivement, légiférer pour restreindre le principe de justiciabilité, limiter l'effet de la procédure sur la décision contestée, limiter la qualité pour agir en *judicial review* à ceux qui sont directement affectés par la décision et supprimer ainsi

to conduct politics by another means or to create needless delays. The panel will consider whether the right balance is being struck between the rights of citizens to challenge executive decisions and the need for effective and efficient government. The review will examine a range of data and evidence, including relevant caselaw, on the development of judicial review and consider whether reform is justified. The work forms part of the Lord Chancellor's duty to defend our world-class and independent courts and judiciary that lie at the heart of British justice and the rule of law."

¹⁷⁰⁷ *The Independent Review of Administrative Law*, March 2021, 193 p., [en ligne], [consultée le 27/05/2021], https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/970797/IRAL-report.pdf, p. 58: "The current state of the law on grounds of judicial review seems to give rise to two concerns in particular. The first is that it enables judicial overreach, in that there are now so many different bases on which governmental action can be challenged, a court which disagrees with the wisdom of that action will easily be able to rely on some ground or another as a ground for setting aside that action."

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 60: "It follows that, as a general rule, we do not think that it would be wise for Parliament to attempt to deal with any problems that were established as arising out of the multiplicity or vagueness of grounds of review by trying to tailor the grounds of judicial review applicable to a particular exercise of public power according to the 'nature and subject matter' of that power. Solutions to those problems must be sought elsewhere."

l'exigence d'un intérêt suffisant¹⁷⁰⁹, restreindre les droits d'appels contre des décisions de justice en *judicial review* et rendre l'utilisation de cette procédure contre le gouvernement plus onéreux¹⁷¹⁰.

1251. La restriction gouvernementale du droit d'agir en justice n'est d'ailleurs pas qu'une hypothèse¹⁷¹¹, le gouvernement ayant, par exemple, déjà légiféré sur l'aide juridictionnelle accordée aux justiciables. L'aide juridictionnelle a ainsi fait l'objet d'une loi en 2013, le *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (LASPO)*. L'impact de la politique gouvernementale en matière d'aide juridictionnelle sur l'accès à la justice a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses enquêtes et rapports par des commissions parlementaires, des syndicats ou encore des organisations non gouvernementales¹⁷¹². Un rapport rendu par Amnesty International en 2006, « *Cuts that hurt* », soulignait ainsi le fait que le droit à l'accès à la justice avait été considérablement endommagé par les mesures législatives concernées¹⁷¹³. La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans son rapport de 2018, *Enforcing Human Rights*, concluait d'ailleurs que le gouvernement devait reconsidérer le « *critère d'éligibilité financière* » mis en place dans la loi de 2012 afin d'élargir l'accès à la justice¹⁷¹⁴. Le même rapport exposait les conséquences de la politique en matière d'aide juridictionnelle sur l'effectivité du droit à une vie privée et familiale consacré dans l'article 8 de la CEDH dans le domaine de l'immigration¹⁷¹⁵. Les cas liés à l'immigration et qui se situent en dehors du droit d'asile ont en effet été exclus du champ de l'aide juridictionnelle par la loi de 2012¹⁷¹⁶.

¹⁷⁰⁹ ELLIOTT Mark. "Standing, judicial review and the rule of law: why we all have a "direct interest" in government according to law", *op. cit.*

¹⁷¹⁰ ELLIOTT Mark. « The Judicial Review Review I: The Reform Agenda and Its Potential Scope », *Public Law for everyone*, 3rd August 2020, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://publiclawforeveryone.com/2020/08/03/the-judicial-review-review-i-the-reform-agenda-and-its-potential-scope/>.

¹⁷¹¹ Voir sur cette question House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The implications for access to justice for the Government's proposals to reform judicial review*, session 2013-2014, 13th report, 51 p; STREET Amy. *Judicial Review and the Rule of Law- Who is in Control?*, London, The Constitution Society, 2013, 58 p.

¹⁷¹² House of Commons House of Lord Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, *op. Cit.*, p. 12: « *The effects of LASPO on the ability of individuals to enforce their wider human rights has been widely commented upon by a range of select committees, regulatory bodies, trade unions, professional bodies and NGOs.* ».

¹⁷¹³ Amnesty International. *Curts that hurt – The Impact of legal aid cuts in England and in Wales*, 2016, 48 p.

¹⁷¹⁴ House of Commons House of Lord Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, *op. cit.*, p. 14: « *The ongoing Government review of the legal aid reforms must look again at the financial eligibility criteria with a view to widening access to a larger proportion of the population.* ».

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 17: « *Migrants were frequently singled out in written submissions as a group which had had their ability to enforce their human rights restricted by LASPO.54 Non-asylum immigration cases were taken*

1252. Le rapport de 2018 soulignait également le traitement réservé au droit privé de la famille dont une importante partie fut, elle aussi, exclue du champ d'application de l'aide juridictionnelle¹⁷¹⁷. Le rapport mettait en avant l'impact considérable de cette exclusion sur les enfants et leurs familles et affirmait qu'elle privait d'effectivité les articles 12 et 3 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant¹⁷¹⁸. Ces éléments confirment la trop grande dépendance des citoyens vis-à-vis des volontés gouvernementales. Ces dernières ont des marges d'action considérables pour diminuer l'emprise des citoyens -ici citoyens-justiciables- sur l'exercice de la justice constitutionnelle. Intenter une action en *judicial review* est onéreuse, cette procédure est en outre gouvernée par le principe selon lequel le perdant a à sa charge les frais du vainqueur.

1253. Bien plus que de légiférer sur l'aide juridictionnelle, les représentants peuvent également arguer d'une situation de crise exceptionnelle pour remodeler l'exercice du droit d'accès à la justice. Ainsi, la crise du Covid-19 a conduit le gouvernement à la large mise en place des audiences à distance, audiences qui, le rappelle la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans un rapport publié en mars 2021, peuvent empêcher certains citoyens-justiciables d'accéder à la justice¹⁷¹⁹.

1254. La volonté des gouvernants d'encadrer le *judicial review* et de limiter ses répercussions s'observe dans les programmes politiques et particulièrement dans le programme politique des Conservateurs aux élections générales de décembre 2019 qui affirme la volonté de ne pas faire de cette procédure une voie détournée pour faire de la politique¹⁷²⁰. Dans cette

out of scope of legal aid, subject to narrow exceptions for some applications by victims of domestic violence, and of trafficking and modern slavery.”.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 18: “LASPO largely removed private family law from the scope of legal aid provision, although it was retained in some limited circumstances, for example for children in family proceedings, forcases involving allegations of child abuse and for victims of domestic violence who could meet the evidence threshold set in regulations.”.

¹⁷¹⁸ *Ibid.* : “The removal of private family law from the scope of legal aid has had a very significant impact on children and their families. Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC) provides that children should have ‘the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting [them], either directly or through a representative’. The UNCRC also states that the best interests of children should be the primary consideration in all decisions affecting them (Article 3 (1)). Without access to legal advice and assistance these rights cannot be enforced effectively.”.

¹⁷¹⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Covid-19 and the Courts*, session 2019-2021, 22nd report, 84 p., pp. 26-27: “Remote hearings also presented real challenges for litigants with low levels of literacy and those with limited access to technology. Lacking access to basic technology and internet posed obvious challenges. (...) The shift to remote hearings may have undermined litigants’ ability to engage appropriately with courts and tribunals, potentially to the detriment of their own case.”.

¹⁷²⁰ The Conservative Party. *Get Brexit Done – Unleash Britain’s Potential – The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019*, *op.cit.*, p. 48: “We will ensure that judicial review is available to protect the rights of the individuals against an overbearing state, while ensuring that it is not abused to conduct politics by another means or to create needless delays.”.

perspective, le parti Conservateur promettait dans le même programme la mise en place d'une *Commission sur la Constitution, la Démocratie et les Droits* chargée de réfléchir à cette problématique et de proposer des réformes¹⁷²¹.

1255. Outre la forte influence des représentants sur la procédure de *judicial review*, les faiblesses de cette dernière pour le citoyen proviennent du fait qu'elle ne lui permet pas d'obtenir la protection de l'ensemble des règles constitutionnelles. Certaines règles -pourtant capitales pour le fonctionnement du régime politique britannique- échappent néanmoins à l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle par le biais juridictionnel. C'est le cas des conventions de la Constitution, dont le citoyen ne peut réclamer la mise en application par une juridiction. C'est le cas aussi des règles relatives aux privilèges parlementaires, qui ne peuvent, en vertu de l'article IX du *Bill of Rights*, faire l'objet de sanctions juridictionnelles, même si le juge peut quand même se prononcer sur leur existence et leur étendue. Ainsi, les modalités d'exercice citoyen de la justice constitutionnelle dépendent des sujets concernés.

1256. De plus, saisir un juge n'offre pas au justiciable la garantie que celui-ci statuera en sa faveur. *The Institute for Government* observait ainsi que, de manière générale, les autorités publiques remportaient environ 50% des cas et en perdaient 40¹⁷²², les 10% restants correspondant aux poursuites qui ont été retirées ou qui n'ont pas abouties. Les juridictions sont en effet libres de trancher une affaire comme elles le souhaitent dans le cadre offert par la législation et les jurisprudences préexistantes. La théorie du précédent lie les juridictions mais elles peuvent toujours s'en dégager, notamment la Cour suprême qui n'est nullement liée par sa jurisprudence. Le citoyen considérant un acte adopté par les autorités publiques comme contraire à ses droits n'aura alors aucune garantie que la Cour suprême tranche en sa faveur.

1257. Enfin, très peu de requêtes initiées par les citoyens justiciables parviennent à franchir toutes les étapes de la procédure du *judicial review* et à faire l'objet d'un jugement sur le fond de la demande. *The Institute of Government* relevait qu'en 2018, 5% des cas (soit 184 sur 3597) parvenaient jusqu'au jugement sur le fond¹⁷²³. Ces chiffres atténuent ainsi considérablement l'idée du *judicial review* comme canal d'expression constitutionnelle des citoyens justiciables.

¹⁷²¹ *Ibid.*: « *In our first year we will set up a Constitution, Democracy and Rights Commission that will examine these issues in depth, and come up with proposals to restore trust in our institutions and in how our democracy operates.* ».

¹⁷²² « *Judicial Review* », *Institute for Government*, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/judicial-review>.

¹⁷²³ *Ibid.*

1258. Si l'expression constitutionnelle des citoyens en dehors du cadre parlementaire apparaît à la fois consolidée et limitée, le même constat semble s'imposer quand on analyse les moyens parlementaires d'exercice populaire de la justice constitutionnelle.

Section II : Les faiblesses de l'expression constitutionnelle des citoyens dans un cadre parlementaire

1259. Le travail des différents Parlements au Royaume-Uni est organisé de manière à permettre aux citoyens de participer à la prise de décision politique, à l'exercice de la justice constitutionnelle. Cette participation s'effectue ainsi dans un cadre parlementaire et permet aux citoyens d'exercer une influence sur la reconnaissance ou la protection de droits dans la législation. La participation du peuple aide ainsi à la réalisation du constitutionnalisme politique et à la vérification que les gouvernants agissent bien dans le cadre constitué par les droits des gouvernés. Des procédés de démocratie participative et délibérative sont ainsi prévus et permettent aux Parlements et aux gouvernements d'être en contact avec l'opinion des citoyens. Le procédé marquant et existant depuis plusieurs siècles est celui de la pétition c'est-à-dire d'un acte grâce auquel le gouverné exprime une réclamation au gouvernant.

1260. Ce mécanisme de la pétition joue un rôle important dans l'expression constitutionnelle du citoyen. Il permet à ce dernier d'exercer une influence, bien qu'indirecte et incertaine sur la fonction législative et constituante, et figure parmi les instruments donnant aux citoyens un rôle dans la justice constitutionnelle. La pétition permet au citoyen de s'exprimer constitutionnellement et d'activer la responsabilité constitutionnelle des représentants. L'acte pétitionnaire peut, en effet, chercher à influencer le gouvernant de manière à ce qu'il agisse davantage dans le sens -conféré par les pétitionnaires- de la Constitution (de certains droits et libertés) ou à ce qu'il rende des comptes des implications constitutionnelles de sa politique. La pétition demeure néanmoins fort imparfaite en raison du grand pouvoir laissé aux représentants sur l'issue des pétitions (I).

1261. D'autres mécanismes existent et permettent au peuple d'exercer la justice constitutionnelle. Il s'agit de mécanismes de consultation lancés par des parlementaires et/ou universitaires qui permettent de solliciter l'avis des citoyens et autres membres de la société civile sur des questions d'ordre politique et constitutionnel. Comme la pétition, ils offrent aux citoyens la possibilité d'influencer de manière incertaine l'exercice de la fonction législative et constituante. (II).

I) La popularité et la fragilité des mécanismes de pétition

1262. La pétition est un outil de démocratie participative, son ambition étant d'adjoindre le citoyen aux représentants dans la prise de décision. Elle peut revêtir deux formats : papier -« *pétition publique* »- ou numérique.

1263. Le mécanisme pétitionnaire représente un autre outil permettant au citoyen de s'exprimer constitutionnellement. Dans cette perspective, Cristina Leston-Bandeira identifie deux sortes de pétitions en fonction de leurs finalités¹⁷²⁴. Alors que les « *pétitions de protestations* » serviraient aux citoyens pour témoigner leur mécontentement au regard d'une loi adoptée ou non, d'une politique ou d'une décision ; les « *pétitions substantielles* », elles, ont pour objectif premier de réclamer un changement de situation¹⁷²⁵. Dans tous les cas, souligne l'auteur, la pétition permet d'activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants dans la mesure où elle peut permettre au citoyen d'assurer la publicité d'une implication constitutionnelle de la politique gouvernementale problématique. Ce faisant, la pétition peut venir alimenter les discussions et débats parlementaires¹⁷²⁶.

1264. Le droit de pétition est établi non seulement au sein du Parlement de Westminster (A), mais également dans les régimes politiques écossais, gallois et nord-irlandais (B). Dans tous les cas, le mécanisme de la pétition connaît un succès certain tout en étant paré de faiblesses.

¹⁷²⁴ LESTON-BANDEIRA Cristina. « What is the point of petitions in British politics? », *LSE-The London School of Economics and Political Science*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/what-is-the-point-of-petitions/>; voir également LESTON-BANDEIRA Cristina. « Here we go again, the parliamentary petitions site has re-opened – what roles can it play? », *UCL The Constitution Unit*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://constitution-unit.com/2017/09/26/here-we-go-again-the-parliamentary-petitions-site-has-re-opened-what-roles-can-it-play/>.

¹⁷²⁵ LESTON-BANDEIRA Cristina. « What is the point of petitions in British politics? », *op. cit.* : « *Protest petitions aim mainly to show discontent; they play the same role as demonstrations: safety valve, expression of dissatisfaction in relation to an act, decision or policy. (...) Substantive petitions aim primarily to change a situation. This tends to relate to issues that people feel very strongly about, either because they are personal and affect them directly, or because they are part of a very strong set of convictions held over a period of time* ».

¹⁷²⁶ LESTON-BANDEIRA Cristina. « Parliamentary petitions and public engagement: an empirical analysis of the role of e-petitions », *University of Leeds*, [en ligne], [consultée le 03/06/2021], [https://eprints.whiterose.ac.uk/145393/3/Role Parliamentary Petitions Systems CLB COMBINED VERSION FINAL.pdf](https://eprints.whiterose.ac.uk/145393/3/Role%20Parliamentary%20Petitions%20Systems%20CLB%20COMBINED%20VERSION%20FINAL.pdf). « *Within scrutiny, petitioning plays a fire-alarm role by facilitating an outlet for citizens to raise issues bottom-up thereby identifying issues of concern which would otherwise not be known to parliament. By publicising issues, it also enables agenda-setting of possible policy discussions* ».

A) Le système de pétition au sein du Parlement de Westminster : un outil précieux mais imparfait

1265. Au niveau de Westminster, le système de pétition se compose d'un mécanisme de pétitions dit « *traditionnel* », établi depuis plusieurs siècles (1), et d'une procédure numérique de dépôt de pétitions aux fortes répercussions (2)

1) Les pétitions traditionnelles, mécanisme de liaison de la « société civile » aux gouvernants

1266. Les pétitions traditionnelles se répartissent entre les *public petitions* et les pétitions émises à l'encontre des *private bills*¹⁷²⁷. Cette étude se focalisera, néanmoins,

¹⁷²⁷ La présentation de pétitions à l'encontre des *private bills* obéit à une autre logique et à d'autres règles. Le but de cette pétition est, pour le citoyen, d'exposer en quoi le projet de loi lui porte préjudice. Il lui permet aussi de souligner les raisons pour lesquelles le dit projet ne devrait pas aboutir et de mettre en avant les modifications qu'il faudrait lui apporter. La pétition peut ici être émise par tout « individu, groupe d'individus ou organisation » qui sont « directement et spécifiquement affectés » par le *private bill*. Dans un tel cadre, la pétition peut servir à résoudre une problématique constitutionnelle qui ne concernerait qu'une seule personne ou qu'un groupe de personnes. Le pétitionnaire a ici la possibilité de présenter une pétition devant les deux Chambres mais pas en même temps et selon des règles de formes différentes. C'est une particularité de ce système.

L'auteur de la pétition devra la déposer auprès du *Private Bill Office*. Il le fera en personne ou il se fera représenter par son agent « Roll A » ou « Roll B ». Pour présenter l'acte pétitionnaire, son auteur doit agir dans un cadre temporel précis. Il a la possibilité d'agir à deux périodes bien spécifiques. Il peut d'abord présenter sa pétition au moment où le projet de loi parvient au Parlement. S'il n'agit pas pendant ce laps de temps, le pétitionnaire peut émettre sa pétition durant une seconde période, de 10 jours, qui débute le lendemain de l'envoi du projet de loi d'une Chambre à l'autre.

Dans les deux cas, l'objectif d'une pétition adressée à l'encontre d'un *private bill* est d'être autorisé à témoigner contre le projet de loi en question devant une commission qui l'examinera -*Opposed Bill Committee*-. Cette dernière est composée de 4 *MPs* : deux qui proviennent du ou des parti(s) du gouvernement dans la Chambre et deux autres qui font partie de l'opposition. Le Président de cette Commission est l'un de ces 4 membres et dispose à ce titre d'une voix supplémentaire. L'examen de la Commission se fera après la seconde lecture à la Chambre des Communes et réunira les éléments à charge et à décharge à l'encontre du *private bill*.

Cette Commission interviendra au cours de la procédure législative, lors de la phase traditionnellement dédiée au passage du *bill* en commission. Elle ne pourra intervenir si le pétitionnaire ou son agent désigné ne sont pas présents en personne. L'intervention de cet *Opposed Bill Committee* pourra se faire sur un ou plusieurs jours en fonction de la « *complexité du bill et du nombre d'opposants* ». Plus le nombre de pétitionnaires sera important et plus le travail de la Commission sera long. Il peut ainsi dans des cas extrêmes durer plusieurs mois.

Cette Commission interviendra en tant qu'organe quasi-juridictionnel. Cela s'observe entre autres par l'exigence d'impartialité, aucun membre appelé à siéger ne devant avoir quelconque intérêt dans ce *bill*. Les commissionnaires devront faire une déclaration solennelle en ce sens. Ici le citoyen pétitionnaire agit comme s'il saisissait une juridiction à l'encontre d'une politique menée par les représentants. Cette Commission devra écouter tant les arguments des requérants (pétitionnaires) que des défenseurs (les promoteurs du *bill*), exigence là aussi de nature juridictionnelle, relevant du principe du contradictoire. La charge de la preuve incombe ici aux promoteurs du *bill* qui devront démontrer pour quelles raisons les dispositions en question doivent être adoptées. Elle sera en mesure de convoquer des témoins et d'en recevoir les déclarations, écrites ou orales. La Commission devra également décider si les amendements proposés sont souhaitables et si d'autres doivent être adoptés. Elle devra aussi donner son avis sur le point de savoir si le défendeur a su prouver la nécessité du *bill*. À la fin de son intervention la Commission peut : a) décider que le *bill* ne pose aucun problème dans sa version actuelle, b) décider

uniquement sur le premier type de pétitions en ce qu'il semble avoir plus d'implications pour l'exercice de la justice constitutionnelle et la prise de décision constitutionnelle. Le mécanisme des *public petitions* est ancien et permet de relier le citoyen au représentant (ici un *MP* ou dans des cas beaucoup plus rares, un Lord) (a). Ces pétitions publiques constituent, depuis plusieurs siècles, un outil indéniable d'expression constitutionnelle populaire (b).

a) *Les pétitions publiques, mécanisme historique d'expression constitutionnelle des citoyens*

1267. Ces pétitions « *traditionnelles* » existent au Royaume-Uni depuis plusieurs siècles et bénéficient d'une aura particulière en tant qu'instrument permettant aux gouvernés de solliciter l'attention du gouvernant sur une question particulière. Le droit de solliciter le monarque pour obtenir réparation de dommages personnels remonterait à l'époque des Saxons¹⁷²⁸. Les plus anciennes pétitions connues formulées auprès des deux Chambres du Parlement remonteraient au règne de Richard II (1377-1400)¹⁷²⁹, mais ce serait à partir du règne d'Henry IV (1399-1413) que leur emploi ce serait largement répandu¹⁷³⁰.

que le *bill* résultant de l'ajout d'amendements suggérés convient ; c) faire un rapport à destination de la Chambre concernée d) décider que la nécessité du *bill* n'est pas démontrée. Dans ce dernier cas, le *bill* ne peut plus poursuivre sa progression dans la procédure législative et s'éteint.

La pétition contre un *private bill* doit, elle aussi, répondre à des exigences de forme. Elle doit commencer par exposer le contenu du *bill*, puis présenter les pétitionnaires, exposer le dommage particulier que l'auteur de la pétition subit de son fait et enfin les remèdes souhaités. Le pétitionnaire peut soit demander que des clauses du *bill* soient amendées – dans ce cas il s'agit d'une « pétition pour amendement »- soit que le *bill* soit rejeté en intégralité – dans ce cas il s'agit d'une « pétition contre le préambule »-. Il peut aussi demander les deux à la fois. Dans tous les cas, la pétition doit contenir l'intégralité des objections que le pétitionnaire formule à l'encontre du *bill*. Elles n'ont pas à être exposées en détail, les présenter de manière générale suffit. Cela est fondamental car seuls les points formulés dans la pétition pourront être invoqués devant l'*Opposed Bill Committee*.

Les personnes à l'origine de la pétition peuvent choisir de se faire représenter dans l'ensemble des actions concernant la pétition. Deux types d'agents peuvent être sollicités : des agents parlementaires professionnels dénommés « *Roll A* » ; ou tout autre individu en capacité de le faire nommé « *Roll B* ». Les agents « *Roll B* » sont désignés via une lettre émise par le ou les pétitionnaire(s) qui les autorise à agir en leur nom. Cette lettre doit être remise au *Private Bill Office*. Si une organisation souhaite se faire représenter par des agents « *Roll B* », c'est-à-dire par des agents non parlementaires et non professionnels, elle doit organiser une réunion spécifique et adopter une résolution qui autorise une personne spécifiquement nommée à agir en son nom. Cette résolution doit être présentée dans une lettre, elle aussi déposée au *Private Bill Office*. Dans tous les cas, le choix d'un agent n'est pas définitif et la personne à l'origine d'une pétition peut toujours revenir sur le mandat ainsi donné. Dans ce cas, il devra reproduire les mêmes exigences de procédures que celles expliquées ci-dessus.

¹⁷²⁸ House of Commons Information Office. *Public Petitions*, Factsheet P7 Procedure Series, 2010, 13 p.

¹⁷²⁹ *Ibid.*

¹⁷³⁰ *Ibid.*

Le droit reconnu au sujet de pétitionner fut par la suite expressément consacré par le *Bill of Rights* de 1688 affirmant « *le droit des sujets de pétitionner le Roi* »¹⁷³¹. Durant le XVI^{ème} et le XVII^{ème} siècle, le mécanisme de la pétition servait surtout à faire valoir des griefs locaux et personnels¹⁷³². Elle n'était alors pas conçue comme un objet de participation à la politique du Royaume. Il en va différemment entre la période de la Restauration et le XVIII^{ème} siècle : la Chambre des Lords va alors perdre sa fonction judiciaire et les plaintes formulées aux institutions sur des matières de politique publique vont s'intensifier¹⁷³³. Un rapport émis par la bibliothèque de la Chambre des Communes dénombre 12 300 pétitions ayant réuni un nombre important de signataires entre 1688 et 1788¹⁷³⁴.

1268. Le nombre de pétitions va augmenter pendant les XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles. À la fin du XIX^{ème} siècle, le nombre en sera moindre même si ces dernières recueilleront parfois de très nombreuses signatures. Le nombre global de pétitions entre le début du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} est néanmoins important avec 960 000 pétitions publiques présentées au Parlement¹⁷³⁵. De l'après première guerre mondiale jusqu'aux années 1970-1980, le nombre de pétitions fut peu élevé. La première raison est l'extension du suffrage au début du XX^{ème} siècle. Ce dernier donne aux citoyens un autre moyen de participation à la détermination de la politique ; la pétition est donc concurrencée. Les années 1980 virent quant à elles une explosion de nombres de pétitions.

1269. La procédure de dépôt et discussion des pétitions publiques est la plus ancienne ; elle donne toutefois aux membres de la société civile un rôle moins fort que dans la procédure encadrant les pétitions numériques. Elle constitue donc une arme moins certaine d'expression constitutionnelle.

1270. La version actuelle du système de pétitions publiques en format papier existe depuis 1842 ; elle est issue des modifications apportées par la réforme de 1974 qui supprima l'ancien *Petitions Committee*. Dans le système traditionnel des pétitions publiques, les pétitions sont émises par le ou les membres de la société civile concerné(s) qui ensuite la présentent à

¹⁷³¹ « Royaume-Uni - Déclaration des droits, English Bill of Rights 1689 », *Digithèque MJP*, [en ligne], [consultée le 15/03/2021], <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1689.htm>: « *Dans ces circonstances, lesdits Lords spirituels et temporels et les Communes, aujourd'hui assemblés en vertu de leurs lettres et élections, constituant ensemble la représentation pleine et libre de la Nation et considérant gravement les meilleurs moyens d'atteindre le but susdit, déclarent d'abord (comme leurs ancêtres ont toujours fait en pareil cas), pour assurer leurs anciens droits et libertés : (...)5° Que c'est un droit des sujets de présenter des pétitions au Roi (...)* ».

¹⁷³² House of Commons Information Office. "Public Petitions", *op. cit.*

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ LOFT Philip. *Petitions in the UK*, House of Commons Library, Briefing Paper n° CBP 8620, 2019, 33 p., p. 14.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

leur *MP*. Le ou les citoyens pétitionnaires doivent ainsi solliciter le *MP* de leur circonscription afin de lui soumettre leur pétition. Ce dernier pourra alors la présenter à la Chambre des Communes¹⁷³⁶, sans y être néanmoins obligé. Ce système qui est moins propice à l'intervention du citoyen dans l'exercice de la justice constitutionnelle dépend largement de la volonté des représentants. Cette pétition est soit manuscrite soit informatique puis imprimée. Elle est régie par les *Standing Orders* n°153¹⁷³⁷ à n°155¹⁷³⁸. Dans tous les cas, elle doit respecter une forme particulière et impérativement contenir cinq parties bien identifiables¹⁷³⁹ : a) dans la première, la pétition doit contenir une adresse explicite à la Chambre des Communes, b) ensuite, elle doit présenter l'identité des pétitionnaires et les décrire brièvement ; c) dans la troisième, la pétition doit clairement présenter le problème ou la question qui est à son fondement ; d) dans la quatrième, les pétitionnaires doivent formuler explicitement leur demande à la Chambre par rapport au problème ou à la question soulevée par la pétition¹⁷⁴⁰ ; e) enfin, la cinquième conclut la pétition, qui ne pourra par ailleurs être présentée à la Chambre que si elle respecte certaines conditions¹⁷⁴¹ de formes précisées sur le site internet du Parlement de Westminster.

¹⁷³⁶ En théorie un membre de la Chambre des Lords peut aussi déposer une pétition devant la Chambre, mais ces pétitions demeurent rares et ne conduisent habituellement pas à un débat devant la Chambre. Voir "Ask your MP to present a petition", *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://www.parliament.uk/get-involved/sign-a-petition/paper-petitions/>: "A member of the Lords may present a petition to the House of Lords—reading out who the petition is from and what action the petitioner(s) wish the House to take. Petitions to the House of Lords are rare and usually do not lead to any debate in the House or other action taken."

¹⁷³⁷ "Standing Orders of the House of Commons – Public Business 2013", www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmstords/900/body.htm#BABCEFGJA>, n°153: "Every Member offering to present a petition to the House, not being a petition for a private bill, or relating to a private bill before the House, shall confine himself to a statement of the parties from whom it comes, the number of signatures attached to it, and the material allegations contained in it, and to reading the prayer of such petition."

¹⁷³⁸ *Ibid.* n° 154: "(1) Every petition presented under Standing Order No. 153 (Presentation of petitions) not containing matter in breach of the privileges of this House, and which according to the rules or usual practice of this House can be received, shall be presented after a member of the government shall have signified his intention to move 'That this House do now adjourn', for the purpose of bringing the sitting to a conclusion. (2) Proceedings under paragraph (1) of this order shall not be interrupted at the moment of interruption. (3) The Speaker shall not allow any debate, or any Member to speak upon, or in relation to, such petition; but it may be read by the Clerk if required."; n° 155: "In the case of a petition presented under Standing Order No. 153 (Presentation of petitions) and complaining of some present personal grievance, for which there may be an urgent necessity for providing an immediate remedy, the matter contained in such petition may be brought into discussion on the presentation thereof and proceedings under this order may be proceeded with, though opposed, until any hour."

¹⁷³⁹ *Ibid.*

¹⁷⁴⁰ Souvent les pétitionnaires demandent à la Chambre « d'inciter le gouvernement » à adopter certaines mesures. Voir "Ask your MP to present a petition", *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], *op. cit.*

¹⁷⁴¹ *Ibid.*: "It must address the House of Commons directly and make a clear request for the House to do something which it has the power to do, or to ask the Commons to urge the Government to take action. It should use respectful language and must not be offensive. It must have no crossings out, deletions or extra text added to it after it has been signed. It must be clear that the final petition is the same one that the petitioners signed. It should be in English, or if not in English accompanied by a translation certified by an MP. It should have the names, addresses and original, handwritten signatures (photocopies and electronic signatures are not permitted) of the petitioners. The signatures should match the description of the petitioners (i.e. if the description is 'The

1271. Une fois ces conditions remplies, la pétition pourra être présentée devant la Chambre des Communes de manière formelle ou informelle. Dans le premier cas, le *MP* concerné pourra présenter en personne la pétition devant la Chambre généralement à la fin de la journée et avant le « *débat d'ajournement* » -qui dure 30 minutes et qui vient clôturer une journée à la Chambre des Communes. Le lundi les pétitions sont présentées vers 22h, le mardi et le mercredi vers 19h et le jeudi vers 17h¹⁷⁴². Le parlementaire en question va alors présenter brièvement qui sont les pétitionnaires, le nombre de signatures recueilli, le sujet sur lequel porte la pétition, et les requêtes formulées par les signataires à la Chambre¹⁷⁴³.

1272. Dans le cas de la présentation informelle de la pétition, un membre du Parlement se contentera de déposer la pétition dans le « *sac à pétitions* » (*petitions bag*) sans la présenter explicitement devant la Chambre¹⁷⁴⁴. Cela est d'autant plus informel, qu'un parlementaire peut effectuer ce dépôt à tout moment pourvu que la Chambre des Communes soit en session¹⁷⁴⁵. Dans ces dernières circonstances, les pétitions sont anonymes sauf si les pétitionnaires ont émis le souhait que leur pétition soit annoncée, le parlementaire interpellé l'annonçant alors au Clerc¹⁷⁴⁶.

1273. Que la pétition soit présentée de manière formelle ou informelle, son dépôt entrainera les mêmes conséquences¹⁷⁴⁷. En effet, dans les deux cas, la pétition est imprimée dans le registre de la Chambre -*Hansard*- et enregistrée dans les votes et procédures¹⁷⁴⁸. Par la suite, le texte de la pétition est envoyé au département gouvernemental compétent, qui est en charge du sujet abordé par la pétition. Ce dernier sera alors tenu de donner une réponse à la pétition considérée dans un délai de deux mois suivant la date de sa présentation¹⁷⁴⁹. La réponse sera alors imprimée et intégrée au registre de la Chambre. Cette exigence de réponse est de nature à stimuler l'expression constitutionnelle du gouvernement, conduit malgré lui à s'exprimer sur des questions qui peuvent concerner la matière constitutionnelle.

1274. La présentation de la pétition à la Chambre des Communes sera aussi suivie de l'intervention du *Petitions Committee*. Cette Commission, compétente à la fois pour examiner

petition of residents of the UK', the signatures should be of residents of the UK). It should contain the full petition text with signatures on the first sheet and just the 'prayer' of the petition (the paragraph beginning 'the petitioners therefore request') on any subsequent sheets of signatures."

¹⁷⁴² *Ibid.*

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

les pétitions publiques traditionnelles et numériques, composée de 11 membres provenant du gouvernement et des partis de l'opposition, est établie par la Chambre des Communes¹⁷⁵⁰. Elle intervient après que le gouvernement ait répondu à la pétition¹⁷⁵¹.

1275. Elle dispose de diverses prérogatives qui lui permettent d'entreprendre bon nombre d'actions vis-à-vis de l'acte pétitionnaire et qui sont de nature à stimuler l'expression constitutionnelle d'une palette variée d'acteurs de l'ordre constitutionnel. La Commission pourra ainsi demander davantage d'informations par écrit ou par oral aux pétitionnaires, au gouvernement ou à n'importe quelles organisations ou personnes concernées¹⁷⁵². La Commission a également la compétence d'écrire au gouvernement ou à tout autre organisme public afin de les inviter à mettre en oeuvre une pétition¹⁷⁵³. Elle est également en mesure de demander à une autre commission parlementaire d'examiner le sujet soulevé par une pétition¹⁷⁵⁴. Elle peut aussi intervenir afin de stimuler les débats parlementaires sur le sujet abordé par la pétition. En effet, elle a le pouvoir de prévoir la tenue de débats à Westminster les lundis à 16 h 30 (ces débats peuvent durer jusqu'à 3 heures)¹⁷⁵⁵. Ces débats sont des débats d'ordre général et ne peuvent changer directement le droit ni mettre en application ce qui est requis par le pétitionnaire¹⁷⁵⁶. Cela révèle l'efficacité toute relative des pétitions. Lors de tels débats, « *les MPs peuvent discuter de la pétition, requérir la position du gouvernement sur le sujet soulevé par la pétition, ou presser le gouvernement à agir.* »¹⁷⁵⁷. Le gouvernement est partie prenante au débat, il pourra faire part de sa position sur la pétition et la problématique constitutionnelle qu'elle pose. Ici encore ces procédures semblent de nature à dynamiser la responsabilité constitutionnelle du gouvernement.

1276. Si la Commission remarque que les débats dans la Chambre des Communes portent sur le sujet d'une pétition, elle peut demander à ce que cette dernière soit ajoutée au débat¹⁷⁵⁸. La pétition se trouve en conséquence inscrite sur l'agenda de la Chambre des

¹⁷⁵⁰ « Role-Petitions Committee », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/petitions-committee/role>.

¹⁷⁵¹ « Committee opens consultation on its working methods », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/petitions-committee/news-parliament-2015/consultation-working-methods/>.

¹⁷⁵² « Role- Petitions Committee », *Committee – UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/petitions-committee/role/>.

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ « Actions on petitions », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/petitions-committee/petitions-information/>.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*,: « *Petition debates are general debates about the issues raised by the petition. This means that the debates cannot directly change the law or result in a vote to implement the request of the petition.* ».

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

Communes comme étant pertinente pour le débat en cours¹⁷⁵⁹. Dans ce cas, la pétition ne sera pas forcément spécifiquement débattue mais elle sera utilisée par la Chambre pour alimenter le débat¹⁷⁶⁰. La Commission peut également mener des investigations sur le sujet abordé par la pétition, émettre un rapport et formuler des recommandations au gouvernement¹⁷⁶¹. La Commission fera également en sorte de permettre l'intégration du pétitionnaire- du citoyen pétitionnaire- dans le débat¹⁷⁶². Pour ce faire, elle informera le plus tôt possible le pétitionnaire des modalités de tenue du débat, fera en sorte de créer des interactions entre le pétitionnaire et des *MPs* en amont des débats parlementaires afin que celles-ci et l'avis du pétitionnaire puissent les influencer¹⁷⁶³. Enfin, le *Petition Committee* facilitera aussi la discussion après les débats parlementaires¹⁷⁶⁴. C'est un témoignage supplémentaire de la dimension démocratique et participative de la pétition et de son utilité comme moyen d'intervention populaire dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

1277. La pétition, nous l'avons vu, peut être du fait de son ancienneté qualifiée de mécanisme historique d'expression constitutionnelle des citoyens. Cela s'est observé et s'observe toujours à travers les revendications constitutionnelles d'ampleur qui ont pu être portées par les pétitions.

b) Les pétitions publiques, porteuses d'importantes revendications constitutionnelles

1278. Les pétitions publiques permettent depuis longtemps aux membres de la société civile de formuler des revendications constitutionnelles, c'est-à-dire des demandes de réforme du droit constitutionnel ou de changement de situation. Les classes populaires et les femmes ont ainsi pu se servir des pétitions pour livrer leur vision de l'ordre constitutionnel tel qu'il existait à leur époque et tel qu'il devrait évoluer.

1279. Concernant les classes populaires, les pétitions présentées par les Chartistes en 1839, 1842 et 1848 en sont des exemples marquants. Le mouvement Chartiste était un mouvement de revendications politiques provenant des classes ouvrières et des travailleurs. La *Charte du Peuple* (*People's Charter*) adoptée en 1838 résume les 6 grandes revendications

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*

¹⁷⁶¹ *Ibid.*

¹⁷⁶² « Committee opens consultation on its working methods », www.parliament.uk, *op. cit.*

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

portées par le mouvement : le droit de suffrage accordé pour tous les hommes, le principe du vote par bulletin secret, la tenue d'élections parlementaires toutes les années et non tous les 5 ans, la détermination de circonscriptions électorales à taille égale, le versement d'une rémunération et enfin l'abolition de la condition de propriété pour devenir un *MP*¹⁷⁶⁵.

1280. Ce mouvement demandait une nouvelle organisation du système électoral et proposait une nouvelle vision de l'ordre constitutionnel, portant une démocratisation accrue du régime politique. Parallèlement, les membres de ce mouvement soulignaient la non reconnaissance de droits constitutionnels, ici le droit de vote essentiellement. La pétition de 1839 réunissait 1.280.000 signatures et avait été présentée par Thomas Atwood au Parlement le 14 juin, avant d'être rejetée le 12 juillet par un vote de 235 voix pour contre 46 voix pour. La pétition de 1842 a réuni 3.3 millions de signatures et la seconde aurait recueilli, selon Feargus O'Connor (leader du mouvement Chartiste), 5.75 millions de signatures¹⁷⁶⁶.

1281. Les pétitions ont également été un outil d'expression constitutionnelle pour les femmes, leur permettant d'exprimer les failles d'un système (l'exclusion des femmes du suffrage), et les réformes souhaitables (la reconnaissance du droit de suffrage aux femmes). La première pétition revendiquant un tel droit fut présentée à la Chambre des Communes par le *MP*, Henry Hunt, sur demande de Mary Smith en 1832. Elle ne sera pas suivie d'effets et le vote du *Great Reform Act* de 1832 réservera le droit de vote aux hommes¹⁷⁶⁷.

1282. C'est aussi pour revendiquer ce droit qu'en 1866 Emily Davis et Elizabeth Garrett soumièrent une pétition au Parlement¹⁷⁶⁸. La pétition fit l'objet de 1521 signatures selon la Commission de la Chambre des Communes sur les Pétitions publiques et fut présentée à la

¹⁷⁶⁵“The Chartist Movement”, *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/electionsvoting/chartists/overview/chartistmovement/> : “In 1838 a People's Charter was drawn up for the London Working Men's Association (LWMA) by William Lovett and Francis Place, two self-educated radicals, in consultation with other members of LWMA. The Charter had six demands: 1)All men to have the vote (universal manhood suffrage); 2)Voting should take place by secret ballot; 3)Parliamentary elections every year, not once every five years; 4)Constituencies should be of equal size; 5)Members of Parliament should be paid; 6)The property qualification for becoming a Member of Parliament should be abolished”.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷“Petitions”, *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/electionsvoting/womenvote/overview/petitions/> : “The first petition to Parliament asking for votes for women was presented to the House of Commons by Henry Hunt MP on behalf of a Mary Smith, on 3 August 1832. The same year, the Great Reform Act expanded the electorate, but to 'male persons' only. The Women's Suffrage Committee, formed by Barbara Bodichon, collected 1500 signatures on a petition for women's suffrage in 1866. This was presented to the House of Commons by John Stuart Mill, the philosopher, political economist and Member of Parliament.”

¹⁷⁶⁸“Presenting the 1866 Petition”, *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/electionsvoting/womenvote/parliamentary-collections/1866-suffrage-petition/presenting-the-petition/>.

Chambre des Communes par John Stuart Mill le 7 juin 1866. En plus d'être un moyen d'expression constitutionnelle pour ses signataires, la pétition a stimulé l'expression constitutionnelle de la Chambre qui, en 1867, organisa son premier débat sur le droit de vote des femmes.

1283. Ces exemples témoignent du fait que si la pétition ne peut aucunement contraindre les gouvernants à adopter ou modifier sa politique, elle peut servir comme un outil d'expression pour sensibiliser sur une question aux implications constitutionnelles certaines. C'est le point de vue adopté par Cristina Leston-Bandeira, pour laquelle la question de savoir si une pétition amène à un changement immédiat et effectif de politique n'est pas l'enjeu principal des pétitions¹⁷⁶⁹. Leur intérêt se situerait davantage dans leur capacité à provoquer une prise de conscience des représentants¹⁷⁷⁰ dans la mesure où, comme le souligne l'auteur, l'adoption de mesures qui ne proviennent pas du gouvernement résulte souvent d'une action de « *campagne* » menée sur le long terme¹⁷⁷¹.

1284. À partir des années 1980, comme l'observe Vanessa Barbé, le mécanisme de la pétition a connu un nouvel élan « *du fait de la multiplication des sujets controversés, comme la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse, la recherche embryonnaire, la contraception ou la peine capitale* »¹⁷⁷² ; autant de sujets qui présentent des implications constitutionnelles.

1285. Plus récemment, le *MP* Chris Stephens présentait à la Chambre des Communes une pétition des résidents de Glasgow South West ayant de nombreuses répercussions pour les droits fondamentaux de la personne concernée. Ici des citoyens agissaient en défense des droits d'une personne étrangère vivant sur le sol britannique. Il s'agissait de Mary Nnamani qui avait fui le Nigeria, où sa vie était en danger, et formulé une demande d'asile au Royaume-Uni. Les signataires demandaient « *à la Chambre des communes d'exhorter le ministère de l'intérieur à accorder à Mary Nnamani et à sa famille le droit de rester dans ce pays* »¹⁷⁷³. Dans sa réponse

¹⁷⁶⁹ LESTON-BANDEIRA Cristina. « What is the point of petitions in British politics? », *op. cit.*

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, LGDJ, 2009, 527 p.,

¹⁷⁷³ Hansard, HC Deb., vol. 661: "The petition of residents of Glasgow South West: Declares that Mary Nnamani and her family who fled from Nigeria in danger of their lives have become a full and valued part of our community in Glasgow through our schools and Church Community; further that the Nnamani family have claimed asylum here and we would dearly love them to stay. The petitions, therefore, request that the House of Commons urges the Home Office to grant Mary Nnamani and her family the right to remain in this country, where they have claimed asylum."

écrite, le gouvernement rappelait qu'il n'était pas en mesure, en raison de l'exigence de confidentialité, d'indiquer sa position sur le cas de Mme Nnamani.

1286. Les résidents de York émirent une pétition relative à la prorogation du Parlement en 2019 qui fut présentée à la Chambre des Communes par le *MP*, Rachael Maskell, le 14 octobre 2019¹⁷⁷⁴. Les signataires de cette pétition agissaient en défense des principes du régime démocratique et parlementaire britannique en se déclarant « *profondément préoccupés par la prorogation du Parlement, notamment au moment crucial de la détermination des relations futures du Royaume-Uni avec l'Union européenne ; en outre, nous pensons que notre Parlement démocratiquement élu doit avoir le droit de fixer et donc de contrôler le gouvernement sur les décisions qu'il prend concernant notre avenir, afin de décider démocratiquement de la manière dont il doit procéder, car nous pensons que le Parlement britannique a été élu par le peuple pour servir le peuple.* »¹⁷⁷⁵. Par cette pétition, les auteurs et signataires cherchaient bien à activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, c'est-à-dire à rappeler son obligation d'agir dans le cadre du principe de démocratie, composante de la Constitution britannique. Dans sa réponse, le gouvernement rappelait que la prorogation était un acte parfaitement constitutionnel ressortant de la prérogative royale et que, malgré l'opinion différente exprimée par la Cour suprême, elle respecterait sa décision.

1287. Les pétitions publiques ne sont pas les seules à permettre le lien entre les gouvernés et les gouvernants, les pétitions numériques sont également à prendre en compte : leur développement peut, en effet, être vu comme un progrès démocratique.

2) Le développement des pétitions numériques : un progrès démocratique

1288. La mise en place des pétitions numériques à Westminster a permis un accroissement du rôle du citoyen et/ou membre de la société civile dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Elle leur a donné un outil supplémentaire d'expression constitutionnelle, en

¹⁷⁷⁴Hansard, HC Deb., vol. 666: “*The petition of Residents of York, Declares their deep concern over the proroguing of Parliament, not least during the crucial time of determining the United Kingdom’s future relationship with the European Union; further that we believe that our democratically elected Parliament must have the right to set and thereby scrutinise the Government over the determinations that it is making over our future, in order to resolve democratically how it should proceed since we believe that the UK Parliament was elected by the people to serve the people. The petitioners therefore request that the House of Commons urges the Government not to prorogue Parliament and that Parliament sits, debates and scrutinises the Government until a final agreement is made on how to proceed with our relationship with the EU, and that this is concluded democratically.*”.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

leur permettant de contester une politique, un comportement ou de réclamer une modification du droit en vigueur au nom de certaines règles constitutionnelles. Elle donne aux citoyens un instrument supplémentaire pour influencer sur l'adoption de la politique nationale et pour dynamiser la responsabilité constitutionnelle des représentants. Cet outil supplémentaire est caractérisé par un processus de dépôt et de signature aisé (a) et connaît une franche popularité qui n'efface néanmoins pas la faiblesse tirée de l'absence de contrainte des représentants (b).

a) *Un processus de dépôt et de signature aisé*

1289. Après une longue période d'étude, marquée par plusieurs rapports parlementaires dont ceux rendus par le *Modernisation Committee* en 2004 et le *Procedure Committee* en 2014¹⁷⁷⁶, un système complémentaire à celui des pétitions « papier » traditionnelles vit le jour en juin 2015. À la différence des précédents systèmes de pétitions numériques de 2006 et 2011¹⁷⁷⁷, ce mécanisme de pétition inclut le Parlement de Westminster et se produit dans le cadre d'une collaboration entre ce dernier et le gouvernement. L'objectif poursuivi était de rapprocher les représentants des citoyens, de raviver le fonctionnement de la démocratie britannique¹⁷⁷⁸.

1290. Le format numérique offre au citoyen une grande aisance dans l'élaboration d'une pétition qui contribue par conséquent à accroître le rôle de la société civile dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Il lui suffit de se connecter à internet, de remplir un formulaire spécifique pour créer une pétition qui permettra au pétitionnaire d'exprimer son point de vue politique et constitutionnel. À ce titre, le pétitionnaire n'a plus besoin de passer par un *MP* pour

¹⁷⁷⁶ House of Commons Procedure Committee. *E-petitions: a collaborative system*, session 2014-2015, 3rd report, 45 p.

¹⁷⁷⁷ La possibilité d'émettre des pétitions numériques existe depuis 2006 grâce à l'action du gouvernement de Tony Blair. Les membres de la société civile pouvaient alors créer et déposer des pétitions numériquement via le site internet de *Downing Street*. Ce mécanisme fut néanmoins jugé inefficace dans la mesure où il ne mettait pas suffisamment en relation le public avec le Parlement et avec le processus d'élaboration des règles. En effet, les pétitions en question étaient envoyées aux départements gouvernementaux et non aux *MPs*. Ce système fut suspendu peu avant les élections générales de 2010. Le gouvernement de coalition issu de ces élections a mis en place en 2011 un nouveau système de pétitions numériques fonctionnant grâce à un site relié désormais au *Cabinet Office* et non plus à *Downing Street*. Ce système ne connaissait aucun *Petitions Committee*. Les pétitions réunissant 100 000 signatures pouvaient être débattues au Parlement et étaient ainsi soumises au contrôle du *Backbench Business Committee*. Une de ses missions était ainsi de trouver et de prévoir le temps nécessaire pour que de telles pétitions soient débattues.

¹⁷⁷⁸ LESTON-BANDEIRA Cristina. « What is the point of petitions in British politics? », *op. cit.*

que sa pétition atteigne la Chambre. Elle l'atteint automatiquement dès qu'elle est régulièrement publiée sur le site. Ces pétitions doivent être soutenues par au moins 6 personnes avant d'être publiées sur le site dédié aux pétitions, <https://petition.parliament.uk>¹⁷⁷⁹. C'est cette publication qui ouvrira la période de collecte de signatures. Le format numérique facilite la collecte de signatures, il encourage l'intervention du citoyen-pétitionnaire dans l'exercice de la justice constitutionnelle. La pétition demeurera accessible sur le site pendant un délai de 6 mois à compter de sa date de publication.

1291. Ces pétitions numériques sont beaucoup moins réglementées dans leur contenu et leur structure que les pétitions publiques vues précédemment. Elles doivent néanmoins avoir pour objet de demander au gouvernement ou à la Chambre des Communes une action spécifique et doivent porter sur un sujet relevant de leurs compétences¹⁷⁸⁰. En effet, ces *e-petitions* sont souvent formulées en une ou deux phrases. Le jugement constitutionnel qui y est formulé n'en est que plus lapidaire et expéditif. Il consiste en l'affirmation de ce que l'ordre constitutionnel doit être (par l'appel à certaines réformes ou actions parlementaires) mais ne laisse que très peu de place à l'argumentation et à la justification étayées. Cette liberté de formalisme argumentatif joue aussi en faveur de l'accessibilité de la pétition et ainsi de son utilisation par le citoyen pour exercer la justice constitutionnelle.

1292. À partir du dépôt de la pétition, la Commission pour les pétitions (*Petitions Committee*) peut intervenir et dispose, pour ce faire, des mêmes prérogatives que pour les pétitions en format papier. La Commission interviendra à des moments différents selon le nombre de signatures qu'une pétition recevra¹⁷⁸¹. Pour les pétitions qui vont jusqu'à 10 000 signatures, elle se prononcera dans un délai de 6 mois après clôture de la période de signatures sauf si elle estime nécessaire d'agir avant¹⁷⁸². Pour les pétitions réunissant plus de 10 000 signatures, la Commission n'interviendra que lorsque le gouvernement y aura répondu¹⁷⁸³. Quand les pétitionnaires ont pu réunir plus de 100 000 signatures, le *Petitions Committee* n'attendra pas la réaction gouvernementale pour intervenir et se réunira dès que possible¹⁷⁸⁴.

1293. Plus la pétition aura de signataires et plus ses chances d'influencer les institutions étatiques seront accrues. Ainsi, si elle obtient 10 000 signatures, le gouvernement

¹⁷⁷⁹ « Find out more about e-petitions », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://www.parliament.uk/get-involved/sign-a-petition/e-petitions/>.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*

¹⁷⁸¹ « Committee opens consultation on its working methods », www.parliament.uk, *op. cit.*

¹⁷⁸² *Ibid.*

¹⁷⁸³ *Ibid.*

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

est alors dans l'obligation d'y répondre ; si elle en recueille 100 000, elle sera obligatoirement présentée pour débat au Parlement¹⁷⁸⁵. Si elle en recueille 100 000, alors la Commission pour les pétitions se posera la question de savoir si elle la transmet ou non au Parlement pour débat. Dans un tel cas, et conformément à son rôle de permettre l'intégration des citoyens dans le débat parlementaire, le *Petition Committee* utilisera des réseaux sociaux, principalement Twitter¹⁷⁸⁶.

1294. La pétition numérique est un mécanisme au déclenchement aisé permettant de stimuler le débat parlementaire sur des problématiques constitutionnelles, en témoignent les nombreuses pétitions sur ces sujets. Ces dernières néanmoins et parallèlement en quoi le représentant demeure un acteur prédominant.

b) Des pétitions nombreuses, parfois populaires mais révélatrices de la prédominance des représentants dans la prise de décision

1295. Les pétitions numériques ont donné aux citoyens de nombreuses occasions de s'exprimer sur des sujets portant sur des thématiques constitutionnelles. Cela confirme l'idée que la pétition encourage l'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens. La liberté d'action des représentants en entrave toutefois l'impact.

1296. Entre le 20 novembre 2017 et le 29 octobre 2018, 34 pétitions numériques ont été débattues au Parlement¹⁷⁸⁷. Les pétitions numériques ont connu un certain succès dans leurs premières années de fonctionnement, comme en témoigne les 31 731 *e-petitions* qui ont été déposées en deux ans, lors de la session 2015-2017¹⁷⁸⁸. Selon les données collectées par la Chambre des Communes entre juillet 2015 et juillet 2019, 99 031 pétitions ont été émises, ce qui représente au total à peu près 55 millions de signatures¹⁷⁸⁹. Rien qu'entre mars et avril 2020, 33 pétitions ont fait l'objet d'une réponse du gouvernement¹⁷⁹⁰, 33 ont reçu 10 000 signatures.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ ASHER Molly, LESTON BANDEIRA Cristina, SPAISER Viktoria. "Assessing the effectiveness of e-petitioning through Twitter conversations", [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.oidp.net/docs/repo/doc174.pdf>, p. 2.

¹⁷⁸⁷ « All petitions », *Petitions-UK Government and Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions?state=debated>.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

¹⁷⁸⁹ LOFT Philip. *Petitions in the UK*, op. cit., p. 5: "According to data from the House of Commons Petitions Committee, from July 2015 to July 2019, 99,031 e-petitions have been submitted, collecting more than 55.3 million signatures (...)".

¹⁷⁹⁰ « Petitions with a Government response », *Petition-UK Government and Parliament*, [en ligne], [consultée le 20/04/2020], https://petition.parliament.uk/petitions?state=with_response.

1297. Les débats qui se déroulent alors sont d'ordre général et portent sur les questions posées par la pétition. Les Membres du Parlement ont alors la possibilité de délibérer de la pétition, et s'ils l'estiment nécessaire, de poser des questions au gouvernement sur la problématique soulevée par l'acte pétitionnaire¹⁷⁹¹. Ils peuvent également mettre la pression sur les membres de l'exécutif afin qu'ils passent à l'action¹⁷⁹². Les débats autour d'une pétition ne sont bien sûr pas en mesure de changer directement le droit tel qu'il est – d'où la faible autorité de l'intervention citoyenne- mais ils représentent une opportunité d'influencer la conception du droit par le Parlement et le gouvernement¹⁷⁹³. Comme pour les pétitions en format papier, celles émises numériquement cherchent surtout à influencer sur le long terme la prise de décision politique des représentants et à activer leur responsabilité constitutionnelle.

1298. Si toutes les pétitions sont loin de porter sur des problématiques constitutionnelles comme en témoigne la pétition demandant à ce que les élèves soient dispensés d'école le vendredi¹⁷⁹⁴, le rapport rendu par le *Petitions Committee, Your Petitions : A Year of Action*, montre que sur l'année 2015-2016 un nombre important de pétitions portait sur les thèmes « *Parlement, Government and Politics* » et « *Crime, civil law, justice and rights* »¹⁷⁹⁵. De manière générale les pétitions portent sur des problématiques qui peuvent être liées aux relations internationales¹⁷⁹⁶, au régime politique britannique et à son fonctionnement¹⁷⁹⁷, aux services publics et à leur accès¹⁷⁹⁸, au fonctionnement de la justice¹⁷⁹⁹,

¹⁷⁹¹ « Find a Committee », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/>.

¹⁷⁹² *Ibid.*

¹⁷⁹³ *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ Petition 303266, « I wish for schools not to be on Fridays », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/303266>.

¹⁷⁹⁵ Houses of Parliament Petitions Committee. *Your Petitions: a year of action*, 2015-2016, 22 p., p. 8

¹⁷⁹⁶ Petition 300109, « Suspend sanctions against Iran for the duration of the coronavirus pandemic », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300109>; Petition 300450, « Call for the UK government to formally recognise the State of Palestine », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300450>.

¹⁷⁹⁷ Petition 300274, « Introduce a form of proportional representation for all UK elections », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300274>; Petition 300300, « Repeal the Fixed Term Parliaments Act », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300300>; Petition 300410, « Scrap all elections deposits to open up democracy », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300410>.

¹⁷⁹⁸ Petition 300019, « Revoke the Health and Social Care Act 2012 and renationalize the NHS », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300019>; Petition 300560, « Make University Fees Free », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300560>; Petition 302995, « More funding to ensure the safety of patients in the mental health system », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/302995>.

¹⁷⁹⁹ Petition 300048, « Abolish the Supreme Court and return power to the Lords of Appeal in Ordinary », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300048>.

à la liberté de commerce¹⁸⁰⁰, à la consommation¹⁸⁰¹, à la fiscalité¹⁸⁰² ou encore au numérique¹⁸⁰³. Un bon nombre de pétitions ont été présentées durant l'épidémie de Covid-19 en 2020 et demandaient l'adaptation à la situation de l'épidémie¹⁸⁰⁴.

1299. Les pétitions ont ainsi permis aux membres de la société civile de s'approprier un nombre important de questions ayant des répercussions constitutionnelles. C'est ainsi que, par exemple, une pétition portant réclamation de l'organisation d'un référendum sur la question de l'abolition de la Chambre des Lords a recueilli 170 892 signatures¹⁸⁰⁵. Ce référendum est exigé en vertu d'une vision de l'ordre constitutionnel réclamant une démocratisation accrue du régime politique. La pétition affirme ainsi que : « *La Chambre des Lords est un lieu de favoritisme où des individus non élus et non responsables détiennent une influence et un pouvoir disproportionnés qui peuvent être utilisés pour frustrer les représentants élus du peuple* »¹⁸⁰⁶. Les pétitionnaires ici dénoncent une situation contraire aux principes de la démocratie parlementaire dont font partie l'élection, le principe de responsabilité et l'exigence que les pouvoirs importants soient confiés à ceux qui sont élus et responsables. Ils se font alors les interprètes des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel. Cette pétition a été débattue le 18 juin 2018.

1300. Ce rôle d'interprète de l'ordre constitutionnel du citoyen s'observe également à travers la pétition réclamant la suppression de la Cour suprême et le retour du Comité d'appel de la Chambre des Lords¹⁸⁰⁷. Le pétitionnaire livre ici son interprétation de l'ordre constitutionnel britannique pour justifier la nécessité de la suppression de la Cour suprême. À l'aide d'une comparaison avec l'ordre constitutionnel des États-Unis, il affirme que le régime politique britannique n'est pas un régime républicain, qu'il est étranger à la doctrine de la séparation des pouvoirs, ce qui justifie que la juridiction suprême soit située au sein du

¹⁸⁰⁰ Petition 300810, "Any future trade deals must include freedom of movement of people", [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300810>.

¹⁸⁰¹ Petition 300052, « Require Restaurants to show total prices, inclusive of service charges, in menus », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300052>.

¹⁸⁰² Petition 302681, « Abolish Council tax », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/302681>.

¹⁸⁰³ Petition 300199, "We ask the Government to have an NHS National Database Centre", [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300199>.

¹⁸⁰⁴ Petition 300204, « Parliament to protect housing benefit payments during Coronavirus », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300204>; Petition 302610, "Commit to requisitioning private hospital beds amid the COVID-19 Pandemic", [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://petition.parliament.uk/petitions/302610>; Petition 300885, "Ban large public gatherings in the UK until the coronavirus has been contained", [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300885>.

¹⁸⁰⁵ « All petitions », *Petitions – UK Government and Parliament*, [en ligne], <https://petition.parliament.uk/petitions?state=debated>.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*.

¹⁸⁰⁷ Petition 300048, *op. cit.*

Parlement¹⁸⁰⁸. Cette prise de position sur l'ordre constitutionnel, bien que largement contestable, constitue bien un exercice de la justice constitutionnelle.

1301. La pétition demandant au gouvernement de Boris Johnson qu'il reste partie à la CEDH témoigne également du rôle de défenseur de l'ordre constitutionnel, spécifiquement des droits et libertés que le citoyen peut exercer. Le pétitionnaire affirme que le refus de ce gouvernement de s'engager à appliquer la Convention fait peser une menace pour « *la sécurité et les protections des droits fondamentaux au Royaume-Uni* »¹⁸⁰⁹. Il s'agit ici pour le citoyen de questionner les dangers qu'un comportement politique fait peser sur les droits fondamentaux et constitutionnels. Le citoyen s'approprie un fait ou un projet politique et évalue ses répercussions constitutionnelles, il exerce ainsi la justice constitutionnelle. Cette pétition fut néanmoins rejetée dans la mesure où une autre portant sur le même objet était déjà en cours d'étude. Cette dernière –ouverte à la signature jusqu'au 11 septembre 2020- appelait à ce que le Royaume-Uni reste membre de la CEDH et affirmait que le fait de quitter cette Convention exposerait la population du Royaume-Uni à de graves menaces pour les droits et libertés garantis par la Convention : menaces de rétablissement de la peine de mort, de la torture, de limitations excessives du droit de se réunir, etc¹⁸¹⁰.

1302. Dans certaines pétitions, le ou les auteurs peuvent réclamer à ce qu'un droit constitutionnel soit plus effectif et mieux protégé, ce qui fait partie de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. C'est le cas d'un acte pétitionnaire qui exigeait que la liberté d'expression soit consacrée en tant que « *droit fondamental absolu* »¹⁸¹¹. Dans cette perspective, le pétitionnaire demandait à ce que l'appellation de « *discours haineux* »¹⁸¹² soit supprimée et à ce que l'expression verbale ou écrite d'opinions politiques ou personnelles soient protégées de toute poursuite et cela quelque soit l'intensité de son caractère insultant. La pétition réclamant que l'*Equality Act* 2010 protège également les animateurs de la discrimination, témoigne aussi de l'utilisation de la pétition pour demander une plus grande effectivité d'un principe constitutionnel¹⁸¹³. Ici le pétitionnaire demande à ce que le principe

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*: « *We are not a US style republican system and do not practice the doctrine of separation of powers and so the Supreme Court should be reincorporated back into Parliament.* ».

¹⁸⁰⁹ Pétition 300776, « *Guarantee the UK remains a signatory to the European Convention on Human Rights* », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300776>.

¹⁸¹⁰ Pétition 300602, « *Keep the UK's membership of the EU Convention on Human Rights* », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300602>.

¹⁸¹¹ Pétition 300305, « *Restore the concept of Free Speech and abolish hate speech laws* », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/300305>.

¹⁸¹² *Ibid.*

¹⁸¹³ Pétition 301307, « *Occupation to be made a protected characteristic under the Equality Act 2010* », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/301307>.

d'égalité qui implique la lutte contre les discriminations soit plus largement appliqué. Un autre pétitionnaire faisait la même demande à propos des « *non-binary people* » c'est-à-dire des gens qui définissent leur genre en dehors de la dualité sexe masculin/féminin¹⁸¹⁴.

1303. C'est également pour réclamer la protection d'un droit constitutionnel et ainsi pour activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, que plusieurs pétitions furent émises en mars 2021 en contestation du *Policing, Crime, Sentencing and Courts Bill*. La pétition créée par Samantha Hurst, ouverte à la signature jusqu'au 16 septembre 2021, dénonçait clairement l'atteinte que le projet de loi portait aux droits de réunion pacifique et de protestation qui sont des « *principes fondamentaux de toute démocratie* »¹⁸¹⁵, et ainsi conduisait le gouvernement à affirmer publiquement qu'il s'engageait « *absolument à maintenir les libertés d'expression et de réunion* »¹⁸¹⁶. Au 25 mars 2021, la pétition avait déjà recueilli 215 229 signatures, un nombre bien supérieur aux 100 000 requises pour entraîner un débat au Parlement. Une autre pétition sur le même projet de loi créée par Moya Lothian-McLean et ouverte à la signature jusqu'au 17 septembre 2021, affirmait que le gouvernement ne pouvait « *être autorisé à rendre permanente une législation (...) qui entraînerait de nouvelles erreurs judiciaires, des contraintes sur les droits des citoyens et des pertes de temps dans notre système de justice pénale déjà très sollicité* »¹⁸¹⁷.

1304. Certaines pétitions, bénéficiant d'un profond soutien populaire, ont marqué la vie politique britannique ces dernières années. Elles sont en général liées au Brexit et aux répercussions de la sortie du Royaume-Uni de l'UE. Ces pétitions sont révélatrices du rôle que le peuple joue dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Elles mettent, elles aussi, en lumière un double phénomène caractérisé à la fois par l'utilité de la pétition numérique pour l'expression constitutionnelle des citoyens et la fragilité de cette même expression. Ces pétitions, pourtant largement soutenues par le public n'ont pas suscité de réactions des représentants par le biais de la prise de décision constitutionnelle.

1305. L'exemple le plus flagrant du succès et de la faiblesse de la pétition est celui de la pétition appelant en 2016 à ce qu'au cas où le vote en faveur ou en défaveur de la sortie de

¹⁸¹⁴ Petition 301138, « Add gender identity to the characteristics protected under the *Equality Act 2010* », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/petitions/301138>

¹⁸¹⁵ Petition 579012, « Do not restrict our rights to peaceful protest. », [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://petition.parliament.uk/petitions/579012>.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*: « *The right to protest is a cornerstone of British democracy and the Government is absolutely committed to maintaining freedoms of expression and assembly* ».

¹⁸¹⁷ Petition 579242, « Do not pass the Police, Crime, Sentencing and Courts Bill », [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://petition.parliament.uk/petitions/579242>.

l'UE serait inférieur à 60% et le taux de participation inférieur à 75%, un second référendum soit organisé¹⁸¹⁸. Elle fit l'objet de 4.1 millions de signatures et n'eut néanmoins aucune incidence politique et constitutionnelle. La pétition de 2019 relative à la cessation du *Brexit* et à la révocation de l'article 50 du TUE¹⁸¹⁹ est aussi remarquable. Elle témoigne de l'importance de la pétition aux yeux des citoyens dans la mesure où quelques 6.1 millions de personnes l'ont signée. L'objectif de la pétition était d'affirmer que la volonté du peuple relative au maintien ou non dans l'UE ne correspondait pas à celle du gouvernement. Les pétitionnaires avançaient que l'UE bénéficiait d'un profond soutien public et que cela justifiait le maintien en son sein du Royaume-Uni. Même si les pétitionnaires ne présentaient aucune argumentation juridique, par cette pétition ils se prononçaient sur la manière dont l'ordre constitutionnel britannique devait être organisé, sur les modalités de répartition verticale du pouvoir.

1306. Le succès rencontré par le mécanisme de pétition auprès des citoyens n'enlève rien à ses faiblesses quant à son impact sur la politique nationale. Le gouvernement par une réponse en date du 26 mars 2019¹⁸²⁰, ne donnera ainsi pas suite à cette pétition et ce malgré le profond soutien populaire dont elle fait l'objet.

1307. La pétition luttant contre la prorogation du Parlement a aussi rencontré un profond soutien et succès populaire¹⁸²¹. Elle a recueilli 1 725 630 signatures. Elle montre aussi comment l'acte pétitionnaire est un acte par lequel le citoyen se prononce sur les actions qu'il convient d'entreprendre ou non dans un ordre constitutionnel établi. Elle témoigne parallèlement du caractère facultatif de la logique et du raisonnement juridique pour prendre part à l'exercice de la justice constitutionnelle c'est-à-dire à la question de savoir ce qui doit ou non être fait constitutionnellement. En effet, son caractère très expéditif était remarquable : elle ne contenait aucun argument, mais se contentait de formuler une demande : « *celle de ne pas proroger ou dissoudre le Parlement à moins que la période de l'article 50 n'ait été suffisamment étendue ou que l'intention de retrait de l'UE du Royaume-Uni n'ait été annulée.* »¹⁸²². Cette pétition bien que profondément soutenue n'influencera pas le gouvernement, ce dernier s'estimant, dans sa réponse formulée le 9 septembre 2019, dans son

¹⁸¹⁸ Petition 131215, « EU Referendum Rules triggering a 2nd EU referendum », [en ligne], [consultée le 17/04/2020], <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/131215>.

¹⁸¹⁹ Petition 241584, « Revoke Article 50 and remain in the EU. », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/241584>.

¹⁸²⁰ *Ibid.*, « This Government will not revoke Article 50. We will honour the result of the 2016 referendum and work with Parliament to deliver a deal that ensures we leave the European Union. ».

¹⁸²¹ Petition 269157, « Do not prorogue Parliament », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/269157>.

¹⁸²² *Ibid.*

bon droit¹⁸²³. La pétition montre néanmoins que si la justice constitutionnelle peut s'exercer au-delà et en dehors du cadre de la logique juridique, son absence rend la pétition plus vulnérable et plus facilement évacuée. C'est un autre signe de la faiblesse de l'intervention citoyenne dans la justice constitutionnelle ; ses libertés de forme peuvent être vues comme des signes d'infériorité.

1308. Une autre pétition –close le 5 août 2019- s'opposant à la prorogation du Parlement témoigne explicitement du rôle de défenseur de la constitution que ce mécanisme permet au citoyen de remplir¹⁸²⁴. En effet, le pétitionnaire considérait ici que la prorogation avait pour effet de « *suspendre la souveraineté du Parlement* »¹⁸²⁵ et de suspendre la « *démocratie parlementaire au Royaume-Uni* »¹⁸²⁶. Il considérait qu'une telle action aurait un « *grave impact sur la constitution* »¹⁸²⁷ et qu'elle devait bénéficier de l'accord du Parlement. La pétition ici est un moyen de défendre des règles constitutionnelles contre l'action des gouvernants. Cette défense échoua en l'espèce, la dite pétition ne recevant que 728 signatures.

1309. Pour évaluer cette procédure des pétitions il faut aussi regarder si ces dernières sont suivies d'effet par le gouvernement ou non. Comme l'a précisé le *Petitions Committee* dans son rapport couvrant la première année d'application du système de pétitions numériques, le fait de soumettre à débat parlementaire les pétitions réunissant 100 000 signatures ne signifie pas en pratique que les actes pétitionnaires en question vont mener à un vote favorable¹⁸²⁸. Cela témoigne des faiblesses de l'intervention du peuple dans la prise de décision constitutionnelle et ainsi dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Ici aussi, les ministres et parlementaires ne sont aucunement contraints par une pétition et sont libres d'y répondre comme il leur semble opportun. La pétition est un outil permettant au citoyen d'espérer influencer sur la prise de décision, mais reste cantonnée au bon vouloir des représentants.

1310. La Commission précise néanmoins qu'un tel constat ne rend pas le mécanisme des pétitions inutile. Il permet, selon elle, de dynamiser la logique de remise de compte du gouvernement qui se voit soumettre par le biais des pétitions des questions qu'il n'avait peut-

¹⁸²³ *Ibid.*, Government responded: “*Prorogation is a prerogative Act of the Crown, exercised on the advice of Ministers. We must respect the referendum result and the UK will be leaving the EU on 31 October whatever the circumstances.*”.

¹⁸²⁴ Petition 238085, « *Require Parliament's agreement to prorogation* », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/238085>.

¹⁸²⁵ *Ibid.*

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ *Ibid.*

¹⁸²⁸ Houses of Parliament Petitions Committee. *Your Petitions: a year of action*, *op. cit.*, p. 11: “*It's important to be clear about what these debates actually mean. They don't, for example, result in a vote to implement the request of the petition.*”.

être pas prévues ou envisagées¹⁸²⁹. De ce point de vue, l'exercice de la justice constitutionnelle du citoyen par le biais de la pétition stimule la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, elle peut le pousser à agir dans le sens d'une meilleure protection des règles constitutionnelles. C'est dans de telles circonstances que l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle peut avoir une influence sur l'activité des représentants et peut-être sur l'adoption de réformes futures.

1311. La pétition est un mécanisme fortement implanté au niveau du Parlement de Westminster et fait partie des outils incontournables d'expression constitutionnelle des citoyens. Néanmoins, le succès de l'acte pétitionnaire ne s'arrête pas aux murs des institutions londoniennes. En effet, les pétitions sont aussi des mécanismes importants de participation des citoyens à l'élaboration de la politique au sein des institutions galloises, écossaises, et nord-irlandaises.

B) Les pétitions dans le cadre de la dévolution : des mécanismes importants de participation des citoyens à l'exercice de la justice constitutionnelle

1312. Comme Catherine Bochel l'affirme, la mise en place du Parlement écossais et de l'Assemblée nationale du Pays de Galles a été vue comme « *une opportunité de développer de 'nouvelles politiques', plus ouvertes, accessibles et transparentes* »¹⁸³⁰ que celles de Westminster. La création de systèmes de pétitions répond ainsi à cet objectif de mise en place de régimes politiques plus démocratiques en Écosse et au Pays de Galles. Il s'agissait de prévoir des règles plus modernes de fonctionnement des institutions pour mener à bien cette démocratisation accrue. L'emploi du numérique en témoigne. Tout en permettant la mise en place de régimes démocratiques consolidés, les systèmes de pétitions en Écosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord permettent d'accroître le rôle du peuple dans l'exercice de la justice constitutionnelle britannique.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p. 10: "This often leads people to ask 'Well, what's the point then?'. The answer is that raising your issue through a debate in Parliament is a great step for any campaign. You should never underestimate the power of making the Government defend its position, or respond to an issue it might not otherwise have been thinking about."

¹⁸³⁰ BOCHEL Catherine. « Petitions: Different Dimensions of Voice Influence in the Scottish Parliament and the National Assembly of Wales », *Social Policy and Administration*, 2012, vol. 46, n°2, pp. 142-160, p. 142: "The creation of the Scottish Parliament and the National Assembly for Wales not only saw a shift in responsibility for many areas of social policy to the new administrations, but was also seen by some as the opportunity to develop a 'new politics', more open, accessible and transparent than had historically been the case at Westminster".

1313. Les pétitions dans le cadre de la dévolution concernent les domaines pour lesquels les organes législatifs et gouvernementaux sont compétents. Elles portent donc beaucoup sur des problématiques sociales, économiques, écologiques et sont principalement liées aux services publics (éducation, santé, transports publics, collecte de déchets, services de préservation de l'environnement) dont les institutions dévolues ont la charge. Beaucoup de pétitions expriment des requêtes très concrètes et spécifiques quant à l'organisation des services publics ou l'accès à ces derniers par exemple, et ne présentent alors qu'une faible dimension constitutionnelle ; sauf quand la pétition met en œuvre, sans le reconnaître expressément, un droit ou une liberté reconnu par le droit constitutionnel britannique. C'est le cas quand le pétitionnaire conteste une politique ou demande la mise en œuvre d'une politique au nom d'un droit ou d'un principe constitutionnel. Il a alors conscience que sa pétition joue un rôle dans la définition et la protection de l'ordre constitutionnel.

1314. En plus de ces trois systèmes de pétition, le citoyen gallois, écossais et nord-irlandais a également la possibilité d'utiliser les procédures de pétitions mises en place au sein du Parlement de Westminster. Il peut ainsi émettre à destination du Parlement et du gouvernement du Royaume-Uni, aussi bien une pétition « traditionnelle » par le biais de son *MP* qu'une pétition numérique.

1315. Le rôle joué par le citoyen dans l'exercice de la justice constitutionnelle n'est pas le même en fonction du régime concerné. L'impact de la pétition sur l'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens est donc inégal. Alors que le citoyen écossais utilise quantitativement de nombreuses fois le mécanisme de la pétition pour se saisir de questions constitutionnelles (1) ; cela est beaucoup moins le cas des gallois et galloises et des nord-irlandais et nord-irlandaises (2).

1) Le système écossais : un système produisant une forte activité citoyenne de justice constitutionnelle

1316. Le système écossais de pétitions est un outil d'expression constitutionnelle à deux points de vue : parce qu'il se caractérise par des règles de procédures permettant une utilisation aisée de la pétition (a) et parce qu'il a vraiment été utilisé par les membres de la société civile pour évoquer des problématiques constitutionnelles (b).

a) *Le système écossais : un système de pétition accessible*

1317. Le Parlement d'Écosse, mis en place en 1999, dispose de la compétence de recevoir des pétitions ce qui témoigne d'une ouverture sur la société civile. Le mécanisme écossais de pétition a vu le jour en 2004. Il s'agit bien là d'une fenêtre supplémentaire d'expression constitutionnelle pour les citoyens. Cette fenêtre est d'autant plus importante que le droit de pétition en Écosse n'est pas réservé aux écossais, mais peut être déclenché par toute personne (exceptés les *MSPs*) -quelque soit sa localisation dans le monde-, pourvu que la pétition porte sur un sujet qui concerne l'Écosse¹⁸³¹. Ce système de pétitions est régi par deux types de mesures : les *Standing Orders* du Parlement écossais et un document adopté par la Commission publique sur les pétitions.

1318. Pour déposer une pétition, le pétitionnaire doit préalablement créer un compte sur un service en ligne spécifique. Concernant les pétitions écossaises, le principe est qu'elles soient créées et déposées numériquement via le site du Parlement écossais. Néanmoins, si le pétitionnaire se voit dans l'incapacité d'utiliser le site dédié ou si ce dernier rencontre des problèmes de fonctionnement, il a la possibilité de présenter une pétition par mail ou par écrit papier.

1319. Le principe est cependant que l'initiateur de la pétition utilise le site web du Parlement, via la création d'un compte. Le numérique joue ici comme facilitateur de l'expression constitutionnelle. Une fois que le compte est créé et enregistré celui qui souhaite déposer une pétition peut alors la rédiger. La rédaction de la pétition doit suivre des règles de forme très précises. Elle doit se composer de cinq sections : la première doit inclure une présentation du pétitionnaire (nom, adresse postale et email), la suivante doit relayer le titre de la pétition c'est-à-dire l'explication en quelques mots du sujet sur lequel porte la pétition ; la troisième section doit exprimer l'action que le pétitionnaire réclame de la part du Parlement écossais en deux ou trois phrases ; la section suivante doit relayer les actions que l'auteur de la pétition a entreprises avant de lancer une pétition. Une pétition ne peut être utilisée par le citoyen qu'après qu'il ait essayé de régler le problème par d'autres moyens, par exemple en contactant un membre du Parlement ou du gouvernement écossais, ce qui constitue une contrainte sur l'emploi du mécanisme de la pétition. Le pétitionnaire termine sa pétition par

¹⁸³¹ *Ibid.*, p. 149.

une section dans laquelle le citoyen est libre de fournir toute information supplémentaire qu'il juge utile pour permettre au Parlement de « statuer » sur le problème qu'il soulève.

1320. Une fois que la pétition a été enregistrée sur le site du Parlement, elle sera examinée –selon un calendrier établi– par la Commission sur les pétitions publiques. C'est d'ailleurs une différence notable avec le système des pétitions sous format « papier » du Parlement de Westminster. Comme le précise Annie Thiec, « *les pétitions adressées au Parlement britannique, (...) doivent impérativement être présentées à la Chambre des Communes par un député, et (...), pour la plupart, demeurent sans effet* »¹⁸³². La pétition écossaise doit ainsi remplir plusieurs conditions de recevabilité posées par la Règle 15.5.1 des *Standing Orders*. Elle doit d'abord remplir les conditions de la Règle 15.4.2 ordonnant que la pétition fasse apparaître a) le nom du pétitionnaire, b) l'adresse du pétitionnaire, c) le nom et l'adresse de toute personne soutenant la pétition¹⁸³³.

1321. La pétition ne sera jugée recevable que si elle n'est pas vexatoire, n'entraîne aucune violation du droit, ne se réfère pas à des sujets qui font déjà l'objet de procédures devant les tribunaux, ne contient pas de langage insultant. Par ailleurs, elle devra pour être jugée recevable, mentionner des sujets relevant de la politique nationale, réclamer du Parlement uniquement une action que celui-ci a la compétence d'entreprendre et enfin porter sur un sujet qui n'a pas déjà fait l'objet d'une pétition durant la même session parlementaire et qui n'a pas été classée sans suite il y a moins d'un an¹⁸³⁴. La Commission peut à cet égard convoquer l'auteur de la pétition en personne afin de s'assurer qu'il a bien saisi l'objet de la pétition.

1322. Après avoir examiné la pétition, la Commission décide de l'action qu'elle souhaite entreprendre. Elle a alors le choix entre quatre réactions: « *transmettre la pétition aux ministres écossais, à toute autre commission du Parlement ou à toute autre personne ou organisme pour qu'ils prennent les mesures qu'ils jugent appropriées* » ; « *adresser un rapport au Bureau parlementaire ou au Parlement* » ; « *prendre toute autre mesure que la Commission juge appropriée* »¹⁸³⁵ ou enfin clore la pétition.

1323. De tels mécanismes montrent à quel point l'issue qu'aura une pétition échappe aux citoyens. Si ces derniers ont un pouvoir d'initiative non négligeable, il n'est pas suivi d'un

¹⁸³² THIEC Anne. « Le Parlement écossais et la démocratie participative », *op. cit.*

¹⁸³³ « Chapter 15: Openness and Accessibility », *The Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 17/01/2020], <https://www.parliament.scot/about/how-parliament-works/parliament-rules-and-guidance/standing-orders/chapter-15-openness-and-accessibility>.

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ *Ibid.*

pouvoir de décision. Ils n'ont ainsi pas le moyen d'imposer leur interprétation de l'ordre constitutionnel tel qu'il est ou tel qu'il devrait être. Ce dernier demeure entre les mains des représentants, qui ainsi dominent l'exercice de la justice constitutionnelle.

1324. Néanmoins l'action de la Commission sert souvent de déclencheur à un dialogue entre représentants et membres de la société civile sur l'objet de la pétition. Il s'observe à travers les échanges d'arguments entre le citoyen et le représentant qui parfois vont permettre aux citoyens d'obtenir des actions de la part du gouvernement¹⁸³⁶. De plus, les pétitions peuvent déboucher sur la mise en œuvre d'actions concrètes de la part de l'exécutif et du législatif¹⁸³⁷. Les problématiques abordées par les pétitions en Écosse sont assez larges du fait de l'étendue des compétences reconnues au Parlement écossais.

b) Le système écossais : une forte utilisation pour les questions constitutionnelles

1325. L'utilité du droit de pétition comme outil d'exercice citoyen de la justice constitutionnelle est frappante au regard du nombre non négligeable de pétitions dans lesquelles les pétitionnaires font réellement application du droit constitutionnel pour exiger une action des gouvernants et/ou contester des législations. Comme pour les pétitions numériques de Westminster, celles d'Écosse ont une réelle utilité d'expression constitutionnelle citoyenne. Le *HRA* de 1998 est assez souvent invoqué. Les sujets abordés par les pétitions sont variés : l'accès à l'éducation de personnes handicapées¹⁸³⁸, la soumission du service de police écossais à la loi sur la liberté d'information¹⁸³⁹, l'accès à la justice en matière environnementale¹⁸⁴⁰ et en

¹⁸³⁶ Ces échanges sont parfaitement montrés sur la page internet dédiée à une pétition écossaise. Cette page contient une liste de documents sous format PDF incluant la pétition d'origine, les avis d'organismes parlementaires ou non impliqués et aussi les réponses du gouvernement et du ou des pétitionnaire(s).

¹⁸³⁷ "Petitions Outcomes", *The Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 17/04/2020], <https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/91127.aspx>. Ainsi, la pétition 1393 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle de mineurs en Écosse conduisit la Commission sur les pétitions publiques à ouvrir une consultation sur le sujet et le gouvernement écossais a lancé un plan national destiné à lutter contre ce phénomène. La pétition 1285 qui demandait l'établissement d'appel gratuit au *NHS* conduisit le gouvernement à introduire un nouveau numéro gratuit, le 111.

¹⁸³⁸ Pétition 01741, "Human Rights, Citizenship and legal protection for people with lifelong learning disabilities", [en ligne], [consultée le 20/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01700-PE01799/PE01741_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸³⁹-Pétition 01763, « Make the Scottish Police Federation comply with FOI legislation », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01763>.

¹⁸⁴⁰-Pétition 01372, « Access to justice in environmental matters », [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <http://external.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01372>.

général¹⁸⁴¹, le fonctionnement du système judiciaire écossais¹⁸⁴², la collecte de données à caractère personnel¹⁸⁴³, le droit à une alimentation adéquate¹⁸⁴⁴, le droit à la sauvegarde des enfants dans le cadre scolaire¹⁸⁴⁵, le droit reconnu aux enfants de ne pas être séparés de leurs parents¹⁸⁴⁶, la problématique d'une constitution écrite écossaise¹⁸⁴⁷, l'usage du référendum portant sur des matières constitutionnelles en Écosse¹⁸⁴⁸, la réforme du système électoral écossais afin de le rendre plus démocratique et responsable¹⁸⁴⁹ ou encore la place du peuple dans le régime politique écossais¹⁸⁵⁰.

1326. Un exemple de pétition montrant l'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens est celle demandant au Parlement et au gouvernement écossais d'envisager l'élaboration d'une constitution écrite pour l'Écosse. En lançant une telle pétition, les pétitionnaires prennent position sur l'ordre constitutionnel écossais, sur ses nécessités d'évolution.

1327. Dans une autre pétition, dont la fin de collecte des signatures était prévue pour le 12 mars 2020, le pétitionnaire contestait sans le dire expressément la constitutionnalité de la section 39 du *Referendums (Scotland) Act 2020*. En effet, il considèrait que cette disposition

¹⁸⁴¹-Petition 01695, « Access to justice in Scotland », [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <http://external.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01695>.

-Petition 01784, “Review of the *Sheriff Court Fees Order* 2018”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/ReviewofFeesOrder>.

-Petition 01645, “Review of legal aid in Scotland”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01600-PE01699/PE01645_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁴² Petition 01724, “Equal rights for Commercial Attorneys and Party Litigants in the legal system”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01700-PE01799/PE01724_BackgroundInfo.aspx.

-Petition 01665, “Common law of blasphemy”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01600-PE01699/PE01665_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁴³-Petition 01692, « Inquiry into human rights impact of GIRFEC policy and data processing », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01692>.

¹⁸⁴⁴-Petition 01733, « Human right to adequate food », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/RighttoFood>.

¹⁸⁴⁵-Petition 01717, “Inquiry into the abuse of children in Scottish state schools.”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01700-PE01799/PE01717_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁴⁶-Petition 01513, “Equal Rights for Unmarried Fathers”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01500-PE01599/PE01513_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁴⁷-Petition 01781, « Written constitution for Scotland », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://external.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01781>.

¹⁸⁴⁸-Petition 01754, « Ensure any referendum on constitutional change has a two thirds majority for it to succeed », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01754>.

-Petition 01641, “Future Independence Referendum”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020] https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01600PE01699/PE01641_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁴⁹ -Petition 01670, « Reform the Scottish electoral system to make it democratic and accountable », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/reformthescottishelectoralsystem>.

¹⁸⁵⁰-Petition 01587, « Scottish Civic Forum », [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01587>.

n'était pas conforme au niveau de protection des droits garanti par le *Human Rights Act* 1998. L'auteur de la pétition estimait que cette section contredisait les droits de la CEDH. Ici le citoyen par le biais du mécanisme pétitionnaire procédait lui-même à un contrôle de constitutionnalité d'une disposition législative et rappelait la responsabilité constitutionnelle du gouvernant. La pétition permettait ainsi au citoyen de contrôler et d'évaluer la compatibilité ou la conformité d'une politique avec des règles constitutionnelles.

1328. Cela s'illustre également par une pétition -examinée par la Commission sur les pétitions publiques depuis le 20 novembre 2019- dans laquelle le pétitionnaire affirmait que le *Fire (Scotland) Act 2005* et le *Fire (Additional Function) (Scotland) Order 2005* représentaient des atteintes à l'article 2 de la CEDH qui garantit le droit à la vie d'une part, et au *Scotland Act* 1998 d'autre part. Le pétitionnaire considérait que l'exigence que le *SFRS (Scottish Fire and Rescue Service)* ne sauve des victimes d'incendie qu'à la condition qu'elles ne mettent pas en péril la vie d'autrui ou des pompiers eux-mêmes n'était pas réaliste¹⁸⁵¹. Pour le pétitionnaire, « *il est pratiquement impossible d'effectuer des sauvetages victorieux de victime* »¹⁸⁵² sans que la vie des pompiers ne soit exposée à un certain risque¹⁸⁵³. Dans son rapport en date du 16 janvier 2020, la Commission demandait au gouvernement de s'exprimer sur l'action demandée par cette pétition¹⁸⁵⁴. Le gouvernement avait répondu par un document en date du 18 février 2020 en affirmant que les dispositions débattues n'étaient pas incompatibles avec le droit à la vie tel que prévu par l'article 2 de la CEDH.

1329. Les pétitions dans lesquelles un ou des citoyens œuvre(nt) pour l'application d'un droit constitutionnel illustrent également comment le procédé pétitionnaire est une voie d'exercice par le peuple de la justice constitutionnelle. C'était le cas de la pétition visant à contester le *Sheriff Court Fees Order* 2018, qui ne reconnaissait pas suffisamment le droit pour les personnes handicapées de se passer d'avocat lors de litiges simples. Dans le droit écossais, la présence d'un handicap n'est pas un motif d'exemption de frais de justice. Ici l'objectif du pétitionnaire était d'améliorer l'application du droit d'accès à la justice- droit qualifié par la jurisprudence britannique de « *droit constitutionnel* »- pour les personnes handicapées. Pour l'auteur de la pétition le dispositif écossais n'était pas conforme à l'article 6 de la CEDH.

¹⁸⁵¹- Petition 01767, "Scottish fire and rescue legislation and human rights", [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.scot/GettingInvolved/Petitions/PE01767>.

¹⁸⁵² *Ibid.*

¹⁸⁵³ *Ibid.*

¹⁸⁵⁴ The Scottish Parliament, Pàrlamaid na h-Alba. *Public Petitions Committee*, 2020, Official report, session 5, 30 p.

1330. La pétition déposée par Peter Ritchie pour le compte de la Coalition Ecossoise pour la Faim (*Scottish Food Coalition*), et examinée par la Commission sur les pétitions publiques depuis le 22 août 2019, illustre bien la façon dont le citoyen peut exercer la justice constitutionnelle en demandant à ce qu'un droit constitutionnel soit mis en application. L'auteur de la pétition demandait au Parlement écossais qu'il exhorte le gouvernement à intégrer le droit à l'alimentation dans le droit écossais. Au soutien de cette requête, le pétitionnaire partait de l'état du droit international qui reconnaît le droit à une nourriture décente et qui traite de manière juste le peuple et l'environnement. L'auteur de la pétition rappelle l'importance de la concrétisation d'un droit pour que celui-ci soit effectif et affirme ainsi que « *sans protection dans le droit écossais ces droits ne peuvent pas servir à l'élaboration de la politique (...) et ne peuvent pas être protégés en Écosse.* »¹⁸⁵⁵.

1331. La Commission sur les Pétitions publiques a rendu son rapport le 19 septembre 2019 et a demandé au gouvernement écossais d'exprimer ses vues sur la requête portée par la pétition¹⁸⁵⁶. Le gouvernement répondit à la Commission le 31 octobre 2019 en affirmant que, s'il comprenait la préoccupation des pétitionnaires à ce que les droits affirmés en droit international soient mis en application, il menait déjà des actions permettant de lutter contre la faim¹⁸⁵⁷. Cette réponse ne satisfera pas le pétitionnaire qui y répondra le 9 décembre et maintiendra sa requête visant à ce que le droit à l'alimentation soit inséré dans le droit écossais. La pétition permet un dialogue entre les représentants et les membres de la société civile. L'exercice de la justice constitutionnelle en découle. La protection d'une règle constitutionnelle peut dépendre des échanges entre représentants et membres de la société civile, échanges qui font évoluer les arguments et les points de vue.

1332. Parallèlement aux pétitions qui montrent une appropriation explicite des règles constitutionnelles, il existe celles dont les implications constitutionnelles sont sous-tendues, dans la mesure où les pétitionnaires ne se fondent pas sur des règles ou notions constitutionnelles précises ou le font mais de manière évasive. Les auteurs de la pétition ne présentent pas explicitement les questions constitutionnelles posées. Ainsi, les pétitionnaires vont souvent réclamer un changement dans les modalités d'un service public, comme la justice par exemple, sans présenter les dimensions constitutionnelles de cette demande. Lorsque le

¹⁸⁵⁵ “Background Info”, The Scottish Parliament- Pàrlamaid na h-Alba, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01700PE01799/PE01733_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁵⁶ The Scottish Parliament-Pàrlamaid na h-Alba. *Public Petitions Committee*, *op. cit.*

¹⁸⁵⁷ “PE1733/A Scottish government submission of 31 october 2019”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/S5_PublicPetitionsCommittee/Submissions%202019/PE1733_A.pdf.

citoyen demande à ce que certaines catégories de personnes puissent avoir accès à la justice, il demande une plus grande effectivité du droit d'accès à la justice même s'il ne le mentionne pas expressément.

1333. Dans une pétition relative aux droits d'appels relatifs au système d'utilisation des sols, le pétitionnaire se plaignait du fait que le justiciable ne disposait d'aucun droit d'appel contre certaines décisions, il demandait ainsi à ce que l'application de ce droit soit étendue¹⁸⁵⁸. En effet alors qu'une décision de refus d'exploitation des sols peut faire l'objet d'un recours en appel, ce n'est pas le cas d'une décision qui l'autorise et qui vient impacter la vie de certaines personnes. Le pétitionnaire qualifiait cette situation « *d'injuste* » et agissait ainsi en défense d'un droit constitutionnel, celui du droit d'accès à la justice cité par la jurisprudence de *common law* mais aussi par le *HRA* de 1998, bien que mention n'en soit pas faite dans sa pétition. Son expression constitutionnelle prend alors une autre forme, éloignée du raisonnement juridique. Elle n'en demeure pas moins un exercice de la justice constitutionnelle. La difficulté est de déterminer si cette non-évocation des règles constitutionnelles résulte d'une absence de connaissance (sur l'existence de la règle constitutionnelle en question) ou d'une volonté assumée. Dans le premier cas, il est alors difficile de parler d'appropriation d'une chose dont le pétitionnaire n'a pas conscience.

1334. La pétition demandant à ce que le système d'aide juridictionnelle soit étendu aux affaires de diffamations est aussi un exemple de cette non-invocation par le pétitionnaire de la règle constitutionnelle¹⁸⁵⁹. Le pétitionnaire demande en effet à ce que le droit à l'accès à la justice soit garanti mais reste dans des considérations pragmatiques sans appropriation de règles ou de notions constitutionnelles.

1335. Si le système écossais de pétition est fortement utilisé par le citoyen pour exercer la justice constitutionnelle, cela semble un peu moins vrai dans les mécanismes de pétition gallois et nord-irlandais.

2) *Les systèmes gallois et nord-irlandais : des expressions constitutionnelles plus timides*

¹⁸⁵⁸-Petition 01534, «Equal rights of appeal in the planning system», [en ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01500-PE01599/PE01534_BackgroundInfo.aspx.

¹⁸⁵⁹-Petition 01525, «Access to justice», [en ligne], [consultée le 15/04/2020] http://www.parliament.scot/gettinginvolved/petitions/PE01500-PE01599/PE01525_BackgroundInfo.aspx.

1336. Si le système de pétition du Pays de Galles permet une expression constitutionnelle moins importante que celui d'Écosse ou du Royaume-Uni (a), le système nord-irlandais apparaît extrêmement timide et très peu développé (b).

a) *Un système gallois moins important que ses équivalents britannique et écossais*

1337. Le Pays de Galles connaît aussi un système de pétitions donnant la possibilité aux citoyens de s'exprimer constitutionnellement. Par le biais des pétitions, le pétitionnaire peut formuler une demande soit directement à l'Assemblée du Pays de Galles soit au gouvernement par le biais de l'Assemblée. Dans ce dernier cas, il demande à l'organe législatif « *d'exhorter le gouvernement gallois* »¹⁸⁶⁰ à faire quelque chose.

1338. Il existe deux voies pour les membres de la société civile de déposer une pétition : la voie papier et la voie électronique¹⁸⁶¹. Elle doit logiquement porter sur un sujet pour lequel l'Assemblée et le gouvernement sont compétents¹⁸⁶². Dans les deux cas, une pétition doit recueillir au minimum 50 signatures pour être recevable. Elle peut être initiée par un individu ou par une organisation, la condition étant que la personne réside au Pays de Galles et que l'organisation y dispose d'un siège¹⁸⁶³. Comme pour l'Écosse, le système de pétition gallois est caractérisé par son ouverture. Toute personne (à l'exception des *AMs*) peut signer une pétition auprès de l'Assemblée galloise. Le nombre réduit de signataires exigé rend la pétition largement accessible.

1339. En cas de pétition sous format papier, le pétitionnaire doit, préalablement à la collecte des signatures, contacter l'Assemblée du Pays de Galles afin que celle-ci l'informe des modalités de rédaction de la pétition¹⁸⁶⁴. L'objectif d'une telle consultation préalable est de s'assurer que la pétition soit recevable et qu'elle puisse être examinée par la Commission sur les Pétitions. Dans le cadre des pétitions manuscrites, le document portant pétition doit

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

¹⁸⁶¹ « Creating a petition », *Petitions - Senedd Cymru Welsh Parliament*, [en ligne], [consultée le 20/04/2020], <https://www.assembly.wales/en/gethome/e-petitions/how-to-petition/Pages/How-to-Petition.aspx>.

¹⁸⁶² *Ibid.* : “Not all petitions can be taken forward through the Assembly's petitions process. This includes issues which the Assembly and Welsh Government are not responsible for, such as foreign policy, criminal justice and policing and the provision of social security benefits and state pensions. It also includes matters which are the operational responsibility of other elected bodies such as local authorities – such as individual planning decisions and the reorganisation and closure of schools. Issues such as these are best taken forward by contacting the UK Parliament or your local authority.”.

¹⁸⁶³ *Ibid.*: “Only people or organisations with an address in Wales can create a petition”.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*: “If you are considering collecting signatures on paper, you should contact us in advance for advice. A template can also be provided”.

comprendre le nom et l'adresse de tous les signataires. Il fait l'objet d'une conservation pendant 6 mois avant d'être détruit.

1340. Dans le cadre des pétitions en ligne, le pétitionnaire doit remplir un formulaire qui est directement accessible sur le site de l'Assemblée galloise¹⁸⁶⁵. En plus de son nom et de son adresse, l'initiateur de la pétition doit renseigner la date de début et de fin de la pétition. Il doit ensuite expliquer en 2000 caractères maximum l'objet de sa pétition. Enfin, il est en mesure, comme dans le dispositif écossais, de fournir toute information qu'il juge pertinente pour mieux appréhender l'objet et l'intérêt de la pétition, là aussi au moyen de 2000 caractères maximum¹⁸⁶⁶. Une fois que le pétitionnaire a rempli le formulaire, un mail de confirmation de réception de la pétition lui est envoyé. L'équipe chargée de la pétition l'informe par la suite de la recevabilité ou non de sa pétition et du déroulement de la suite du processus.

1341. Si les pétitions sont considérées non recevables, alors le pétitionnaire est informé du motif d'irrecevabilité. Si au contraire elles le sont, elles sont examinées par une commission, la Commission sur les pétitions (*Petitions Committee*). Cette Commission dispose, comme ses homologues britannique et écossais, d'une panoplie de prérogatives¹⁸⁶⁷ lui permettant d'instaurer un dialogue entre pétitionnaires et représentants (mener des consultations, demander au gouvernement davantage d'informations sur un point) sauf celle d'adopter directement des mesures pour mettre en œuvre la demande formulée dans la pétition. En outre, la Commission - si la pétition collecte plus de 10 000 signatures¹⁸⁶⁸ - examinera si celle-ci peut être présentée au Senedd pour débat. Toutes ces prérogatives permettent de faire des pétitions des outils dynamisant la responsabilité constitutionnelle du gouvernement.

1342. Les pétitions au Pays de Galles portent moins sur des sujets constitutionnels que les pétitions écossaises. Elles abordent surtout des questions économiques ou sociales sans que le lien avec les règles constitutionnelles ne soit opéré expressément par le ou les pétitionnaire(s). Cela s'explique sans doute par une moins grande revendication d'une identité constitutionnelle propre et par une moins grande autonomie que celles observables en Écosse. Les citoyens gallois utilisent plus la pétition comme outil d'appropriation de la politique économique ou sociale que comme moyen d'expression constitutionnelle. La pétition permet aux gallois et

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

galloises de réclamer le meilleur fonctionnement d'un service public (l'éducation¹⁸⁶⁹, le transport public¹⁸⁷⁰, l'environnement¹⁸⁷¹ etc...) ou encore pour formuler des requêtes dans des domaines commerciaux¹⁸⁷² et économiques¹⁸⁷³ sans pour autant soulever d'aspects constitutionnels. Beaucoup de pétitions servent à régler des situations locales.

1343. Certaines pétitions ont néanmoins bien des enjeux constitutionnels même s'ils ne sont pas clairement affirmés ou identifiés par le ou les pétitionnaires. La pétition galloise sert donc aussi de support à des revendications à enjeu(x) constitutionnel(s).

1344. Une pétition peut ainsi permettre aux citoyens de requérir l'application de certains droits de nature constitutionnelle. C'est le cas avec la pétition demandant un égal accès aux soins de santé aux personnes handicapées déposée par Tracy Locke et ayant fait l'objet de 121 signatures¹⁸⁷⁴. Il s'agit ici de permettre la réalisation d'un droit qui pourrait être considéré comme fondamental, celui d'accès aux soins. L'objet de la pétition était de demander au gouvernement de porter en exigence juridique la présence d'un dispositif large et adaptable de lits et d'élévateurs dans toutes les chirurgies pour les personnes handicapées. Même si le droit n'est pas explicitement reconnu dans un document de déclaration de droits, il peut être identifié comme faisant partie des droits fondamentaux.

1345. La pétition exigeant de l'Assemblée qu'elle exhorte le gouvernement à dénommer le pays par « *Cymru* » dans tous les documents officiels gallois et écossais présente aussi une dimension constitutionnelle. Cette pétition a été initiée par un certain Mair Edwards et a fait l'objet de 127 signatures. Les pétitionnaires défendent ici une vision de leur identité culturelle et historique, identité qui peut faire partie des préoccupations de la justice constitutionnelle, les constitutions étant le reflet des cultures des différents pays. Le pétitionnaire exige que le Pays de Galles puisse se définir lui-même en tant que nation et ainsi de cesser d'être défini en fonction de ses anciennes relations avec un autre pays. En effet, comme le souligne l'auteur de la pétition, les termes « *Welsh* » et « *Wales* » désignent les

¹⁸⁶⁹-P-05-938, « Make Welsh universities consider the Welsh Baccalaureate as an A Level », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IID=27491>.

¹⁸⁷⁰-P-05-934, « Public Transport in Blaenau Gwent », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IID=27170>.

¹⁸⁷¹-P-05-937, « STOP BOILING CRUSTACEANS ALIVE (lobsters, crabs, crayfish, prawns etc) », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IID=27173>.

¹⁸⁷²-P- 05-856, « Ban the sale of puppies by pet shops and all commercial 3rd party dealers in Wales », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IID=23897>.

¹⁸⁷³-P-05-901, « Ban the Sale of Real Fur in Wales », [en ligne], [consultée le 20/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IID=25948>.

¹⁸⁷⁴-P- 05-914, « Equal Access to Health Care for the Disabled », [en ligne], [consultée le 20/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IID=26528>.

habitants du Pays de Galles comme étant des « *vassaux* » ou des « *étrangers* » dans leurs propres pays. Ces termes révèlent aussi d'anciennes relations de domination des Gallois par les Anglais.

1346. La pétition dénonçant le caractère antidémocratique du fonctionnement des autorités locales galloises montre aussi comment le pétitionnaire peut intervenir dans la préservation d'un ordre constitutionnel. Ici, il base son intervention sur un principe non écrit, le principe de la démocratie. L'auteur de la pétition dénonce un phénomène de montée en puissance d'autorités non élues dans la direction des collectivités galloises, et ce au détriment de représentants élus. Il demande ainsi au gouvernement gallois de rappeler à l'ordre publiquement les autorités locales qui seraient marquées par un tel phénomène.

1347. La pétition réclamant l'accès des handicapés au *Treforest train* permettant de se rendre à l'Université du Pays de Galles montre également comment la pétition permet au citoyen de réclamer la meilleure effectivité d'un principe constitutionnel, ici le principe d'égalité¹⁸⁷⁵. Le pétitionnaire évoque notamment *l'Equality Act* de 2010 au fondement de sa pétition.

1348. Les pétitions galloises ont néanmoins les mêmes défauts que les trois autres systèmes prévus au Royaume-Uni, l'emprise des représentants sur le devenir des pétitions. Elles ne sont pas contraignantes pour les Parlements et gouvernements du Royaume-Uni et peuvent n'être suivies d'aucun effet. Par ailleurs, même si elles ont un effet, il est très difficile, comme l'observe Annie Thiec, de repérer précisément quelle loi est issue d'une pétition¹⁸⁷⁶ ; cela nuit à la visibilité de l'intervention citoyenne, à sa répercussion sur l'adoption de la politique nationale et sur l'interprétation et la protection des règles constitutionnelles.

1349. Si le système gallois de pétition donne lieu à une expression constitutionnelle des citoyens modeste et limitée, le système nord-irlandais apparaît beaucoup moins développé et bien moins utilisé pour la justice constitutionnelle.

b) L'extrême timidité du système de pétition nord-irlandais

¹⁸⁷⁵-P- 05 – 918, "Improve disabled access to Treforest train station as priority", [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://www.senedd.assembly.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IIId=26676>.

¹⁸⁷⁶ THIEC Anne. « Le Parlement écossais et la démocratie participative », *op. cit.*: « Il est difficile, cependant, d'établir avec certitude que telle ou telle pétition a conduit à la proposition d'une nouvelle loi ou à l'amendement de la législation existante, et, par voie de conséquence, il est difficile d'affirmer, comme l'a fait la commission en charge des pétitions publiques en 2004, que le système a effectivement permis à des individus, ou à des groupes de pression d'influer directement sur le processus politique ».

1350. Un système de pétition existe également en Irlande du Nord, quoique peu visible sur la page web de l'Assemblée nord-irlandaise. Elle évoque en effet les « *pétitions publiques* » mais le processus y est résumé en quelques lignes. Il s'agit de pétitions traditionnelles et non de pétitions numériques, dont l'Irlande du Nord est dépourvue¹⁸⁷⁷. Le site affirme ainsi que « *si un Membre souhaite présenter une pétition publique à l'Assemblée la proposition est examinée par le Business Committee* »¹⁸⁷⁸. Ce dernier décidera ainsi, si et à quel moment, la pétition doit être présentée. Le site décrit de manière expéditive la procédure de présentation de l'acte pétitionnaire devant l'Assemblée. Le membre de l'assemblée qui présente la pétition doit exposer le sujet et le contenu de cette dernière ainsi que le nombre de signataires avant de la présenter de manière plus formelle au *Speaker*. Ce dernier enverra alors la pétition au Ministre concerné, qui par la suite répondra aux membres de l'Assemblée ou au *Speaker* et précisera l'action qu'il souhaite entreprendre pour répondre à la problématique soulevée par l'acte pétitionnaire.

1351. La première pétition publique présentée en Irlande du Nord date de 2002. Si les pétitions publiques n'ont pas rencontré un franc succès, en témoignent les 28 pétitions communiquées à l'Assemblée entre 2006 et 2014, elles ont néanmoins été l'occasion pour les citoyens de s'exprimer constitutionnellement. En effet, en 2007, quelques 120 000 citoyens (soit 11% de l'électorat nord-irlandais) signèrent une pétition afin de s'opposer à une réforme des règles relatives à l'avortement¹⁸⁷⁹.

1352. En dépit de cela, un nord-irlandais ou une nord-irlandaise dispose toujours de la possibilité d'émettre une pétition numérique à destination des institutions du Royaume-Uni, par le biais du système de pétitions existant au sein du Parlement de Westminster.

1353. Parallèlement aux pétitions, les citoyens disposent d'autres outils leur permettant de faire entendre leur voix aux représentants. Ils bénéficient, pour ce faire, d'une diversité de

¹⁸⁷⁷ Cela a d'ailleurs fait l'objet d'une pétition en 2016 auprès du Parlement de Westminster qui a été rejetée. Le Parlement et le gouvernement britanniques ont considérés que cette problématique ne relevait pas de leur compétence. Voir. - Petition 138523, « Create a Northern Ireland petitions website for the Northern Ireland Assembly », [en ligne], [consultée le 20/04/2020], <https://petition.parliament.uk/archived/petitions/138523>. Par ailleurs, la même année, le Northern Ireland Committee on Procedures proposa la mise en place d'un mécanisme de pétition en ligne pour l'Irlande du Nord.

¹⁸⁷⁸ « Plenary Terms », *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://aims.niassembly.gov.uk/plenary/terms.aspx>.

¹⁸⁷⁹ LOFT Philip. *Petitions in the UK*, *op. cit.*, p. 21.

mécanismes de consultation et de délibération Ces derniers constituent néanmoins des outils beaucoup moins prisés des citoyens pour exercer la justice constitutionnelle

II) Des mécanismes de consultation et de délibération divers mais peu utilisés par les citoyens

1354. Les opérations de consultation des membres de la société civile par les représentants constituent un autre vecteur d'expression constitutionnelle citoyenne. Dans le cadre de leur travail d'étude de la législation et des réformes législatives à mener, les commissions parlementaires utilisent internet pour recueillir l'avis des citoyens sur des problématiques importantes de politique nationale. Certaines de ces problématiques sont de nature constitutionnelle. Les membres de la société civile ont donc une opportunité de faire valoir leur interprétation de l'ordre constitutionnel même si, ici encore, cette interprétation est caractérisée par sa fragilité face au pouvoir des représentants et qu'elle semble surtout être le fruit d'un nombre très réduit de citoyens (A).

1355. Les représentants et universitaires ont aussi la possibilité de solliciter un rapprochement physique ou numérique des citoyens en sollicitant des débats sur des questions à enjeux constitutionnels. Des *digital debates* ou débats numériques peuvent être sollicités par le Parlement de Westminster. Les citoyens ont également déjà été réunis au sein de minis assemblées pour discuter de questions constitutionnelles, que sont les *deliberative polls*. Des outils délibératifs ont également été mis en place dans le cadre de la dévolution (B).

A) Les opérations de consultation parlementaire : des invitations à l'expression constitutionnelle

1356. Même si les opérations de consultation parlementaire témoignent de la faiblesse des citoyens dans la justice constitutionnelle (1), elles figurent néanmoins parmi les outils disponibles pour permettre l'expression constitutionnelle citoyenne (2).

1) La faiblesse des citoyens dans les processus de consultation

1357. En plus des pétitions, les possibilités offertes par le site du Parlement de Westminster et les opérations de consultation menées par les Commissions parlementaires constituent une possibilité supplémentaire offerte aux citoyens de faire valoir leur interprétation constitutionnelle. Il s'agit alors ici de citoyens qui s'expriment en dehors de la configuration « peuple électorat », souvent du fait de leur profession ou de leur mandat. Outre les membres individuels de la société civile, les consultations organisées par les Commissions parlementaires permettent aussi aux entités comme des associations, des syndicats, des universités, d'exercer la justice constitutionnelle. L'opération de consultation correspond à un mécanisme relevant de la démocratie participative, mais elle peut avoir d'importantes répercussions au regard de l'influence qu'exercent les Commissions parlementaires dans la confection des lois.

1358. Dans le cadre des consultations, les commissions organisent non seulement la possibilité de recueillir des témoignages écrits mais aussi des témoignages oraux.

1359. Les règles de recevabilité des réponses écrites aux consultations sont énoncées sur le site du Parlement de Westminster et vont varier en fonction de la Chambre dans laquelle opère la Commission¹⁸⁸⁰. Une telle procédure se caractérise par sa facilité d'emploi ; elle est un autre exemple des effets bénéfiques du numérique dans un exercice plus démocratique de la justice constitutionnelle. Elle donna ainsi l'occasion aux citoyens et groupements de répondre dans un cadre limité de 1500 mots.

1360. Après d'une commission de la Chambre des Lords, chaque témoignage doit ainsi : respecter toute une série de conditions relatives au format et à la taille du document qui sera le support du témoignage, être daté, indiquer son auteur (s'il s'agit d'un individu agissant en son nom propre ou au nom d'un collectif), être concis (avec l'exigence qu'un témoignage long de plus de 6 pages contienne un résumé d'une page) et enfin avoir des paragraphes numérotés¹⁸⁸¹. Après d'une commission relevant de la Chambre des Communes chaque témoignage doit ainsi : a) préciser clairement de qui provient la réponse, b) être concis et ne pas dépasser 3000 mots, c) contenir un résumé sous forme de liste des principaux points évoqués ; d) contenir une présentation brève de l'individu/de l'organisme qui présente le témoignage ainsi que sa motivation; e) être présenté sous forme de paragraphes numérotés ; f) fournir toute

¹⁸⁸⁰ "Guidance on giving evidence to a Select Committee of the House of Lords", *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 03/06/2021], <https://www.parliament.uk/get-involved/committees/how-do-i-submit-evidence/lords-witness-guide/>.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*

information d'ordre factuel qui pourrait être utile à la Commission ; g) proposer toute action au gouvernement ou à tout autre organe. Un témoignage lors d'une consultation doit par ailleurs s'abstenir impérativement de commenter des sujets qui font ou feront l'objet de procédures devant une juridiction¹⁸⁸². Un individu ne peut utiliser la réponse à une enquête parlementaire en demandant à la Commission de se pencher sur une plainte individuelle ou sur des allégations de mauvaise administration¹⁸⁸³.

1361. S'agissant des contributions orales aux consultations, elles font également l'objet de règles différentes selon que la Commission appartient à la Chambre des Communes¹⁸⁸⁴ ou à la Chambre des Lords¹⁸⁸⁵. Le déroulement d'une séance de témoignages oraux suit néanmoins la même logique dans les deux Chambres : dans les deux cas, il s'agit pour les membres des commissions de questionner les témoins.

1362. Les consultations témoignent, comme beaucoup d'autres mécanismes, de la trop faible emprise du citoyen sur la justice constitutionnelle. La consultation ne lui permet pas d'être influent dans la prise de décision constitutionnelle. Ce mécanisme consultatif est, en effet, largement dominé par les représentants. Il l'est d'abord, au stade de l'organisation des consultations qui dépend de la discrétion des commissions concernées, le citoyen n'a ainsi ici aucun rôle à jouer. Ce sont les représentants impliqués qui décident de l'opportunité de la consultation et des questions qui y seront posées. Il l'est ensuite, au stade de la soumission d'un témoignage à la Commission, qui n'a aucune obligation d'accepter un témoignage ou même de le publier en cas d'acceptation¹⁸⁸⁶. En outre, la répercussion de l'expression citoyenne dépend aussi de la volonté des représentants hors Commission –parlementaires et membres du gouvernement- qui n'ont aucune obligation en la matière. Enfin et en dehors de la problématique de la trop grande puissance des représentants, les consultations attirent souvent un pourcentage très faible de la population britannique –pourcentage qui en plus concentre souvent des personnes issues du milieu politique, universitaire ou juridictionnel-¹⁸⁸⁷. Ainsi, la consultation n'est pas un outil qui permet une expression constitutionnelle populaire massive.

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ House of Commons. *Guide for witnesses giving written or oral evidence to a House of Commons select committee*, 2016, 14 p.

¹⁸⁸⁵ House of Lords. *Information for witnesses appearing before Select Committees of the House of Lords*, 2018, 7 p.

¹⁸⁸⁶ « Guidance on giving evidence to a Select Committee of the House of Commons », *UK Parliament*, [en ligne], [consulté le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/get-involved/have-your-say/take-part-in-committee-inquiries/commons-witness-guide/#jump-link-0>.

¹⁸⁸⁷ LUSOLI Wainer, WARD Stephen, GIBSON Rachel. « (Re)connecting Politics? Parliament, the Public and the Internet », *Parliamentary Affairs*, 2006, vol 59, n°1, pp. 24-42, p. 24 : « *The survey confirms that whilst the*

1363. Si la consultation n’offre pas au citoyen la possibilité d’influer fortement sur la justice constitutionnelle, elle lui offre néanmoins l’opportunité de s’exprimer sur une diversité de sujets qui souvent, présentent de considérables implications constitutionnelles.

2) *La consultation : un outil d’expression sur des questions constitutionnelles majeures*

1364. Les *Select Committees* mènent, en effet, des enquêtes sur une grande variété de sujets -qui peuvent même avoir des implications constitutionnelles importantes- à l’issue desquelles ils émettent des rapports destinés aux pouvoirs publics¹⁸⁸⁸. Il ne s’agit pas ici de relater toutes les consultations qui ont été entreprises mais plutôt d’illustrer à l’aide de quelques exemples la manière dont ces dernières donnent au citoyen un outil pour exercer la justice constitutionnelle et pour communiquer son jugement constitutionnel aux représentants.

1365. C’était le cas dans le rapport précité *A New Magna Carta*, dans lequel la Commission lança une opération de consultation de la société civile sur la question de l’opportunité d’adopter une constitution écrite et codifiée pour le Royaume-Uni et sur celle relative à la forme qu’une telle constitution devrait prendre¹⁸⁸⁹. Dans la réponse à cette question, la société civile n’est pas libre mais doit exprimer sa préférence entre les trois types de documents constitutionnels envisagés, à savoir : un « *Code constitutionnel* », un « *Acte de consolidation constitutionnelle* » ou enfin une « *Constitution écrite* »¹⁸⁹⁰.

1366. Dans un tout autre domaine, la Commission sur la Science et la Technologie (*The Science and Technology Committee*) a lancé en 2017 une opération de consultation relative à l’utilisation de l’algorithme dans la prise de décision politique¹⁸⁹¹. Il s’agit alors de solliciter l’interprétation du citoyen et du membre de la société civile d’une question constitutionnelle, à savoir celle tenant aux modalités de confection de la décision politique. La Commission a pré-déterminé les points sur lesquels les citoyens ont été consultés, à savoir : l’étendue de l’utilisation actuelle et future de l’algorithme notamment dans la prise de décision

net has a potential to deepen public engagement with our representatives and parliamentary institutions currently it attracts only a small minority of voters who are generally already politically active and privileged.”.

¹⁸⁸⁸ UBEROI Elise. *Public Engagement in the UK Parliament: overview and statistics*, House of Commons Library, Briefing Paper, n° CBP 8158, 24 novembre 2017, 28 p.

¹⁸⁸⁹ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *A new Magna Carta?*, session 2014-2015, 2nd report, 423 p.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ “Algorithms in decision making terms of reference”, www.parliament.uk, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/science-and-technology-committee/news-parliament-2017/algorithms-in-decision-making-tor-17-19/>.

politique ou encore la question de savoir si des règles de bonnes pratiques peuvent être dégagées relativement à la prise de décision algorithmique. Parmi ces dernières figurait la question de savoir comment la prise de décision par algorithme peut encourager, freiner ou lutter contre les discriminations.

1367. À la suite de la chute du gouvernement nord-irlandais en janvier 2017¹⁸⁹², la Commission sur les affaires nord-irlandaises (*The Northern Ireland Affairs Committee*) lança, le 24 novembre 2017, une consultation portant sur les « *solutions permettant de rétablir les organes décentralisés et la responsabilité, ainsi que sur la nécessité d'une nouvelle intervention du gouvernement britannique.* »¹⁸⁹³. Cette consultation a été lancée à la suite d'une période de 10 mois (janvier à octobre 2017) sans qu'aucun gouvernement irlandais ne puisse être désigné notamment du fait, de l'impossibilité pour les deux grands partis –le *Sinn Fein* et le Parti Démocratique Unioniste– de s'entendre. Le but de cette consultation était d'améliorer le fonctionnement des institutions de la dévolution ; les citoyens ont ainsi eu l'occasion de s'exprimer sur les règles constitutionnelles à changer ou développer pour permettre cela. Cette situation de crise survivra néanmoins à l'enquête menée par la Commission et durera jusqu'en 2019.

1368. La Commission mixte sur les droits de l'Homme (*Joint Committee on Human Rights*) organise également des consultations permettant aux membres de la société civile d'exercer la justice constitutionnelle en s'exprimant sur la signification à donner à certains droits et sur l'adéquation des politiques actuelles ou projetées avec ces derniers. Les consultations consistent souvent en plusieurs questions (environ 4 ou 5) directement posées aux futurs participants.

1369. La Commission mixte fut, par exemple, à l'initiative d'une consultation sur la liberté d'expression en matière politique¹⁸⁹⁴. On retrouve, par ailleurs, dans les interrogations posées par la Commission des problématiques qu'une juridiction constitutionnelle pourrait aborder, à savoir des questionnements relatifs à la conciliation entre différents droits ou entre des droits et d'autres intérêts devant impérativement être pris en compte. La première question posée par la Commission est relative à la possibilité de concilier la liberté d'expression en

¹⁸⁹² Chute marquée par la démission de Martin MacGuinness le 16 janvier 2017.

¹⁸⁹³ « Devolution and democracy in Northern Ireland : dealing with the deficit », www.parliament.uk, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/northern-ireland-affairs-committee/news-parliament-2017/devolution-and-democracy-in-ni-deficit-launch-17-19/>.

¹⁸⁹⁴ « Can free speech and protests against MPs undermine democracy? », www.parliament.uk, 2019, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/news-parliament2017/democracy-free-speech-freedom-launch-17-19/>.

matière politique avec la protection des *MPs* contre les discours de haine ou le harcèlement¹⁸⁹⁵. Une autre consiste à demander aux membres de la société civile si la conciliation opérée entre la liberté d'expression en matière politique et la sécurité ainsi que la vie privée des *MPs* et de leurs familles est satisfaisante¹⁸⁹⁶.

1370. La liberté d'expression dans le milieu universitaire fit également l'objet d'une consultation lancée le 21 novembre 2017¹⁸⁹⁷. La Commission demandait notamment aux destinataires de l'enquête si la politique du gouvernement relative à la liberté de parole dans les universités leur semblait cohérente ; si cette politique assurait un bon équilibre entre la sauvegarde d'intérêts et de considérations publiques et les droits de la CEDH et si, selon eux, il y avait bien une érosion de la liberté de parole au sein des établissements universitaires¹⁸⁹⁸.

1371. Le 13 septembre 2018, la Commission lança une enquête demandant si les droits des enfants dont la mère est en prison étaient suffisamment consacrés et protégés¹⁸⁹⁹. Parmi les questions posées à la société civile, on pouvait trouver celle de savoir si les droits et les libertés étaient suffisamment pris en compte dans les procédures et pratiques des condamnations des mères ou encore celle de savoir si les mères d'enfants considérés comme dépendants devaient être protégés par des présomptions différentes et plus fortes en leur faveur¹⁹⁰⁰.

1372. La consultation inaugurée par la Commission mixte le 3 décembre 2018 est une illustration supplémentaire de cette invitation parlementaire à l'expression constitutionnelle citoyenne. L'objectif était de requérir l'opinion des membres de la société civile sur les dangers que représentent « *la collecte, l'utilisation et le stockage* »¹⁹⁰¹ de données à caractère personnel par des entreprises privées.

1373. La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords- qui est un *Select Committee*- organise également des consultations invitant les membres collectifs ou individuels de la société civile à faire valoir leur interprétation de règles constitutionnelles. Bien

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*

¹⁸⁹⁷ « Is Government policy on free speech in universities coherent? », www.parliament.uk, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/news-parliament-2017/freedom-of-speech-uni-launch-17-19/>.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹⁹ « Children whose mothers are in prison inquiry launched », www.parliament.uk, 2018, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/news-parliament-2017/right-to-family-life-launch-17-19/>.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ « Data collection by private companies: a threat to human rights? », www.parliament.uk, 2018, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/news-parliament-2017/right-to-privacy-digital-revolution-launch-17-19/>.

plus, les individus et organismes de la société civile sont sollicités en tant qu’auteurs de la constitution en ce sens que l’objectif de la Commission revient souvent à savoir si les règles constitutionnelles sont efficaces et comment elles peuvent être améliorées. Comme pour la Commission mixte sur les droits de l’Homme, les réponses aux consultations peuvent être écrites et adressées numériquement.

1374. Le 25 juillet 2019, la Commission lança une consultation sur le *Fixed Term Parliament Act* 2011. L’objectif poursuivi était d’étudier le fonctionnement et les implications de la loi de 2011. La consultation avait pour finalité principale d’étudier l’efficacité de cette loi. Plus précisément, la Commission demanda aux futurs participants de déterminer si le *FTPA* 2011 avait réussi à accomplir un transfert de pouvoir de l’exécutif vers le Parlement, quelles étaient les répercussions pratiques de la loi de 2011 et enfin les effets d’une probable abrogation ou modification du *FTPA* 2011. Toutes ces questions exigeaient du citoyen qu’il se pose la question du fonctionnement de l’ordre constitutionnel et, ce faisant, l’invitaient à exercer la justice constitutionnelle. La Commission laissa une liberté à ceux qui le voulaient de donner leur point de vue sur la question ; leur réponse pouvait porter sur tout point se rattachant au sujet, sans obligation de traiter l’ensemble des questions posées. Elle rappela d’ailleurs qu’elle recevait les témoignages de tout individu ou organisme intéressé et reconnu que la diversité des points de vue lui permettait d’effectuer son travail plus efficacement¹⁹⁰².

1375. La consultation organisée en 2018 sur le processus législatif au sein du Parlement de Westminster illustre également comment les consultations permettent aux membres de la société civile de livrer leur interprétation de ce que doit être l’ordre constitutionnel et de la manière dont il fonctionne actuellement¹⁹⁰³. La consultation s’organisait autour de quatre thèmes : la préparation de la législation en amont de son passage au Parlement, la présentation et l’adoption de la législation au Parlement, la délégation de pouvoirs et enfin la période après le *Royal Assent*¹⁹⁰⁴. De manière générale, il s’agissait de demander aux membres de la société civile s’ils considéraient que les règles de la procédure législative fonctionnaient

¹⁹⁰² “The Fixed-Term Parliaments Act 2011 – Call for evidence”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/constitution/FTPA-inquiry/FTPA-call-for-evidence-UPDATED-OCT-19.pdf>.

¹⁹⁰³ « Constitution Committee inquiry : The Legislative Process – Call for evidence on the passage of legislation through Parliament », [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/documents/lords-committees/constitution/Legislative-process-inquiry/call-for-evidence-passage-of-legislation-through-parliament.pdf>.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

bien et atteignaient les objectifs qui sont les siens¹⁹⁰⁵. Il s'agissait de leur demander d'apporter un jugement sur les règles constitutionnelles et leur mise en pratique.

1376. En plus du recueil de témoignages organisé par les *Select Committees*, sont organisés des *digital debates* qui sont aussi des outils permettant l'expression constitutionnelle des citoyens. Il s'agit ici pour le Parlement d'organiser un débat sur les réseaux sociaux avant que celui-ci n'atteigne le Parlement de Westminster. Ces débats se tiennent alors avant ceux de *Westminster hall*¹⁹⁰⁶, de l'*adjournment* et du *Backbench business*. Entre juin 2015 et juillet 2017, 26 *digital debates* furent organisés par le Parlement sur des réseaux sociaux comme Twitter ou Facebook¹⁹⁰⁷.

1377. Certains de ces débats concernaient des sujets à dimension constitutionnelle comme le débat *#WomenInSTEM* portant sur la problématique de la place des femmes dans les sciences, la technologie, l'ingénierie et les mathématiques¹⁹⁰⁸. Ce débat impliquait notamment l'exigence de l'égalité hommes/femmes et la lutte contre la discrimination. Organisé sur Twitter, il a rencontré un vif succès : il a réuni 964 participants et a été rejoint par 2.623.219 comptes¹⁹⁰⁹. Ces espaces d'expression peuvent, comme les pétitions, être soutenus par un nombre important de citoyens et aborder des sujets à dimension constitutionnelle ; ils n'en demeurent pas moins dénués de tout caractère contraignant pour les représentants.

1378. Dans le cadre des enquêtes menées par les Commissions parlementaires, le Parlement peut également organiser des événements durant lesquels les membres du public peuvent rencontrer les membres des commissions parlementaires et partager leurs opinions sur le sujet de l'enquête¹⁹¹⁰. En 2016, 17 événements furent ainsi organisés dans différentes parties du Royaume-Uni. Ces événements peuvent être un canal d'expression constitutionnelle du citoyen comme en témoigne celui organisé par le *Select Committee on Standards* (la Commission parlementaire sur les Normes) sur l'enquête relative au Code de conduite des *MPs*, porteur d'exigences de bonne pratique du pouvoir. Les discussions avaient pour objectif affiché d'alimenter la révision du Code et du Guide, réalisée par le Commissaire parlementaire sur les

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁹⁰⁶ « Westminster Hall Debates », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.parliament.uk/about/how/business/westminster-hall-debates/>.

¹⁹⁰⁷ UBEROI Elise. *Public Engagement in the UK Parliament : overview and statistics*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 24 : “*Select committees undertake inquiries on a variety of subjects and take evidence from a range of stakeholders to inform their work. Members of the public can submit evidence to these inquiries. Parliament works with local partner organisations to encourage a broader range of people to do so, and also to organise events where members of the public can share their views on inquiry topics with select committee members.*”.

Normes. Cet événement montrait néanmoins une faiblesse, celle du nombre très réduit des participants : 14 à Birmingham, 8 à Guildford et 7 à Cardiff.

1379. En plus des opérations de consultation organisées par les commissions parlementaires, d'autres mécanismes permettent de lier le représentant au citoyen au Royaume-Uni.

B) Les mécanismes complémentaires de démocratie participative et délibérative

1380. D'autres mécanismes de démocratie délibérative et participative permettent au citoyen d'exercer la justice constitutionnelle : les « *deliberative polls* » qui demeurent des outils rarement utilisés (1), mais également les différents mécanismes mis en place dans le cadre de la dévolution (2).

1) Les « mini publics » ou deliberative polls : des expériences rares

1381. Les citoyens peuvent intervenir dans l'exercice de la justice constitutionnelle via des *deliberative polls* ou encore des « *mini publics* ». Il s'agit de désigner une partie –souvent infime mais représentative- de la population afin de débattre sur un sujet de politique nationale.

1382. Le caractère représentatif doit permettre de refléter la diversité de la population en termes d'âge, de genre, de catégorie professionnelle, etc¹⁹¹¹.... L'enjeu est de combiner un public numériquement peu important avec une représentativité forte de la société. Pour permettre ce débat, les personnes sélectionnées reçoivent les informations nécessaires et sont réunies pendant un laps de temps prédéterminé.

1383. Dans une telle configuration, le citoyen participe à la détermination de ce qui doit être fait constitutionnellement par le biais de la délibération. Ces « *mini publics* » peuvent être une occasion pour les citoyens sélectionnés de s'exprimer sur l'ordre constitutionnel. Il s'agit d'un moyen relevant de la démocratie délibérative du point de vue de son fonctionnement mais aussi de la démocratie participative du point de vue de ses effets.

¹⁹¹¹ -“Deliberative Polling”, Involve, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://www.involve.org.uk/resources/methods/deliberative-polling>.

1384. Le Royaume-Uni est le berceau des *deliberative polls*. Le premier a été organisé en 1994 à Manchester et cherchait à requérir le point de vue des citoyens sur plusieurs points de droit pénal, notamment sur l'importance et l'utilité du système carcéral¹⁹¹². Ils demeurent cependant des outils très rarement utilisés, et ainsi des outils marginaux d'exercice de la justice constitutionnelle par les citoyens. De plus, ils présentent, comme beaucoup de mécanismes étudiés ici, des inconvénients liés au manque de contrainte et d'obligation sur les représentants. Parallèlement, le fait que les citoyens n'aient pas l'initiative de la constitution et de la réunion de ces « *mini-publics* » pose question, et constitue un signe supplémentaire que la justice constitutionnelle par les citoyens est dépendante des représentants.

1385. L'Assemblée des Citoyens pour le Brexit (*Citizens Assembly on Brexit*) organisée par la *Constitution Unit* de l'UCL fait partie de ces « *mini publics* ». Elle en constituerait même l'expérience la plus aboutie au Royaume-Uni¹⁹¹³. L'idée de sa mise en place remonte à Novembre 2016, quelques mois après le référendum. Une majorité de l'opinion publique était alors déçue du processus précédant la tenue du référendum, caractérisé par un manque d'information et d'implication citoyenne. L'objectif était d'éviter ces défauts dans les autres étapes du processus de sortie du Royaume-Uni de l'UE. L'Assemblée des Citoyens pour le Brexit fut réunie sur un laps de temps très court, deux week-ends en 2017 à Manchester, et portait une sélection de 50 citoyens. Pour la désignation de ces derniers, les membres de la *Constitution Unit* ont cherché à s'assurer de leur représentativité¹⁹¹⁴.

1386. L'Assemblée devait se prononcer à la fois sur un aspect économique et sur un aspect migratoire. Dans le cadre du premier, les citoyens concernés devaient réfléchir aux relations commerciales entre le Royaume-Uni et l'UE après le Brexit et avaient le choix entre 4 approches différentes¹⁹¹⁵. S'il s'agit ici d'aborder une question économique, elle présente

¹⁹¹² « The first Deliberative Polling: Crime in the United Kingdom », *Stanford-Center for Deliberative Democracy*, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://cdd.stanford.edu/1994/the-first-deliberative-polling-crime-in-the-united-kingdom/>.

¹⁹¹³ RENWICK Alan, ALLAN Sarah, JENNING Will, MCKEE Rebecca, RUSSELL Meg, SMITH Graham. *The Report of the Citizens' Assembly on Brexit*, The Constitution Unit, UCL, 2017, 86 p., p. 13: "In regard to the second aim, the Citizens' Assembly on Brexit is, to our knowledge, the most developed experiment in operating a citizens' assembly ever undertaken in the UK. It thus provides valuable information about how this model of democratic discussion and decision-making works in the UK context. In addition, it is almost unique in being a deliberative mini-public focused on a high-profile topic around which opinions are already strongly polarised."

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 6: "We sought to recruit a group of around forty-five Assembly Members who reflected so far as feasible the diversity of the wider population. Specifically, we sought to ensure that the Assembly membership reflected the electorate in terms of age, gender, ethnicity, social class, place of residence, and vote in the 2016 Brexit referendum."

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 51: "The Assembly considered four possible approaches to trade in the future: •Option A: Stay in the Single Market, at least as it relates to goods and services. •Option B: Leave the Single Market, and seek a comprehensive trade deal. This would keep trade with the EU as open as possible by maintaining zero tariffs

indéniablement des implications constitutionnelles sous l'aspect notamment des libertés économiques, comme la liberté d'entreprendre tant pour les citoyens britanniques qu'euro-péens. Cette liberté d'entreprendre était, en effet, reconnue par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui pouvait être utilisée par les juges pour appliquer et interpréter le droit national dans le but de protéger les droits et libertés au Royaume-Uni¹⁹¹⁶.

1387. Le souhait exprimé par une majorité de l'Assemblée était de maintenir la liberté de circulation du travail entre le Royaume-Uni et l'UE¹⁹¹⁷ tout en la soumettant à d'importants contrôles. En s'intéressant à l'aspect migratoire, l'Assemblée s'est penché sur la question de la régulation des mouvements de population entre le Royaume-Uni et l'UE et avait le choix entre 6 options. En effet, le principe du droit de l'UE auquel le Royaume-Uni adhérerait était la liberté de circulation des travailleurs, des étudiants et de toute personne capable de se prendre en charge financièrement. Ici aussi, les citoyens devaient résoudre une problématique à enjeu constitutionnel, celle de la liberté de circulation des personnes-liberté matériellement constitutionnelle au Royaume-Uni par le prisme du droit de l'UE qui s'imposait au droit national par le jeu du *ECA* de 1972. Une majorité de l'Assemblée s'orientait vers l'augmentation des restrictions sur les immigrés n'ayant pas la capacité financière de se prendre en charge et d'une meilleure formation des citoyens britanniques afin de réduire le besoin de recourir à l'immigration.

1388. Après s'être prononcée sur les différentes options proposées tant sur l'aspect économique que migratoire, l'Assemblée devait faire son choix entre 6 versions différentes du Brexit. Chaque version proposait ainsi une déclinaison différente des relations commerciales entre le Royaume et l'UE d'une part, et de la liberté de circulation notamment des citoyens de l'UE d'autre part. La volonté affichée de l'Assemblée était que le processus du Brexit ne mette

and minimising non-tariff barriers through harmonisation or mutual recognition. •Option C: Leave the Single Market and seek a limited trade deal that would maintain zero tariffs but not address non-tariff barriers. •Option D: Do no trade deal with the EU."

¹⁹¹⁶ ELLIOTT Mark, TIERNEY Stephen, YOUNG Alison L. "Human Rights Post-Brexit : The Need for legislation?", *Public Law for Everyone*, 8th February 2018, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://publiclawforeveryone.com/2018/02/08/human-rights-post-brexit-the-need-for-legislation/> : "In EU law, a stronger remedy is available. Both the Charter and general principles of EU law can – but need not always – be used to disapply legislation. This means that the legislative provision which harms human rights does not have legal effect. The rights of the individual before the court can be protected as the legislation harming those rights is not applied to them".

¹⁹¹⁷ RENWICK Alan, ALLAN Sarah, JENNING Will, MCKEE Rebecca, RUSSELL Meg, SMITH Graham. *The Report of the Citizens' Assembly on Brexit*, op. cit., p. 8: "On migration, most Members wanted the UK to maintain free movement of labour with the EU, but to make greater use of controls that are available within the Single Market."

pas à mal les services publics, les emplois, les droits des travailleurs ainsi que l'économie¹⁹¹⁸. Elle insistait aussi sur la nécessité de tenir compte de l'impact du Brexit sur toutes les parties du Royaume-Uni¹⁹¹⁹. Une majorité des membres de l'Assemblée se prononçait pour une version du Brexit qui alliait les avantages du marché commun (donc une certaine acception de la liberté d'entreprendre) et la volonté de contrôler plus strictement les mouvements migratoires (donc une certaine acception de la liberté de circulation des personnes).

1389. Les modalités de désignation et de fonctionnement de cette Assemblée ont néanmoins été des révélateurs supplémentaires de la faiblesse de l'intervention citoyenne dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Elle réunissait d'abord peu de citoyens et sur un laps de temps très bref, ce qui contribuait certainement à diminuer la qualité de la réflexion menée tant dans sa dimension délibérative que sur celle des idées. Ensuite, l'Assemblée n'émettait que des recommandations et n'avait ainsi aucun pouvoir de décision.

1390. Enfin, le mécanisme du *deliberative poll* reste très peu utilisé et constitue pour le moment un outil marginal d'expression constitutionnelle des citoyens. Des mécanismes délibératifs et participatifs de gouvernance ont également été mis en œuvre dans le cadre de la dévolution et figurent ainsi parmi les outils permettant l'expression constitutionnelle du peuple.

2) *La mise en place de modes délibératifs et participatifs de gouvernance dans le cadre de la dévolution*

1391. La dévolution permet l'expérimentation de modèles plus délibératifs et participatifs de gouvernance. Cela se fait par le biais des pétitions étudiées précédemment, mais pas uniquement. Frédérique Roux constate que malgré le rôle moindre joué par la société civile, la dévolution, a néanmoins permis d'accorder à la dite société « *obligatoirement la parole* »¹⁹²⁰ et de l'intégrer « *à la sphère publique et politique* »¹⁹²¹. Cette distribution du pouvoir entre les représentants et les citoyens repose, comme le rappelle Frédérique Roux, sur le principe de subsidiarité¹⁹²². C'est un principe selon lequel « *plus l'échelon de décision et de gestion est lointain autrement dit éloigné géographiquement, plus l'action et donc le résultat ont toutes les*

¹⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., pp. 299-300.

¹⁹²¹ *Ibid.*

¹⁹²² *Ibid.*

chances d'être inadaptés, mal appliqués et de donner lieu à des fraudes. »¹⁹²³. Les modèles de gouvernance conçus dans le cadre de la dévolution, se caractérisent en général par une proximité instaurée entre les représentants et la société civile, qui se réalise par une multitude d'instruments comme « *la participation du public aux réunions* »¹⁹²⁴, la « *publication des rapports de procédure et des comités sur internet* »¹⁹²⁵. Cela s'opère aussi grâce au fait que « *les institutions dévolues ont aménagé et formalisé la consultation des groupes de pression ou organisations de la société civile dans leur structure interne, législative.* »¹⁹²⁶.

1392. C'est ainsi qu'existait en Écosse un « *forum civique* » officiellement lancé le 20 mars 1999 ; il rassemblait en 2003 plus de 400 organisations¹⁹²⁷. Ce forum permettait à différentes associations, organisations non internationales ou syndicats, de participer à la confection de la loi locale et à l'effectivité de certains droits particulièrement importants dans leur sphère d'action réciproque. Frédérique Roux souligne ainsi que l'objectif est de rendre le Parlement « *plus proche du peuple écossais en permettant aux organisations civiles de participer au processus politique et à l'examen de la législation au côté des parlementaires.* »¹⁹²⁸. Cette initiative importante fut néanmoins abandonnée en 2005 pour des raisons financières. Cet abandon marque un recul pour la participation du peuple à l'exercice de la justice constitutionnelle. Si les citoyens se voient accorder de nouveaux outils de participation à l'exercice de la justice constitutionnelle, ces derniers demeurent là aussi fragiles et confirment la difficulté de la réalisation de l'intervention citoyenne dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

1393. Le système mis en place par le Pays de Galles comprend également cette nécessaire prise en compte de la société civile par ses représentants. La section 74 du *Government of Wales Act 2006* ordonne aux ministres gallois d'élaborer « *un programme ("le programme du secteur bénévole") exposant comment ils se proposent, dans l'exercice de leurs fonctions, de promouvoir les intérêts des organisations bénévoles concernées.* »¹⁹²⁹. Un rapport de 1997 - *Building the Future Together – Labour's policies for Partnership between the Government and the Voluntary Sector*- publié par le gouvernement de Tony Blair va, selon

¹⁹²³ *Ibid.*, p. 305.

¹⁹²⁴ *Ibid.*, p. 308.

¹⁹²⁵ *Ibid.*

¹⁹²⁶ *Ibid.*

¹⁹²⁷ *Ibid.*, p. 309.

¹⁹²⁸ *Ibid.*

¹⁹²⁹ *Government of Wales Act 2006*, section 74(1): "The Welsh Ministers must make a scheme ("the voluntary sector scheme") setting out how they propose, in the exercise of their functions, to promote the interests of relevant voluntary organisations."

Frédérique Roux, « *servir de base pour gouverner les rapports du secteur associatif et des institutions dévolues* »¹⁹³⁰.

1394. En Irlande du Nord, la connexion entre représentants et société civile existait grâce au *Civic Forum for Northern Ireland*. Il avait pour but de donner une participation à la société civile dans l'élaboration de la politique nord-irlandaise après l'accord de Belfast. Il ne fonctionna que deux années, entre 2000 et 2002, miné par des problèmes pratiques¹⁹³¹. La prise en compte de la société civile se fait aussi par le biais notamment de l'organisme *Assembly Community Connect* qui peut organiser des événements permettant la rencontre et l'échange entre les individus et les membres de l'Assemblée¹⁹³². C'est l'objet des événements *Get involved* qui permettent aux individus de s'adresser à un membre de l'Assemblée sur une question déterminée. Une question à implications constitutionnelles peut, ainsi, être posée¹⁹³³. Ici encore le représentant conserve une grande liberté dans la prise en compte des revendications possibles formulées. Enfin, des consultations parlementaires sont aussi organisées et permettent à toute organisation ou personne ayant un intérêt dans une politique en cours de discussion de l'assemblée d'émettre son opinion¹⁹³⁴. Cela peut être une occasion d'exercice de la justice constitutionnelle.

1395. Le point de vue constitutionnel des citoyens peut également être exprimé indirectement, mais en dehors des institutions étatiques, à travers des associations ou encore des organisations non gouvernementales à but non lucratif issues de la société civile. Cela est particulièrement important dans la mesure où les lois sur la dévolution galloise et écossaise de 1998 renforcent le rôle de la société civile dans la prise de décision politique. Comme l'observe Frédérique Roux, avant le processus de dévolution, la société civile cherchait à exercer son influence sur les décisions prises par les autorités étatiques centrales comme les secrétaires d'état et leurs bureaux, mais sa participation n'était nullement obligatoire et son issue incertaine. Désormais les lois précitées relatives aux dévolutions écossaise et galloise « *obligent*

¹⁹³⁰ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit, pp. 310-311.

¹⁹³¹ NOLAN Paul, WILSON Robin. "Dialogue engagement: lessons from the Northern Ireland Civic Forum", *The Joseph Rowntree Charitable Trust*, December 2015, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], https://cain.ulster.ac.uk/othelem/organ/jrct/Nolan_Wilson_2015_JRCT.pdf: "The Forum was thus ill-starred in practice. It lacked a clear remit, its composition was fragmented, and it had a limited budget and secretariat."

¹⁹³² « About Assembly Community Connect », *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <http://www.niassembly.gov.uk/visit-and-learning/connecting-with-community/assembly-community-connect/>.

¹⁹³³ "Sign Up to Assembly Connects", *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 29/05/2021], <http://www.niassembly.gov.uk/visit-and-learning/get-involved/assembly-connects-sign-up/>.

¹⁹³⁴ « Calls for Evidence-getting your views », *Northern Ireland Assembly*, <http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/committees/calls-for-evidence/>.

les gouvernements régionaux à prendre en compte formellement dans la procédure 'l'opinion' des groupes sociaux' ». Ces derniers, au rôle renforcé, peuvent alors être des vecteurs d'idées constitutionnelles, par exemple sur les droits dont devraient bénéficier tel ou tel membre de la collectivité¹⁹³⁵. Néanmoins, si les associations et les groupes sociaux font parler le peuple, il ne s'agit là que du peuple dans une certaine acception, en tant qu'agrégation de groupes et/ou communautés diverses.

¹⁹³⁵ ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, op. cit., p. 312.

Conclusion du chapitre II

1396. Le citoyen qui intervient en dehors du vote démocratique apparaît également désavantagé par rapport aux représentants et aux juges qui sont les acteurs prédominants de la justice constitutionnelle britannique.

1397. Le « peuple composite » dispose de plusieurs mécanismes pour intervenir dans la justice constitutionnelle ; certains fonctionnent en dehors de l'enceinte parlementaire et d'autres mettent directement le citoyen en contact avec les parlementaires et le gouvernement. Tous semblent néanmoins souffrir du même défaut : celui du manque d'emprise des citoyens, de la trop grande marge de manœuvre des représentants et des juges dans la prise de décision constitutionnelle.

1398. Les libertés d'expression, de manifestation, d'association ainsi que le droit de saisir la justice sont des mécanismes consacrés par le droit permettant au citoyen d'agir en dehors de la logique électorale pour porter une revendication constitutionnelle. L'importance de telles consécration est néanmoins considérablement nuancée par le constat suivant : ce sont les représentants et les juges qui encadrent l'exercice de ces libertés et ce faisant qui agissent comme des contraintes sur l'intervention citoyenne dans la justice constitutionnelle.

1399. Les différents mécanismes de pétitions étudiés ainsi que les mécanismes de consultation révèlent là aussi une logique de fonctionnement démocratique dans lequel le représentant, l'expert de la politique représentative, a une position privilégiée dans la prise de décision constitutionnelle.

CONCLUSION DU TITRE I

1400. Les citoyens, qu'ils interviennent par le biais du vote démocratique ou par le biais de libertés et mécanismes appelés à jouer en dehors du cadre électoral, sont des acteurs dont l'importance croissante ne saurait faire oublier l'extrême faiblesse. Cette dernière est directement issue du fonctionnement de la démocratie représentative, fondé sur une grande importance et liberté des représentants dans la prise de décision.

1401. La présence de mécanismes de démocratie participative et délibérative comme le référendum, la pétition ou les consultations n'enlève rien au fait que les représentants conservent la maîtrise de la prise de décision constitutionnelle. Au niveau du référendum, le Parlement et le gouvernement demeurent seuls compétents pour décider ou non de la tenue du référendum et disposent d'une marge de manœuvre considérable pour mettre en œuvre le résultat. Si la pétition laisse au citoyen un rôle déterminant au stade de l'initiative c'est plus au stade des répercussions que la liberté du représentant est criante, celui-ci n'étant aucunement contraint. La même liberté apparaît dans le cadre des consultations.

1402. La faiblesse du citoyen révèle simultanément l'importance écrasante du représentant qui, dans la Constitution britannique, est l'acteur numéro un de la justice constitutionnelle. Les représentants sont des acteurs puissants de la justice constitutionnelle, en ce qu'ils bénéficient d'un immense pouvoir de décision constitutionnelle. Ce dernier s'explique par la considérable responsabilité constitutionnelle qui leur incombe.

TITRE II : LA PUISSANCE INÉGALE DES REPRÉSENTANTS DANS LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

1403. Si le peuple joue un rôle dans la justice constitutionnelle, le représentant c'est-à-dire le parlementaire, membre du gouvernement ou plus généralement de l'administration exerce également une partie de la justice constitutionnelle¹⁹³⁶. Il dispose pour ce faire de tout un éventail de mécanismes qui leur permettent d'être, aux côtés, des juridictions ceux qui dominant la justice constitutionnelle britannique.

1404. Défendre l'utilité des représentants dans la justice constitutionnelle peut, de prime abord paraître contre-intuitif. En effet, ces acteurs sont traditionnellement vus comme étant ceux à même d'instaurer, selon l'expression d'Alexis de Tocqueville¹⁹³⁷, une tyrannie de la majorité, c'est-à-dire un régime de violation des droits des minorités sous prétexte de majorité parlementaire. Si cette crainte n'est pas totalement infondée, il faut néanmoins la nuancer et rappeler, comme le faisait Jeremy Waldron¹⁹³⁸, que la tyrannie ici dénoncée peut aussi être le

¹⁹³⁶ Dans cette thèse, le terme de « représentants » ne renvoie pas qu'aux ministres et parlementaires mais désigne également les membres de l'administration qui exercent des missions de justice constitutionnelle dont font partie les *NDPB* ou encore les *Ombudsmen*.

¹⁹³⁷ DE TOCQUEVILLE Alexis. *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, pp. 368-369 : « Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité a le droit de tout faire, (...). Qu'est-ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité ? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance peut en abuser contre ses adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité ? ».

¹⁹³⁸ WALDRON Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review", *op. cit.*, p. 1396: "Democratic institutions will sometimes reach and enforce incorrect decisions about rights. This means they will sometimes act tyrannically. But the same is true of any decision process. Courts will sometimes act tyrannically as well. Tyranny, on the definition we are using, is more or less inevitable. It is just a matter of how much tyranny there is likely to be, which was the subject of our discussion in Part IV. Is the tyranny of a political decision aggravated by the fact that it is imposed by a majority? I leave aside the pedantic point that a court may also reach its decision by

fait des juges qui, dans leurs décisions, peuvent être extrêmement conservateurs. Ainsi, non seulement la menace tyrannique peut être le fait des juridictions mais en plus l'oppression de ces dernières peut s'avérer encore plus contestable car non soumise à des procédures démocratiques. Cela étant dit, la tyrannie de la majorité demeure une menace réelle, en témoignent les législations anti-terrorisme qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001 et qui ont été particulièrement dénoncées pour leur caractère liberticide. Si cette menace est réelle elle ne doit néanmoins pas justifier d'exclure les parlementaires des acteurs de la justice constitutionnelle et de la protection des droits. Le risque de la tyrannie de la majorité doit être concilié avec la nécessité de l'expression constitutionnelle des représentants. Cette dernière doit donc être encadrée par le droit et les autres acteurs de la justice constitutionnelle (citoyens, juges) afin que les droits de ces derniers soient au mieux préservés.

1405. L'importance des représentants dans la justice constitutionnelle britannique s'explique principalement par le principe de suprématie du Parlement et par le caractère souple de la Constitution britannique qui en découle. Le Parlement et le gouvernement disposent de la possibilité de réformer, à la marge ou en profondeur, l'ordre constitutionnel britannique ; même s'ils demeurent liés par leur responsabilité constitutionnelle devant l'électorat et les citoyens. En effet, la raison d'être du principe de la suprématie du Parlement réside dans la confiance accordée à ce dernier pour se faire l'expression du libéralisme politique et de la démocratie. Cette importante confiance est au cœur de la doctrine du constitutionnalisme politique qui, aux côtés de celle du constitutionnalisme de *common law*, sont des lectures encore dominantes de la Constitution britannique. Fait partie du constitutionnalisme politique, la préoccupation de faire du Parlement et du gouvernement des lieux de débats et de protection des droits et libertés¹⁹³⁹.

1406. L'importance des représentants dans la justice constitutionnelle s'illustre par plusieurs outils et mécanismes : le débat parlementaire (Chapitre I), les commissions et organismes créés spécifiquement pour assurer des missions de justice constitutionnelle dont certains interviennent dans le débat parlementaire (Chapitre II) et enfin le *soft law* dont font partie les fameuses conventions de la Constitution (Chapitre III). Si certaines de ces

majority voting. Is tyranny by a popular majority (e.g., a majority of elected representatives, each supported by a majority of his constituents) a particularly egregious form of tyranny? I do not see how it could be. Either we say that tyranny is tyranny irrespective of how (and among whom) the tyrannical decision is made, or we say—and this is my view—that the majoritarian aspect actually mitigates the tyranny, because it indicates that there was at least one non-tyrannical thing about the decision: It was not made in a way that tyrannically excluded certain people from participation as equals."

¹⁹³⁹ HIEBERT Janet L. "Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review", *British Journal of Political Science*, 2005, vol. 35, n° 2, pp. 235-255.

commissions interviennent dans le débat parlementaire, il a semblé opportun de les étudier dans un autre chapitre, dédié aux organismes scécifiquement créés pour la protection des règles constitutionnelles.

Chapitre I : La puissance des représentants dans la justice constitutionnelle par le débat parlementaire

1407. La Chambre des Communes, selon Walter Bagehot, a cinq fonctions principales : une fonction « *électorale* », « *d'expression* », d'« *éducation* », d'« *information* » et enfin de « *législation* »¹⁹⁴⁰. Le débat parlementaire est celui qui permet la confection de la loi et la rencontre entre les parlementaires et le gouvernement. Dans ce débat, le parlementaire peut intervenir de deux manières : en groupe ou de manière individuelle, isolée. L'exercice de la justice constitutionnelle suit ces déclinaisons d'expression.

1408. Le débat parlementaire organise la confrontation directe et physique entre deux grands types d'acteurs : ceux qui appartiennent à la majorité gouvernementale (quand il y en a une) et ceux qui sont dans l'opposition (dont le *Shadow Cabinet* assure la direction). Dans tous les cas les parlementaires sont soit *frontbenchers* soit *backbenchers*¹⁹⁴¹. Sont *frontbenchers* les parlementaires qui siègent en tant que ministres au sein du gouvernement ou dans l'opposition (*Shadow Cabinet*) ; les *backbenchers*, quant à eux, sont les parlementaires qui n'exercent aucune fonction ministérielle.

1409. Le débat parlementaire se construit au fil des différentes étapes de la procédure législative au sein du Parlement de Westminster : l'introduction du texte et la première

¹⁹⁴⁰ BAGEHOT Walter. *The English Constitution*, op. cit., pp. 117-118: “The main function of the House of Commons is one which we know quite well, though our common constitutional speech does not recognize it. The House of Commons is an electoral chamber; it is the assembly which chooses our president.”; p. 119 : “The second function of the House of Commons is what I may call an expressive function.”; p. 11 : “The third function of Parliament, is what I may call -preserving a sort of technicality even in familiar matters for the sake of distinctness-the teaching function.”; p. 119 : “Fourthly the House of Commons has what may be called an informing function -a function which though its present form quite modern is singularly analogous to a mediaeval function.”; p. 120 : “Lastly, there is the function of legislation, of which of course it would be preposterous to deny the great importance, and which I only deny to be as important as the executive management of the whole state, or the political education given by Parliament to the whole nation.”. Voir aussi. LE DIVELLEC Armel. Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle, *Jus Politicum* – n°7, le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques? 2012, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <http://juspoliticum.com/numero/le-conseil-constitutionnel-gardien-des-libertes-publiques-41.html>.

¹⁹⁴¹ “The party system”, *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 29/05/2021], <https://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/members/partysystem/>.

lecture¹⁹⁴², la seconde lecture¹⁹⁴³, l'examen en commission¹⁹⁴⁴, l'étape du rapport¹⁹⁴⁵, la troisième lecture¹⁹⁴⁶, l'envoi et la circulation du texte entre les deux Chambres et la proposition d'amendements qui l'accompagne¹⁹⁴⁷.

1410. Le débat parlementaire permet également de contrôler l'action du gouvernement, dans le cadre de la logique portée par le régime parlementaire. La discussion parlementaire est

¹⁹⁴² RUSSELL Meg, GOVER Daniel. *Legislation at Westminster – Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 324 p., p. 28. La première lecture correspond à une simple lecture du titre du projet de loi et ne donne lieu à aucun débat. C'est à l'occasion de la seconde lecture que la première opportunité de débattre du projet de loi arrive.

¹⁹⁴³ *Ibid.*, p. 29 : Dans les deux Chambres, la deuxième lecture consiste en une discussion des principes généraux du texte. Il s'agit d'une étape de discussion à laquelle aucun amendement ne peut encore être présenté. L'intervention du membre du gouvernement -qui ouvre le débat- est suivie par celle du *Spokeperson* du *Shadow Cabinet*. D'autres intervenants peuvent ensuite prendre la parole qu'ils appartiennent aux grands partis (*party backbenches*) ou pas ou qu'ils soient (dans le cas de la Chambre des Lords) des membres non affiliés à un parti. L'étape de la seconde lecture est souvent le moment où « *les principaux groupes politiques ont l'occasion d'exposer leurs opinions politiques* » et leurs préoccupations à l'égard du texte. À la fin du débat de cette deuxième lecture, une motion doit impérativement être adoptée afin que le texte puisse passer par l'étape suivante de la procédure, l'examen par une commission. La motion stipule que « *le projet de loi soit maintenant lu une deuxième fois* ». Si aucune objection n'est soulevée alors elle est considérée comme acceptée et le texte être transmis à la Commission. Si la motion rencontre des objections insurmontables, alors la mort du texte est signée.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 33: L'examen par la Commission est l'étape où le texte peut être discuté en détail et où des amendements peuvent être proposés et adoptés. Cette étape de la procédure se déroule au moins une semaine après la seconde lecture dans la Chambre des Communes et au moins deux semaines après la deuxième lecture au sein de la Chambre des Lords.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 35-36: L'examen par Commission est suivi par l'étape de l'élaboration d'un rapport. Cette dernière prend moins de temps que l'examen en commission et se déroule *on the floor* de la chambre en question. Cette phase prend l'allure d'un débat dirigé par un ministre et constitue une chance supplémentaire pour discuter du projet de loi en détails. L'étape du rapport peut même permettre le dépôt d'autres amendements. L'objectif lors de l'élaboration du rapport est donc d'étudier la version du projet de loi après examen en commission et d'y proposer des ajustements ou des changements. La rédaction du rapport peut même permettre de faire de nouvelles propositions ou de prendre des décisions sur des propositions qui avaient été proposées mais pas retenues au stade de l'examen en commission. Dans la chambre des Communes, la phase du rapport représente la dernière opportunité pour présenter des amendements ; alors que dans la Chambre des Lords des amendements peuvent être également présentés au moment de la troisième lecture.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 36-37 : L'élaboration du rapport est ainsi suivie par la troisième lecture. Dans la Chambre des Communes, cette troisième lecture sera assez courte dans la mesure où le dépôt et le vote d'amendements n'y est plus possible. Au sein des Communes, la troisième lecture permet par contre aux membres de commenter le projet de loi dans son ensemble et au ministre concerné de faire ses déclarations finales ainsi qu'au *frontbencher* d'un des principaux partis d'opposition. Dans la Chambre des Lords au contraire, comme l'affirme le *Companion to the Standing Orders* –qui est un document codifiant les règles de fonctionnement et de procédure législative au sein de la Chambre des Lords- la troisième lecture est la dernière chance pour pouvoir déposer et voter des amendements. Néanmoins l'article 8.143 de ce même document nuance cette possibilité d'amendements lors de la troisième lecture en rappelant que « *la pratique de la Chambre est normalement de résoudre les principaux points de divergence avant la fin de l'étape du rapport, et de recourir à la troisième lecture pour mettre de l'ordre dans le projet de loi* ». Le document précise qu'au stade de la troisième lecture les objectifs des amendements sont les suivants : clarifier les incertitudes qui demeurent dans le projet de loi, améliorer sa rédaction ou encore permettre au gouvernement de remplir les engagements pris aux stades précédents du projet de loi.

¹⁹⁴⁷ Après avoir passé les étapes de la première et deuxième lecture, de l'examen en commission, de l'élaboration du rapport et de la troisième lecture dans une chambre ; le projet est envoyé dans la seconde où il passera par les mêmes phases. C'est après le passage du projet dans la deuxième chambre, que l'étape de l'échange du projet entre les deux Chambres commencera. Cette étape d'échange ne sera déclenchée que si la deuxième chambre à avoir passé et voté le projet y a également proposé des amendements. Dans ce cas, le projet est renvoyé à la première chambre concernée. Par exemple, si le projet est d'abord passé par la Chambre des Communes puis par la Chambre des Lords qui y a voté des amendements alors il est renvoyé à la Chambre des Communes.

ainsi un moment démocratique fondamental pour un régime politique parlementaire et démocratique.

1411. L'importance du débat parlementaire dans l'exercice de la justice constitutionnelle manifeste la grande confiance dont jouit le Parlement dans la protection des droits, qui correspond au principe de suprématie du Parlement. L'importance du débat parlementaire est donc une illustration de cette suprématie.

1412. Le débat parlementaire constitue, de plus, un lieu fondamental de discussion et de concrétisation des règles constitutionnelles dans un régime démocratique. Cela se conçoit notamment, au regard de la théorie de Jeremy Waldron. L'auteur prétend, qu'il existe un désaccord raisonnable au sein de la société sur des questions essentielles dont font parties les questions constitutionnelles, et que les institutions démocratiques sont les outils adéquats et même prioritaires pour aborder et dépasser ce désaccord¹⁹⁴⁸. Les « *législatures intègrent les désaccords dans leurs procédures, et ils prennent leurs décisions au milieu de celles-ci* »¹⁹⁴⁹.

1413. L'importance du débat parlementaire pour la protection de la constitution et notamment des droits et libertés se comprend également au regard des arguments avancés par des constitutionnalistes politiques. Richard Bellamy, par exemple, considère que le débat propre aux démocraties parlementaires permet par l'application du principe « *une personne, une voix* » d'entendre tous les points de vue tout en prenant les décisions à la majorité (principe de majorité)¹⁹⁵⁰. L'auteur considère que de telles modalités sont les plus à même de lutter contre la tyrannie et d'œuvrer pour *le rule of law*.

1414. L'importance du Parlement et du débat parlementaire dans l'exercice de la justice constitutionnelle s'explique d'abord par l'importance de la fonction législative de

¹⁹⁴⁸WALDRON Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 332 p., p. 16: "Legislation is the product of a complex deliberative process that takes disagreement seriously and that claims its authority without attempting to conceal the contention and division that surrounds its enactments."; Voir aussi WEBBER Jeremy. "Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism", In *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*, edited by Richard Bauman, Tsvi Kahana, New York, Cambridge University Press, 2006, 596 p., pp. 411-430, p. 429.

¹⁹⁴⁹WALDRON Jeremy. *Law and Disagreement*, *op. cit.*, p. 16: "Legislation is the product of a complex deliberative process that takes disagreement seriously and that claims its authority without attempting to conceal the contention and division that surrounds its enactments."; p. 24: "so: legislatures incorporate disagreements into their proceedings, and they make their decisions in the midst of it."

¹⁹⁵⁰BELLAMY Richard. *Political Constitutionalism: A Republican Defence Of The Constitutionality Of Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2007, 282 p., preface p viii: "Party competition and majority rule on the basis of one person one vote uphold political equality and institutionalise mechanisms of political balance and accountability that provide incentives for politicians to attend to the judgements and interests of those they govern and to recruit a wide range of minorities into any ruling coalition. From the republican perspective adopted here, the procedures and mechanisms of established democracies offer adequate, if not perfect and certainly improvable, safeguards against domination and arbitrary rule."

Westminster dans cette justice (Section I) mais aussi par celle de sa fonction de contrôle (Section II). Dans le cadre de ces deux fonctions, en effet, est présente l'idée de responsabilité constitutionnelle des parlementaires et/ou des membres du gouvernement.

Section I : Le débat parlementaire dans sa fonction législative

1415. Le débat parlementaire permet au membre du Parlement d'exercer la justice constitutionnelle dans deux cas de figure : quand il porte sur la concrétisation d'un droit, sur l'implication d'une politique souhaitée pour un droit, mais aussi quand il a pour objet de réformer l'ordre constitutionnel ou des pans de ce dernier. Dans ce dernier cas, le débat parlementaire est un outil d'exercice du pouvoir constituant. Il est bon de noter la spécificité, à cet égard, des débats parlementaires au Parlement de Westminster ; seuls eux ont la capacité de modifier en profondeur l'ordre constitutionnel britannique. Dans les deux cas, la participation des parlementaires à la justice constitutionnelle s'opère à la fois dans les discussions et échanges qui nourrissent la procédure législative et dans la prise de décision législative finale, dont les modalités sont celles du principe de majorité.

1416. Le débat parlementaire constitue un outil majeur de responsabilité constitutionnelle dans la mesure où elle sert, nous l'avons dit, à concrétiser les règles constitutionnelles et particulièrement les droits et libertés. Or cette concrétisation est essentielle et peut être comprise comme une expression de la responsabilité constitutionnelle des représentants. En effet, comme le rappelle Denis Baranger, la notion de responsabilité suppose celle de pouvoir¹⁹⁵¹. Ainsi, le devoir d'agir dans le cadre et dans le sens de la préservation de la Constitution qui incombe aux gouvernants, et au nom duquel ils doivent rendre des comptes, implique notamment pour eux de légiférer pour rendre les droits applicables. Comme le rappelle Vanessa Barbé, cette intervention des représentants est « *la première étape de la concrétisation, avant la concrétisation (...) par le juge, et sans le Parlement, de nombreux droits seraient inapplicables.* »¹⁹⁵². Bien plus, c'est notamment sur la base de cette concrétisation opérée

¹⁹⁵¹ BARANGER Denis. *Parlementarisme des origines – Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 1ère édition, 408 p., p. 25 : « Être responsable signifie devoir 'rendre des comptes' (...). Mais ce terme recouvre aussi la détention même du pouvoir dont il s'agit ensuite d'être le comptable. Être responsable de quelque chose signifie alors que l'on concentre le pouvoir de mener cette chose à bien ».

¹⁹⁵² BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 27.

pendant son mandat, qu'un gouvernement devra rendre des comptes au moment des prochaines élections.

1417. Si le débat parlementaire constitue un outil majeur de protection des règles constitutionnelles (I), il révèle une inégalité de force et d'influence entre les parlementaires, selon qu'ils appartiennent ou non à la majorité. Le parlementaire de la majorité et les membres du gouvernement apparaissent ici comme des acteurs privilégiés de la justice constitutionnelle (II).

I) Le débat parlementaire, outil majeur de protection des règles constitutionnelles

1418. Le débat parlementaire est un outil de poids pour les représentants, qui leur offre une forte emprise sur l'ordre constitutionnel. Cela s'explique d'abord par le privilège de droit de parole et de vote dont bénéficient les parlementaires (A). Les discussions qui se déroulent au sein du Parlement sont ainsi susceptibles de constituer un jugement constitutionnel qui revêt des formes spécifiques (B). Les échanges d'arguments entre parlementaires, dans la perspective de l'adoption des lois, sont ainsi de véritables moments de débats sur les implications constitutionnelles des politiques souhaitées (C).

A) La force du débat parlementaire et le privilège individuel de droit de parole et de vote

1419. Ce privilège individuel prend sa source dans l'article IX du *Bill of Rights* 1689. De manière individuelle et isolée : « *chaque parlementaire dispose de deux droits irréductibles : celui de prendre la parole et celui de prendre part au vote* »¹⁹⁵³. Comme pour les citoyens, la liberté de parole et d'expression représente pour les parlementaires une condition nécessaire à leur participation à la justice constitutionnelle. Cette liberté permet au citoyen comme au parlementaire de pouvoir prendre position sur la politique menée sans crainte de représailles mais aussi d'actionner la responsabilité (constitutionnelle, politique) de l'exécutif devant les parlementaires¹⁹⁵⁴. Elle leur permet la libre critique des décisionnaires,

¹⁹⁵³ *Ibid.*

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

fondement d'un jugement constitutionnel plus autonome et éclairé. L'article IX du *Bill of Rights*, précise Hilaire Barnett, met nettement en avant que cette liberté d'expression au Parlement ne peut être entravée par une action juridictionnelle ou fondée sur le droit de la diffamation¹⁹⁵⁵. L'auteur poursuit en précisant qu'ainsi les débats et les questions posées dans la Chambre ou dans le cadre des *Select Committees* sont distinctement protégés¹⁹⁵⁶.

1420. Comme l'affirmait la Commission mixte sur le Privilège Parlementaire dans son premier rapport rendu en 1999, « *la liberté de parole est déterminante pour le rôle du Parlement.* »¹⁹⁵⁷. Ses « *membres doivent être en mesure de parler et de critiquer sans craindre de sanction* »¹⁹⁵⁸. Cette liberté permet, comme l'affirme Nicolas Bamforth, de faire du Parlement « *un espace essentiel pour le débat politique* »¹⁹⁵⁹ et, par conséquent, pour le débat constitutionnel. Vanessa Barbé affirme que ce droit de prendre la parole est « *la condition indispensable de la protection des droits fondamentaux par le Parlement* »¹⁹⁶⁰.

1421. L'importance de l'article IX et des libertés de parole et d'expression des parlementaires a également été soulignée par la jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *Stockdale v Hansard* de 1839 Lord Denman liait la notion de privilège parlementaire au rôle de « *grand enquêteur de la nation* » du Parlement¹⁹⁶¹. En 1884, Lord Coleridge CJ rappelait l'idée phare de l'article IX en affirmant que « *ce qui est fait ou dit à l'intérieur des murs du Parlement ne peut pas faire l'objet d'une enquête devant un tribunal* »¹⁹⁶². Dans l'affaire *Pepper v. Hart* en 1992, Lord Brown-Wilkinson insistait sur le fait que l'article IX permet aux membres du Parlement de « *discuter de ce qu'ils veulent (liberté de débat)* » et de « *dire ce qu'ils veulent* »

¹⁹⁵⁵ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 371.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁹⁵⁷ House of Lords House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege*, session 1998-1999, 1st report, [en ligne], [consultée le 29/05/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4305.htm>, par. 12: “*Freedom of speech is central to Parliament's role.*”

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*: “*Members must be able to speak and criticise without fear of penalty.*”

¹⁹⁵⁹ BAMFORTH Nicholas. “Accountability of and to the Legislature” In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 259-288, p. 273: “*In a democracy, Parliament or such comparable bodies are the essential fora for political debate.*”

¹⁹⁶⁰ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 199 : “*Le droit de prendre la parole est la condition indispensable de la protection des droits fondamentaux par le Parlement. En effet, des assemblées muselées ne participent pas à l'adoption des lois ni ne contrôlent le gouvernement et ne sont pas garantes des libertés.* ».

¹⁹⁶¹ *Stockdale v. Hansard* [1839] 9 Ad & Ell 96; 112 ER 1112, Lord Denman: “*The Commons are the grand inquest of the nation.*”

¹⁹⁶² *Bradlaugh v. Gossett* [1884] EWHC 1 (QB): “*Alongside, however, of these propositions, for the soundness of which I should be prepared most earnestly to contend, there is another proposition equally true, equally well established, which seems to me decisive of the case before us. What is said or done within the walls of Parliament cannot be inquired into in a court of law.*”

(liberté de parole) »¹⁹⁶³. Dans l'affaire *Buchanan* de 2004 devant le *Privy Council*, Lord Bingham affirma que « *dans...les démocraties libérales, une très haute valeur est conférée à la liberté de parole et d'expression comme condition nécessaire au bon gouvernement.* »¹⁹⁶⁴. Dans la jurisprudence *Chaytor* rendue par la Cour suprême en 2010 Lord Phillips PSC rappelait que le sujet abordé par l'article IX est « *la liberté de parole et de débat dans les Chambres du Parlement et au sein des commissions parlementaires* »¹⁹⁶⁵.

1422. Cette liberté de parole parlementaire consacrée ne signifie pas pour autant qu'elle est illimitée. Comme tout exercice de la justice constitutionnelle, celui des parlementaires au titre de leur droit de parole fait, néanmoins, légitimement l'objet de restrictions. Vanessa Barbé précise ainsi que ce droit de parole des parlementaires « *dépend pour l'essentiel du temps de parole accordé à chaque groupe et n'est admis qu'à certains moments, s'il est en rapport avec le débat* »¹⁹⁶⁶.

1423. Comme le rappelle Nicolas Bamforth, la sanction de l'abus dans l'emploi de la liberté de parole parlementaire relève du Parlement lui-même¹⁹⁶⁷. En outre, il est important pour les parlementaires de veiller à faire bon usage de leur liberté d'expression. La Commission sur les Privilèges affirma dans son troisième rapport de la session 1986-1987 que les parlementaires devaient utiliser leur liberté de parole de manière particulièrement minutieuse en évitant d'imputer à des personnes extérieures au Parlement démunies de droit de réponse, des « *comportement ou motivations déshonorants* »¹⁹⁶⁸.

1424. Le parlementaire dispose également, dans le cadre des privilèges individuels, d'une protection et ne peut être poursuivi pour des affaires civiles. Pour les membres de la Chambre des Communes cette impunité s'applique à une période déterminée dans le temps de

¹⁹⁶³ *Pepper v. Hart* [1993] AC 593: "Article 9 is a provision of the highest constitutional importance and should not be narrowly construed. It ensures the ability of democratically elected Members of Parliament to discuss what they will (freedom of debate) and to say what they will (freedom of speech).".

¹⁹⁶⁴ *Buchanan v. Jennings (Attorney General of New Zealand Intervening)* [2005] 1 AC 115, par. 6: "In New Zealand, as in other liberal democracies, a very high value is attached to freedom of speech and expression as the necessary condition of good government, intellectual progress and personal fulfilment.".

¹⁹⁶⁵ *R v Chaytor and others (Appellants)* [2010] UKSC 52, par. 47: "The jurisprudence to which I have referred is sparse and does not bear directly on the facts of these appeals. It supports the proposition, however, that the principal matter to which article 9 is directed is freedom of speech and debate in the Houses of Parliament and in parliamentary committees. This is where the core or essential business of Parliament takes place.".

¹⁹⁶⁶ BARBÉ Vanessa. . *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, pp. 199-200.

¹⁹⁶⁷ BAMFORTH Nicolas. "Accountability of and to the Legislature" In *Accountability in the Contemporary Constitution, op. cit.*, p. 272: « *Members should not be exposed to the risk of being brought before the courts to defend what they said in Parliament. Abuse of parliamentary freedom of speech is a matter for internal self-regulation by Parliament.* ".

¹⁹⁶⁸ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law, op. cit.*, p. 374.

40 jours avant le début et de 40 jours après la fin de la session. Pour les Lords, elle est appelée à s'appliquer pour une durée indéterminée.

1425. Le privilège parlementaire du droit de parole et de vote est déterminant. C'est lui qui va permettre l'expression constitutionnelle des parlementaires. C'est également de lui dont dépend, dans une importante mesure, le principe de responsabilité constitutionnelle du gouvernement. Le droit de parole et de vote est enfin indispensable dans la mesure où c'est lui qui détermine les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires. Le débat parlementaire donne lieu ainsi à une expression constitutionnelle aux formes extrêmement diverses.

B) Le débat parlementaire, la diversité des modalités d'expression constitutionnelle

1426. Le jugement constitutionnel des parlementaires se fait selon des formes et des modalités particulières. Il se fait avant tout de manière orale (même si les débats parlementaires sont consignés par écrit dans le *Hansard*) et se poursuit au fil de l'évolution des discussions et lors des prises de décision finales. En effet, le débat parlementaire permet aux parlementaires d'exercer la justice constitutionnelle dans le cadre d'échanges entre parlementaires et membres du gouvernement, de discussions d'ordre général ou sur un aspect particulier portant par exemple sur un amendement spécifique. Dans tous les cas, ces prises de parole permettent l'exercice de la justice constitutionnelle quand elles portent sur des thèmes constitutionnels. Les débats parlementaires permettent un mode délibératif d'exercice de la justice constitutionnelle dans lequel l'opinion constitutionnelle des différents protagonistes peut être appelée à évoluer au fil des échanges. Qualifier le « *débat parlementaire* » de mode délibératif d'exercice de la justice constitutionnelle confirme le propos selon lequel « *la délibération sur les mérites des politiques envisagées tient une place centrale dans la pratique législative contemporaine* »¹⁹⁶⁹.

1427. Au moment des prises de décision finales (celles qui se déroulent quand une version finale du texte est adoptée dans une Chambre pour être transmise à l'autre), l'exercice de la justice constitutionnelle passe par l'adoption des différentes versions du projet de loi et

¹⁹⁶⁹ GIRARD Charles, LE GOFF Alice. *La démocratie délibérative – anthologie de textes fondamentaux*, op. cit., p. 72.

s'effectue ainsi selon l'application du principe de majorité. Ce dernier est, comme l'observe justement Denis Baranger, un principe de justice politique qui « traduit une conception très spontanée de la justice dans la décision collective au sein de nos sociétés »¹⁹⁷⁰. Cette conception est celle selon laquelle est considérée comme juste la décision qui est adoptée à la majorité. Au moment des prises de décision finales, le jugement constitutionnel produit par les parlementaires est écrit et formalisé dans le texte adopté.

1428. Les parlementaires peuvent utiliser tout document qu'ils considèrent utiles pour soutenir leur point de vue sur la politique qui est menée. Les sources utilisées lors des débats, lors de l'exercice de la justice constitutionnelle, apparaissent comme un canal supplémentaire de communication des différentes opinions constitutionnelles, des divers acteurs de la justice constitutionnelle. Ainsi, les parlementaires pourront s'aider d'éléments provenant de groupes de pressions, de *select committees*¹⁹⁷¹, d'organismes associés au Parlement ou non¹⁹⁷², d'universitaires¹⁹⁷³, d'œuvres¹⁹⁷⁴, et de juges¹⁹⁷⁵, et ils seront également attentifs à l'opinion publique, médiatique et à l'expérience « du terrain »¹⁹⁷⁶. Le débat parlementaire révèle lui aussi l'idée d'interdépendance des acteurs de la justice constitutionnelle britannique.

¹⁹⁷⁰ BARANGER Denis. « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus Politicum* - n°15, *Le droit public et la Première Guerre mondiale*, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <http://juspolicum.com/article/Theorie-et-pratique-du-principe-de-majorite-dans-les-droits-constitutionnels-europeens-1054.html>.

¹⁹⁷¹ Ils utilisent souvent les rapports de commissions permanentes comme la Commission Mixte sur les droits de l'Homme ou la Commission de la Chambre des Lords sur la Constitution. Les rapports émis par ces commissions constituent de précieuses aides pour les parlementaires lors des étapes de la procédure législative, notamment sur les implications constitutionnelles de la politique menée. Ces rapports apportent une substance considérable au jugement constitutionnel qui pourra par la suite être exprimé par un ou plusieurs parlementaires.

¹⁹⁷² Dans l'examen en seconde lecture à la Chambre des Communes du *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act 2020*, Nick Thomas-Symonds se réfère aux chiffres fournis par le *National Audit Office*.; "The National Audit Office announced that the botched part-privatisation of probation cost the taxpayer nearly £500 million.". Voir *Hansard*, HC Deb., vol. 661.

¹⁹⁷³ Dans l'examen à la Commission dans la Chambre des Communes du *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act 2020*, Sir William Cash se réfère au manuel de droit administratif et constitutionnel de Bradley et Ewing : « That is supported by page 56 of Bradley and Ewing's "Constitutional and Administrative Law", which is the greatest constitutional authority that we have in this country and is into its 15th edition. ». Voir *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ C'est ainsi que dans l'examen à la Commission dans la Chambre des Communes pour le *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act 2020*, Sir William Cash se réfère à l'attaque d'Edmund Burke à l'encontre de la vision des droits de l'Homme promue par Thomas Paine: "In the context of what is developing into a very interesting speech, I refer to Edmund Burke's famous attack on Thomas Paine in respect of what he really thought about human rights. ". Voir *Ibid.*

¹⁹⁷⁵ Dans l'examen en seconde lecture à la Chambre des Communes du *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act 2020*, Sir Robert Neill se réfère à des jurisprudences de la CourEDH et de la Cour suprême : "Subsequently, there have been decisions by the Strasbourg Court, in the case of the application of Abedin against the United Kingdom, and by the Supreme Court in the UK, in the case of Doherty, where the line of reasoning was much more consistent with the traditional stance we have taken ever since the House of Lords decision in the case of Uttley, which was that the changes to remission and early release provisions were part of the administration or execution of a sentence, not part of the penalty. ".

¹⁹⁷⁶ Les parlementaires et surtout les *MPs* représentent des circonscriptions et ainsi peuvent étayer un débat, même un débat avec des implications constitutionnelles, par des données factuelles relevant de leur

1429. L'exercice de la justice constitutionnelle du parlementaire, quand elle se fait à travers l'adoption d'une loi, revêt des aspects spécifiques qui différencient sa démarche de celle du juge. Mark Tushnet affirme ainsi que si les juges ont, en grande partie une démarche « *retrospective* » en ce qu'ils fondent leurs décisions sur les ressources juridiques existantes, les législateurs eux adoptent une démarche davantage « *prospective* »¹⁹⁷⁷. Leur mission est en effet d'adopter des législations qui vont impacter et régenter la société dans le futur. Quand un juge exerce la justice constitutionnelle en protégeant un droit il va ainsi prêter attention à la jurisprudence antérieure ; quand un législateur l'exerce en concrétisant un droit par l'adoption d'une loi il va se focaliser sur les changements que cette législation apportera à la société et aux situations des individus.

1430. Le débat parlementaire donne lieu, nous l'avons vu, à des modalités d'expression constitutionnelle diverses. Derrière cette diversité se cache néanmoins une unité : celle du constat de l'importance et de la menace du débat parlementaire pour la protection des droits et libertés.

C) Le débat parlementaire, outil libéral et liberticide

1431. Si le débat parlementaire constitue un lieu indéniable d'expression constitutionnelle et de protection des droits (a), il peut également œuvrer contre les libertés (b).

1) Le débat parlementaire, lieu indéniable d'expression constitutionnelle

1432. Comme l'observe Vanessa Barbé, « *la séance plénière est le moment d'expression privilégié en matière de droits fondamentaux* ». « *En effet, les représentants du peuple réunis sont les meilleurs porte-parole des droits de leurs concitoyens* »¹⁹⁷⁸. C'est ce que constate Lord Hoffman quand il affirme que, dans les années 1960, le Parlement n'hésitait pas

territoire. C'est le cas du Dr Kieran Mullan qui, lors du débat de seconde lecture à la Chambre des Communes du *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act 2020*, rappelle la situation économique et sociale au sein de sa circonscription et particulièrement des villes de Crewe et Nantwich. Voir *Hansard*, HC Deb., 12th February 2020, vol. 671.

¹⁹⁷⁷ TUSHNET Mark. "Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design". In *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*, edited by Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 355-384, p. 365.

¹⁹⁷⁸ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 173.

à légiférer dans le domaine des droits et libertés –et pour des sujets qui, dans un pays comme les États-Unis, auraient été plus le résultat d’une intervention du juge que du législateur-.¹⁹⁷⁹. Ainsi, l’abolition de la peine de mort est le fruit d’une longue et constante intervention de parlementaires depuis le XVIIIème siècle¹⁹⁸⁰. C’est ainsi que le *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* a été proposé par M. Silverman. De même sur des questions comme celles de l’avortement ou de la fécondation de l’enfant, le débat parlementaire a permis la reconnaissance de droits. C’est la proposition de M. Steel qui conduira à l’adoption de l’*Abortion Act 1967*¹⁹⁸¹ et celle du MP, McCabe faite en 2002 qui permet la reconnaissance législative de la paternité à l’encontre d’un enfant conçu *in vitro*¹⁹⁸². Tous ces exemples montrent en quoi Westminster joue un rôle fondamental dans la démocratie constitutionnelle britannique.

1433. L’adoption du *Human Rights Act 1998* (et par conséquent l’influence de la CEDH) a considérablement dynamisé la place des préoccupations relatives aux droits dans les débats parlementaires¹⁹⁸³. Vanessa Barbé précise le lien entre le débat parlementaire lors de la séance publique et l’exercice de la justice constitutionnelle en affirmant que « *la séance publique permet de révéler la contrariété d’un texte avec la Constitution* »¹⁹⁸⁴.

1434. L’importance du débat parlementaire pour la concrétisation des droits et ainsi pour la justice constitutionnelle a même été rappelée par la jurisprudence. En témoignent les

¹⁹⁷⁹ Lord HOFFMANN. “Human Rights and the House of Lords”, *the Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n°2, pp. 159-166, p. 160: “*The position in the United Kingdom is, I think, rather different. Parliament has had no difficulty in legislating in many areas of human rights. Starting in the 1960s, the legislation decriminalising suicide, abolishing the death penalty, against racial discrimination, regulating abortion, against sex discrimination, regulating the conduct of the police in the investigation of crime, and so on, has meant that a good deal of the human rights law which, in the United States has been constructed by the courts on the basis of the very general statements of principle in the Bill of Rights, has here been the subject of detailed legislation by Parliament*”; WALDRON Jeremy. “The Core of the Case against Judicial Review”, *the Yale Law Journal*, 2006, vol. 115, pp. 1346-1406, p. 1349: “*That is what happened, for example, in Britain in the 1960s, when Parliament debated the liberalization of abortion law, the legalization of homosexual conduct among consenting adults, and the abolition of capital punishment. On each issue, wide-ranging public deliberation was mirrored in serious debate in the House of Commons. The quality of those debates (and similar debates in Canada, Australia, New Zealand, and elsewhere) make nonsense of the claim that legislators are incapable of addressing such issues responsibly - just liberal outcomes of those proceedings cast doubt on the familiar proposition that popular majorities will not uphold the rights of minorities*”.

¹⁹⁸⁰ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 211.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*

¹⁹⁸² *Ibid.*, p. 212.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, p. 177: Le HRA « *imprègne donc le travail parlementaire et l’inspire, parfois de manière subtile* ». « *Les arguments avancés lors des débats gagnent en qualité grâce au Human Rights Act, car une violation alléguée des droits de l’homme repose désormais sur un instrument juridique unique* ». Ce débat montre aussi l’influence du HRA 1998 et de la Cour EDH sur les débats parlementaires et sur la nécessité de réfléchir aux implications des politiques envisagées sur les droits de la Convention tels que transposés par la loi de 1998.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 173: « *D’une part, la séance plénière est le moment d’expression privilégié en matière de droits fondamentaux. En effet, les représentants du peuple réunis sont les meilleurs porte-parole des droits de leurs concitoyens, et la séance publique permet de révéler la contrariété d’un texte avec la Constitution.* ».

propos de Lord Reed qui, dans la jurisprudence *Osborn* rendue par la Cour suprême en 2013, précisait que les droits contenus dans la Convention étaient formulés de manière très générale et que, par conséquent, l'intervention du droit national (et donc notamment du législateur) était nécessaire pour assurer leur protection adéquate¹⁹⁸⁵.

1435. Le lien entre séance plénière et « *moment d'expression privilégié en matière de droits fondamentaux* » s'est observé, par exemple, dans les débats qui ont précédé la promulgation par la Reine du *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act 2020* le 26 février 2020. Le projet de loi gouvernemental avait pour objectif de mettre fin à la libération anticipée automatique des individus condamnés pour terrorisme. Dès la seconde lecture à la Chambre des Communes, le débat a été l'occasion pour plusieurs parlementaires de questionner le *Lord Chancellor* Robert Buckland sur les rapports entre le projet de loi et les droits conventionnels¹⁹⁸⁶, sur la perspective que ce projet puisse être contrecarré d'une manière ou d'une autre par les juges¹⁹⁸⁷, ou encore sur la nature rétroactive de cette loi pénale¹⁹⁸⁸. Ce débat a également été l'occasion de vérifier si le projet de loi opérait une conciliation adéquate entre protection du public et le *rule of law*¹⁹⁸⁹. Au stade de l'examen en commission dans la Chambre des Communes le 17 février 2020, la problématique de la conciliation entre une considération d'ordre public comme la sécurité publique et les droits de l'Homme résultant du *HRA 1998* a occupé une place remarquable. L'était tout autant, l'affrontement entre plusieurs visions sur la

¹⁹⁸⁵ *Osborn (FC) (Appellant) v. The Parole Board (Respondent)* [2013] UKSC 61, par. 55: “The guarantees set out in the substantive articles of the Convention, like other guarantees of human rights in international law, are mostly expressed at a very high level of generality. They have to be fulfilled at national level through a substantial body of much more specific domestic law.”.

¹⁹⁸⁶ Gavin Robinson: “But there are issues that I want to pursue, and I hope the Minister will give a commitment that we can have a discussion about article 7 and how it is engaged differently, in a way that makes the Bill incompatible with the European convention on human rights but not in England, Scotland or Wales”. Voir *Hansard*, HC Deb., 12th February 2020, vol. 671.

¹⁹⁸⁷ Sir William Cash: “Is my right hon. Friend in receipt of advice from the Law Officers on this question? I say that because whatever arguments he may address with regard to compatibility and his statement on the front of the Bill, the reality is that this could easily end up in the courts if they can possibly manufacture an argument. I want to be quite clear that his advice relates to action in the courts and not just to incompatibility.”. Voir *Ibid.*

¹⁹⁸⁸ Daisy Cooper: “The third element of the Bill is retrospectivity. Retrospectively applying the first part of the Bill, to end automatic release, is fine, but retrospectively moving the release point is problematic. The Government and some Members today have pointed to individual parts of case law, but there is a long-established principle against the retrospectivity of criminal laws.”, Voir *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ Sir Robert Neill: “It is right that we should consider the necessity of the Bill. I would have thought that that had been well laid out now. That is one of the principles of the rule of law. Lord Bingham famously set out a number of principles. One should not act in haste unless there is a compelling reason, but the reality of blood being shed on the streets of this country seems a compelling reason to me. The fact that people have been released and then have swiftly, and frequently, seized articles and used them to catastrophic effect seems to make this legislation both necessary and proportionate, so I hope that the House will have no hesitation in supporting it.”, Voir *Ibid.*

manière de concilier ces exigences. Alors que le gouvernement et certains parlementaires¹⁹⁹⁰ insistaient sur le fait que le projet de loi était, selon le ministre, compatible avec la loi de 1998 et qu'ainsi sécurité et respect des droits avaient pu être conciliés, Sir William Cash, lui proposait une neutralisation du *HRA* 1998 au nom de la protection de la sécurité publique qu'il considérait comme supérieure¹⁹⁹¹. Les circonstances exigeaient, selon lui, que cette dernière prime sur la garantie des droits du *HRA* 1998.

1436. Cet affrontement entre ces deux visions de la conciliation ordre public/droits de l'Homme était parfaitement résumé par la parlementaire Daisy Cooper lors des débats à la Commission. Elle opposait à ceux qui « *placent la sécurité publique et nationale au premier plan dans leur rôle à la Chambre* », ceux qui « *cherchent peut-être à ne pas frustrer mais à améliorer le projet de loi en veillant à ce qu'il soit conforme au droit des droits de l'homme* »¹⁹⁹². Le débat, vu comme une activité relevant de la justice constitutionnelle, est un moment pour évaluer la législation au regard des droits. Le débat est un moment où les parlementaires échangent sur la prise en compte des droits fondamentaux et aussi sur le risque que l'action proposée par cette législation ne soit entravée d'une manière ou d'une autre par l'action d'un juge¹⁹⁹³. Les représentants dans le débat anticipent la réaction d'un autre acteur de la justice constitutionnelle, le juge.

¹⁹⁹⁰ Nick Thomas-Symonds: “*The second point is that I firmly believe we can tackle this issue of terrorism and remain signatories to the European convention on human rights. That is essentially the Government’s position here today, and I really do not think that we need to get into this debate because the Government have clearly stated that the Act—or the Bill, as it currently is—is compliant with article 7.*” Voir Hansard, HC Deb., 12th February 2020, vol. 671.

¹⁹⁹¹ Sir William Cash: “*The effect of that would be to put a complete bar on the use of the Human Rights Act, by interpretation of the courts, in any attempt, whether it is regarded as misguided or is a matter of culture—there is currently a load of culture in the courts relating to human rights questions that have built up over the whole of my lifetime in the law. I am deeply concerned that we could allow legislation to go through that could be interpreted in a way that would result in human life being lost and public safety being infringed. That is my concern. (...) What I am saying is that I want certainty. I know that if the words “notwithstanding the Human Rights Act” are brought into the Bill, the effect will be to exclude completely, for reasons that I am about to give, any attempt by the courts to modify the effect that the Bill otherwise would have.*”, Voir Ibid.

¹⁹⁹² Daisy Cooper: “*I note that the right hon. Gentleman says there are malign forces. I ask him to recognise that there are those of us who hold public and national security front and centre in our roles in the House, and that some people may be looking not to frustrate but improve the Bill by ensuring it complies with human rights law.*”. Voir Ibid.

¹⁹⁹³ Sir William Cash: “*I am interested to hear the views of the House of Lords on the question of my proposal to amend clause 1. The wording of clause 1 currently refers to an offence “within subsection (2)” and a sentence imposed “whether before or after this section comes into force”, at which point I propose to insert the words “and notwithstanding the Human Rights Act 1998”. The effect of that would be to put a complete bar on the use of the Human Rights Act, by interpretation of the courts, in any attempt, whether it is regarded as misguided or is a matter of culture—there is currently a load of culture in the courts relating to human rights questions that have built up over the whole of my lifetime in the law.*”. L’amendement proposé par Sir William Cash, reposant sur une crainte de l’intervention des juges n’a pas été retenu et a été notamment contesté par Nick Thomas-Symonds : « *I do not support the hon. Gentleman’s amendment. (...) The second reason why I am uncomfortable with what the hon. Gentleman is saying—I am quite happy to give way to him again if I am wrong in my interpretation—is that he, as I understand it, wants the House to pass legislation and then somehow prevent courts*

1437. Le rôle du débat parlementaire dans la justice constitutionnelle à travers la protection et la concrétisation des droits s’observe également par l’adoption du *Mental Capacity (Amendment) Act 2019*, dont l’objectif était de modifier la loi de 2005 (*Mental Capacity Act 2005*) sur les procédures selon lesquelles une personne peut être privée de liberté lorsqu’elle n’a pas la capacité de consentir. Dès l’étape de la seconde lecture dans la Chambre des Lords (Chambre dans laquelle le projet a été introduit), Lord O’Shaughnessy précisa que l’objectif du projet de loi était de réformer et d’améliorer le système existant de garanties de privation de liberté. Bien plus, il insista sur l’importance de ce projet de loi pour mieux protéger les droits de l’Homme en affirmant expressément que le système existant était « *coûteux et lourd* » et que, « *dans son état actuel, il ne permet pas de traiter toutes les demandes nécessaires pour protéger les droits de l’homme* »¹⁹⁹⁴. Par un tel projet, le gouvernement prenait acte de l’insuffisance d’une législation pour protéger les droits de l’homme et ce faisant, exerçait la justice constitutionnelle. Le passage de cette loi a également illustré le fait que le débat parlementaire est un moyen d’exercer la justice constitutionnelle. Les discussions parlementaires ont ainsi permis de débattre de l’adéquation de la protection des droits des personnes autistes¹⁹⁹⁵ ou encore des dispositions relatives à l’aide juridique¹⁹⁹⁶ qui ont une répercussion sur le droit constitutionnel, qu’est celui de l’accès à la justice.

1438. Bien plus que de concrétiser les droits, le débat parlementaire permet également de concevoir les lois qui auront pour objectif de réviser la Constitution. En raison du principe de la souveraineté du Parlement et de la nature souple de la Constitution, le représentant bénéficie du pouvoir de réviser la constitution par la loi ordinaire et donc par le débat parlementaire. Le débat parlementaire est ainsi un outil qui témoigne de la puissance des représentants dans la justice constitutionnelle. Ils peuvent à l’aide de lois ordinaires reconfigurer l’ordre constitutionnel et influencer sur la place des juges et des citoyens dans la

from being able to adjudicate on it, which surely is not what is meant by having a sovereign Parliament that is accountable to judges”. Voir. *Ibid.*

¹⁹⁹⁴ Lord O’Shaughnessy: “*What is more, report after report has provided strong evidence of the strain the system is under and of unacceptable inefficiencies. It is costly and cumbersome, and in its current state is unable to process all the necessary applications to protect human rights. Last year, reports showed that more than 108,000 people were awaiting a deprivation of liberty safeguards application; again, this needs to change.*”. Voir *Hansard*, HL Deb., 16th July 2018, vol. 792.

¹⁹⁹⁵ Lord Touhig: “*However, many concerns remain. In its current form, the Bill does not adequately secure the rights of autistic people.*”, Voir *Ibid.*

¹⁹⁹⁶ Baroness Barker: “*There is also concern about the limiting of legal aid. I hope that other noble Lords, in particular the noble and learned Lord, Lord Brown of Eaton-under-Heywood, will perhaps look at the limitation of legal aid. We are in all in favour of having a system in which fewer people need to go to court fewer times, but when they do have to go to court they need to be able to be properly represented. Very few of them are in a position to represent themselves against local authorities or other authorities which have access to their own legal services. I would like us to look at that.*”, Voir *Ibid.*

justice constitutionnelle, en témoignent les grandes lois étudiées dans la première partie de cette étude. La puissance que les représentants tirent du débat parlementaire et de l'adoption des lois est néanmoins limitée par leur responsabilité constitutionnelle, c'est-à-dire par leur devoir d'œuvrer dans le sens du libéralisme politique et de la démocratie.

1439. Si le débat parlementaire est un outil essentiel de protection des droits et de bouleversements de l'ordre constitutionnel, il peut également constituer une menace pour la nature libérale du régime politique.

2) Les insuffisances du débat parlementaire dans la protection des droits

1440. Même si le débat parlementaire est un outil majeur de justice constitutionnelle et de protection des droits, son importance a cependant des limites. Il peut, en effet, être l'instrument de législations liberticides. Dans ce cas, une majorité peut opprimer une minorité, c'est-à-dire empiéter de manière disproportionnée sur leurs droits fondamentaux. En témoignent les législations adoptées pour lutter contre le terrorisme. L'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* et le *Prevention of Terrorism Act 2005* en sont des exemples.

1441. Le potentiel liberticide des lois s'explique notamment par l'insuffisance de l'engagement parlementaire sur les droits et libertés. C'est ce que soulignaient Daniella Lock, Fiona de Londras et Pablo Grez Hidalgo dans leur contribution écrite à l'*Independent Human Rights Act Review (IHRAR)*. Ils constataient ainsi que « *trop souvent, le Parlement n'entreprend pas de délibérations, de contrôles et d'engagements appropriés en matière de droits dans le cadre de l'action législative et politique* »¹⁹⁹⁷. Dans le prolongement de leur participation à la consultation sur le *HRA 1998*, ces trois auteurs soulignaient que la crise du Covid-19 était un exemple supplémentaire de l'insuffisante prise en compte par le Parlement (et donc par le débat parlementaire) des droits et libertés. Ces derniers, bien qu'évoqués pendant les débats, cédèrent vite le pas à l'urgence, à la nécessité d'agir rapidement et ce faisant n'eurent que très peu

¹⁹⁹⁷ LOCK Daniella, DE LONDRAS Fiona, HIDALGO Pablo Grez. « Parliamentary Engagement with Human Rights during COVID-19 and the Independent Human Rights Act Review », *UK Constitutional Law Association*, 3rd march 2021, [en ligne], [consultée le 14/03/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2021/03/03/daniella-lock-fiona-de-londras-and-pablo-grez-hidalgoparliamentary-engagement-with-human-rights-under-covid-19-and-the-independent-human-rights-act-review/> : “In our submission to the IHRAR we have highlighted that, in line with the structure and principles of the UK constitution, the HRA is designed to give Parliament a leading role in human rights protection. In spite of this, however, we have further noted that Parliament too often fails to undertake appropriate rights-related deliberation, scrutiny and engagement of legislative and policy action.”.

d'influence sur le contenu du *Coronavirus Act 2020* ou des *regulations* adoptées en application du *Public Health (Control of Disease) Act 1984*.

II) Le débat parlementaire, outil inégalitaire d'exercice de la justice constitutionnelle

1442. Même si les parlementaires et membres du gouvernement peuvent exercer la justice constitutionnelle au titre de leurs participations à la fonction législative, ils n'y contribuent pas tous de la même manière et avec la même force. Les membres du gouvernement et les parlementaires de la majorité exercent une influence importante sur la fonction législative tant en raison du fait majoritaire, de la discipline de parti que de leur forte tendance à faire usage de législation secondaire (A). Ces éléments n'empêchent néanmoins pas les autres parlementaires d'utiliser le débat parlementaire pour s'exprimer constitutionnellement (B).

A) Le débat parlementaire et la prédominance du Cabinet

1443. Les parlementaires membres du gouvernement et de la majorité ont ainsi plus de chance d'influencer le débat et *in fine* le texte adopté que les parlementaires appartenant à l'opposition. Cela s'explique par différents éléments qui offrent aux interprétations constitutionnelles soutenues par les membres de la majorité une grande force.

1444. Le premier indicateur de la position privilégiée du Cabinet est son pouvoir d'influence sur l'agenda de la Chambre des Communes. Cet agenda est déterminé conjointement par le *Leader of the House* –qui est un ministre du gouvernement– et le *Speaker*. Par conséquent, les backbenchers et membres de l'opposition n'ont aucun droit en la matière.

1445. L'organisation de l'ordre du jour est une donnée importante pour évaluer la configuration de l'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires. Le paragraphe 14(1) du *Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018* consacre le principe de la priorité des projets gouvernementaux lors de chaque séance¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁸ “Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018”, www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmstords/1020/body.html>, art. 14(1): “Save as provided in this order, government business shall have precedence at every sitting”.

1446. Le déroulement du débat parlementaire témoigne également du manque d'influence de l'opposition. C'est le cas par exemple lors de dépôts d'amendements où peu de ceux provenant des parlementaires de l'opposition sont finalement adoptés¹⁹⁹⁹. En outre, Meg Russell et Daniel Gover mettent en avant que l'objectif de l'opposition ne sera pas tant de chercher à faire adopter sa politique que de s'affirmer et de se montrer comme un successeur crédible au gouvernement actuel²⁰⁰⁰. L'importante discipline de parti permet également d'expliquer en quoi les interprétations constitutionnelles de membres du gouvernement auront une influence considérable. Elle s'illustre notamment à travers l'action des *Whips –MPs* ou membres de la Chambre des Lords désignés par chaque parti au sein du Parlement- dont l'objectif est de s'assurer qu'un maximum des membres du parti vote en faveur de la politique voulue par ce dernier²⁰⁰¹. Cela est lié à la notion de « *dictature électorale* ». Cette dictature électorale prendra d'ailleurs tout son sens quand une crise d'ampleur touche le pays.

1447. En outre, le gouvernement dispose d'une arme supplémentaire dans la Chambre des Communes, celle d'influer sur la gestion du temps alloué au débat parlementaire. À ce titre, l'exécutif peut utiliser trois mécanismes : les *programme motions*, les *closure motions* et enfin les *guillotine motions*²⁰⁰². Ces mécanismes²⁰⁰³ permettent aux ministres de contrôler le temps alloué au passage d'un projet de loi en particulier ; ces outils sont ainsi de nature à réduire la capacité du Parlement à discuter en profondeur sur certains sujets qui pourtant le mériteraient, comme des sujets, par exemple, à implications constitutionnelles.

1448. La législation déléguée est également une manière pour les membres du gouvernement d'exercer un rôle important dans la justice constitutionnelle. La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans son rapport *Delegated Legislation and Parliament: A response to the Strathclyde Review* de mars 2016, fournit une définition de

¹⁹⁹⁹ RUSSELL Meg, GOVER Daniel. *Legislation at Westminster – Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, op. cit., p. 96: "(...) and as we already know, few non-government amendments actually pass."

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p 89: « *But in a majoritarian legislature such as Westminster –the argument goes- little such incentive exists, and the opposition's primary strategy will be office-seeking rather than policy-seeking.* ».

²⁰⁰¹ "Whips", *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/principal/whips/>.

²⁰⁰² "How can the government timetable legislation in Parliament?", *Institute for Government*, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/timetable-legislation-parliament>.

²⁰⁰³ *Ibid.* : Les programmes motions « *fixent le temps dont les MPs disposeront pour débattre et examiner un projet de loi à chaque étape de son passage aux Communes :* » ; Les closure motions sont « *un moyen de mettre fin au débat sur une étape particulière d'un projet de loi pendant qu'il se déroule - plutôt qu'un moyen de fixer un calendrier pour la façon dont un projet de loi passera par les différentes étapes aux Communes.* » ; les guillotine motions, enfin, « *fonctionnent en fixant des limites de temps strictes pour toutes les étapes restantes d'un projet de loi. En théorie, elles peuvent être déposées à n'importe quel moment de l'adoption d'un projet de loi, mais elles sont généralement utilisées plus tard, lorsque le gouvernement a une idée des retards potentiels.* ».

la législation déléguée : « *La législation déléguée, ou secondaire, est le produit des pouvoirs législatifs délégués par le Parlement au gouvernement, généralement par le biais de dispositions de la législation primaire (cette dernière étant la "loi mère" de la législation déléguée).* »²⁰⁰⁴.

1449. À travers ces délégations, le législateur donne à l'exécutif un pouvoir important de concrétisation des lois primaires et ainsi des règles de nature constitutionnelle qui peuvent y figurer. Ce pouvoir important est éminemment problématique car donne au gouvernement une marge de manœuvre pour réglementer la mise en application d'un droit ou d'une règle à implications constitutionnelles. Ce problème est d'autant plus accentué que le législateur a énormément recours à la délégation. Le rapport de 2016 le constatait : « *La législation déléguée a augmenté au cours des dernières décennies, tant en ce qui concerne le nombre d'instruments adoptés que la taille des instruments réglementaires individuels. Alors qu'il y avait rarement plus de 2 500 textes réglementaires déposés au cours d'une année civile avant 1990, depuis 1992, il y en a généralement eu entre 3 000 et 3 600 par an* »²⁰⁰⁵.

1450. L'autre problème est celui de la rédaction des législations primaires qui procèdent aux délégations. Plus cette rédaction est large et floue, plus le gouvernement a une marge de manœuvre considérable. Ainsi, dans le rapport de 2016, la Commission était préoccupée des métamorphoses rédactionnelles qu'elle observait dans les législations primaires de délégation : « *Les pouvoirs délégués dans la législation primaire ont été de plus en plus souvent rédigés dans un langage large et mal défini, ce qui a permis aux gouvernements successifs d'utiliser la législation déléguée pour traiter des questions de politique et de principe, plutôt que des points de nature administrative ou technique* »²⁰⁰⁶.

1451. La législation déléguée peut faire l'objet d'une surveillance parlementaire par le biais de deux grandes procédures : la procédure affirmative et la procédure négative²⁰⁰⁷. Les

²⁰⁰⁴ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Delegated Legislation and Parliament: A response to the Strathclyde Review*, session 2015-2016, 9th report, 35 p., p. 7: "Delegated, or secondary, legislation is the product of law-making powers delegated by Parliament to the Government, generally through provisions in primary legislation (the latter being the 'parent Act' of the delegated legislation).".

²⁰⁰⁵ *Ibid.*: "Delegated legislation has increased in recent decades both in the number of instruments passed and in the size of individual statutory instruments. Whilst there were rarely more than 2,500 statutory instruments laid in any calendar year before 1990, since 1992 there have generally been between 3,000 and 3,600 per year.".

²⁰⁰⁶ *Ibid.*: "Delegated powers in primary legislation have increasingly been drafted in broad and poorly-defined language that has permitted successive governments to use delegated legislation to address issues of policy and principle, rather than points of an administrative or technical nature.".

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 8: "Negative procedure (and annulment): There are two versions of this procedure: • The instrument is made (becomes law) but can be annulled if a motion to annul is passed within 40 days. • More rarely, the instrument must be laid in draft, and can be made only if it is not disapproved within 40 days."

différents problèmes posés par la législation déléguée sont régulièrement relevés par les Commissions parlementaires comme la Commission mixte sur les instruments statutaires ou encore la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords qui, fréquemment, soulève la tendance des lois à implications constitutionnelles à contenir d'importantes délégations de pouvoir au gouvernement. Dans son rapport rendu en 2018 sur l'*European Union (Withdrawal) Bill*, la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords s'alarmait que le projet de loi permettait de remettre en cause le « *droit de l'UE retenu* » par de la seule législation déléguée²⁰⁰⁸. Cela était selon lui « *constitutionnellement inapproprié* »²⁰⁰⁹ dans la mesure où ce droit retenu contient des normes et des droits qui, s'ils n'avaient pas été originaires de l'UE, auraient tirés leur existence de la législation primaire.

1452. Si la législation déléguée pose problème et peut témoigner d'un exercice unilatéral de la justice constitutionnelle par l'exécutif, elle est néanmoins abondamment contrôlée et surveillée que ce soit par les Commissions parlementaires ou par le juge lui-même (via la procédure de *judicial review* et les modalités vues dans la première partie de cette étude). Ce faisant, l'emprise du juge se mesure, entre autres, par le pouvoir important dont il dispose à l'égard des législations secondaires, cet élément vient tempérer la puissance du gouvernement par celle des juridictions. Ce dernières disposent d'un pouvoir de contrôle bien plus important que pour la législation primaire et constituent un contrepoids important au pouvoir du gouvernement par la législation déléguée.

1453. Enfin, et de manière bien plus préoccupante, le rôle du débat parlementaire dans la justice constitutionnelle sera considérablement moindre dans des périodes exceptionnelles, nécessitant l'intervention rapide de l'exécutif. La crise du Covid-19 en est un triste exemple, le gouvernement ayant fait voter le *Coronavirus Act 2020* après un débat au Parlement des plus succincts. Cela est d'autant plus problématique que cette loi présentait des implications constitutionnelles majeures en restreignant considérablement certains droits et certaines libertés. L'exécutif peut donc arguer de situations d'urgence pour transformer le débat parlementaire en moment d'enregistrement de la politique souhaitée. Pour Jake Hinks, le

Affirmative procedure: There are three versions of this procedure: • The instrument is laid in draft but cannot be made unless the draft is approved.; • The instrument is laid after making but cannot come into force unless and until it is approved.; • The instrument is laid after making and will come into effect immediately but cannot remain in force unless approved within a statutory period (usually 28 or 40 days).”.

²⁰⁰⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Withdrawal) Bill*, session 2017-2019, 9th report, 86 p., pp. 22- 23 : “*We are concerned that the Bill, as drafted, would allow delegated powers (that are not Henry VIII powers) in existing legislation to apply to retained direct EU law. This would be constitutionally inappropriate given that some retained direct EU law will concern legal norms and rights that would, had they not originated in EU law, have been contained in domestic primary legislation.*”.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

passage du *Coronavirus Act* symbolise une « *domination excessive de l'exécutif* », c'est-à-dire une domination écrasante qui empêche les autres pouvoirs de remplir leurs missions constitutionnelles, et notamment empêche le Parlement de débattre et contrôler la législation²⁰¹⁰. Cette « *domination excessive* » œuvre en rupture avec la « *domination naturelle de l'exécutif* » qui, selon l'auteur, caractérise le régime parlementaire de Westminster²⁰¹¹. Lord Sumption, le 27 octobre 2020, mettait également en avant l'absence de contrôle parlementaire suffisant pour la loi de 2020²⁰¹². Il rappelait ainsi que ce texte de 348 pages, 102 sections et 29 annexes passèrent l'ensemble des étapes de la procédure législative en une journée dans chaque Chambre. En outre, même si l'adoption de cette loi suscita bien des débats relatifs à son impact sur les droits et libertés, cela n'a pu conduire à des amendements du projet de loi afin de permettre la protection des droits. Le contrôle parlementaire des *regulations* adoptées par le gouvernement en application du *Public Health (Control of Disease) Act 1984* a également été des plus expéditifs²⁰¹³. Dans de telles circonstances, la responsabilité constitutionnelle des gouvernants, et particulièrement de l'exécutif, semble bien tenue.

1454. Si le débat parlementaire témoigne de la prédominance du Cabinet dans la justice constitutionnelle, il demeure un mécanisme utile d'expression constitutionnelle pour les parlementaires qui n'appartiennent pas au gouvernement.

B) Le débat parlementaire et l'expression constitutionnelle sauvegardée des parlementaires hors gouvernement

1455. Si les membres de la majorité sont privilégiés dans le débat parlementaire, cela peut être nuancé. En effet, les parlementaires n'appartenant pas à la majorité peuvent espérer influencer sur le débat et sur l'exercice de la justice constitutionnelle. L'opposition bénéficie d'un statut spécifique au Royaume-Uni, d'une reconnaissance particulière d'où l'existence du *Shadow Cabinet*²⁰¹⁴. Ce Cabinet de l'opposition est vu comme un interlocuteur direct du

²⁰¹⁰ HINKS Jake. « The Coronavirus Act 2020: An Example of 'Excessive Executive Dominance' », *UK Constitutional Law Association*, 9th June 2020, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/06/09/jake-hinks-the-coronavirus-act-2020-an-example-of-excessive-executive-dominance/>.

²⁰¹¹ *Ibid.*

²⁰¹² Lord SUMPTION. "Government by decree: Covid-19 and the Constitution", *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture*, 27th October 2020, 14 p.

²⁰¹³ LOCK Daniella, DE LONDRAS Fiona, HIDALGO Pablo Grez. « Parliamentary Engagement with Human Rights during COVID-19 and the Independent Human Rights Act Review », *op. cit.*

²⁰¹⁴ "Shadow Cabinet", *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/01/2021], <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/shadow-cabinet/>: "The Shadow Cabinet is the team of

gouvernement et peut donc exercer des pressions sur sa politique, y compris en matière constitutionnelle. Comme l'affirme Vanessa Barbé, les droits reconnus à l'opposition dans la procédure parlementaire témoignent de la reconnaissance du statut de l'opposition au Royaume-Uni²⁰¹⁵.

1456. En outre, d'autres parlementaires que les membres du gouvernement, peuvent également déterminer en priorité l'ordre du jour : il s'agit des leaders des partis de l'opposition et des *backbenchers*. S'agissant de la place de l'opposition dans la détermination de l'ordre du jour, les règles sont déterminées par le paragraphe 14 du *Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018*. Cette disposition précise que « *Vingt jours sont alloués à chaque session pour les travaux de l'opposition, dont dix-sept sont à la disposition du chef de l'opposition et trois sont à la disposition du chef du deuxième parti d'opposition le plus important* »²⁰¹⁶. L'opposition a, durant ces jours, une place plus importante dans le débat parlementaire et dans l'exercice de la justice constitutionnelle. En effet, le paragraphe 14 précise que pendant ces journées les questions choisies par l'opposition ont priorité sur les travaux du gouvernement selon des conditions prévues par la disposition.

1457. Bien plus, la discipline de parti ne joue pas de manière absolue. Il est déjà arrivé qu'un parlementaire affilié au parti du gouvernement le critique avec vigueur. Meg Russell et Daniel Gover mettaient ainsi en avant que ces dernières années, les *backbenchers* du gouvernement avaient moins tendance à suivre aveuglément la ligne politique du parti, allant même jusqu'à critiquer la politique gouvernementale²⁰¹⁷. C'est pour cette raison que le gouvernement doit s'assurer du soutien de ses *backbenchers*, déterminant dans la réussite ou l'échec de son projet de loi et de sa vision constitutionnelle (quand le projet de loi porte sur une question constitutionnelle ou concerne l'application et/ou la concrétisation d'un droit constitutionnel).

1458. Meg Russell et Daniel Glover qualifient les parlementaires en faveur du gouvernement de « *key pivotal voters* », parcequ'ils sont en mesure de faire chuter une politique

senior spokespeople chosen by the Leader of the Opposition to mirror the Cabinet in Government. Each member of the shadow cabinet is appointed to lead on a specific policy area for their party and to question and challenge their counterpart in the Cabinet. In this way the Official Opposition seeks to present itself as an alternative government-in-waiting.”

²⁰¹⁵ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit.

²⁰¹⁶ “Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018”, www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmstords/1020/body.html>.

²⁰¹⁷ RUSSELL Meg, GOVER Daniel. *Legislation at Westminster – Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, op. cit., p. 118 : « *But in recent years, scholars have noted that government backbenchers have become less willing to blindly follow the party line, and are more prone to question policy.*”

proposée par le gouvernement si un nombre suffisant d'entre eux se joint à l'opposition²⁰¹⁸. Les souhaits et l'opinion des *backbenchers* du gouvernement doivent donc impérativement être connus et pris en compte par le gouvernement, qui anticipera les réactions et opinions des *backbenchers* dès le stade de préparation et de formulation de sa politique et donc avant le débat public au sein des Chambres²⁰¹⁹. Dans la Chambre des Lords, un nombre plus important d'acteurs peut, selon les deux auteurs, s'affirmer comme des « *key pivotal voters* »²⁰²⁰.

1459. Les *backbenchers* disposent également d'un ordre du jour prioritaire. Le paragraphe 14 (4) du *Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018* prévoit que « *Trente-cinq jours ou leur équivalent sont alloués à chaque session pour les travaux de la Chambre et de Westminster Hall sur les questions relevant du fond (backbench business)* »²⁰²¹. Parmi ces 35 jours, 27 au minimum doivent revenir aux travaux de la Chambre. Les affaires déterminées par la Commission des affaires d'arrière-ban (*Backbench business Committee*) ont alors la priorité sur les affaires gouvernementales. Le *backbench business* est défini par le paragraphe 14 (6) et exclue ainsi : a) les affaires relevant du gouvernement, b) les affaires relevant de l'opposition comme visée par le paragraphe 14 (2) ; c) les motions d'ajournement de la Chambre ; d) les travaux relatifs aux affaires privées, e) toute motion visant à modifier cet ordre ou l'article n° 152J du Règlement (Commission des affaires d'arrière-ban) et enfin f) les affaires dont l'ordre du jour est fixé par le Président de la Chambre ou qui ont la priorité.

1460. L'importance du parlementaire *backbencher* dans le débat parlementaire et dans la justice constitutionnelle s'est particulièrement illustrée à l'occasion des débats du Brexit. Le premier exemple de l'importance des parlementaires dans la préservation de l'ordre constitutionnel lors du Brexit est la discussion de l'*EU (Withdrawal) Bill* en 2017.

1461. C'est lors des débats relatifs au projet de loi que « *en raison de l'importance constitutionnelle du futur accord de retrait (...) les MPs sont parvenus à imposer le vote significatif par voie d'amendement le 13 décembre 2017* »²⁰²². Un tel vote permet aux

²⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 120: "Under majority government, such as usually applies at Westminster, the key pivotal voters in the House of Commons will be parliamentarians from the governing party (or parties). If enough of them side with the opposition in a division, the government will loose."

²⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 120: "In the House of Lords a rather different dynamic applies. The confidence vote does not apply, while various groups (...) can potentially act as pivotal voters."

²⁰²⁰ *Ibid.*, p. 120: "In the House of Lords a rather different dynamic applies. The confidence vote does not apply, while various groups -(...)- can potentially act as pivotal voters."

²⁰²¹ "Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018", www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmstords/1020/body.html>.

²⁰²² ANTOINE Aurélien. « 2016-2019 : un cycle de crise politique marquant la résilience du parlementarisme britannique », *Jus Politicum Blog*, 17 décembre 2019, [en ligne], [consultée le 24/02/2020] <http://blog.juspoliticum.com/2019/12/17/2016-2019-un-cycle-de-crise-politique-marquant-la-resilience-du-parlementarisme-britannique-par-aurelien-antoine/>.

parlementaires d'exprimer « *leur consentement explicite au futur traité avant sa ratification* »²⁰²³. Ce faisant, les parlementaires ont bien exercé la justice constitutionnelle, par l'obtention de telles modalités de ratification. Ainsi, ils défendaient une vision de l'ordre constitutionnel britannique dans laquelle le Parlement doit examiner et approuver les lois qui portent des changements constitutionnels majeurs. Leur but était de protéger la place du Parlement dans l'ordre constitutionnel britannique.

1462. C'est aussi sous l'impulsion de parlementaires *backbenchers* que Theresa May avait inséré des mécanismes de sauvegarde des droits des travailleurs après le *Brexit* dans la première version de l'*European Union (Withdrawal Agreement) Bill*. En effet, c'était suite à un amendement déposé par un *backbench* de la Chambre des Communes, que le gouvernement accepta d'insérer ces mécanismes de sauvegarde dans la clause 34 de l'annexe 4 de ce premier projet²⁰²⁴. Cet épisode est un autre exemple de l'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires, ici par le biais d'un amendement visant à sauvegarder les droits des travailleurs. Même si cette clause n'a pas été reprise dans le second projet publié par le gouvernement de Boris Johnson en décembre 2019²⁰²⁵, elle témoigne de l'impact de l'action d'un parlementaire dans la préservation des droits. Cette clause 34 aurait contenu deux types de mécanismes : le premier était un mécanisme de consultation obligatoire par le gouvernement des entreprises et des syndicats à l'occasion de projets de lois impactant les droits des travailleurs ; le second correspondait à une obligation faite au gouvernement d'émettre régulièrement un rapport sur l'état des droits reconnus aux travailleurs dans l'UE.

1463. La place du parlementaire dans la justice constitutionnelle via le débat parlementaire ne sera pas non plus la même selon que le parlementaire est membre de la Chambre des Communes ou de la Chambre des Lords. Dans cette dernière, la discipline de parti ne jouera pas de manière aussi stricte que dans la Chambre des Communes. En outre, le gouvernement aura bien moins d'emprise sur la gestion du temps alloué au débat parlementaire, la Chambre des Lords ayant la maîtrise de la programmation du temps de parole et de débat. Le parlementaire, membre de la Chambre des Lords, sera ainsi plus enclin à critiquer la politique du gouvernement, et notamment ses fondements ou implications constitutionnels.

²⁰²³ *Ibid.*

²⁰²⁴ "Removal of workers' rights in the new EU (Withdrawal Agreement) Bill", *House of Commons Library*, 20th December 2019, [en ligne] [consultée le 24/08/2020], <https://commonslibrary.parliament.uk/brexit/legislation/workers-rights-and-the-new-eu-withdrawal-agreement-bill/>.

²⁰²⁵ Selon le *Queen's Speech* de décembre 2019, le gouvernement annonça qu'il instaurerait des clauses sur la protection et le renforcement des droits des travailleurs dans un prochain projet de loi sur l'emploi.

1464. La force du rôle du parlementaire *backbencher* dans la justice constitutionnelle dépendra également de l'intervention du *Speaker*²⁰²⁶ de la Chambre des Communes et de son interprétation des règles de procédure. Certaines de ses interprétations peuvent favoriser l'action des parlementaires dans l'adoption des lois ou même dans la fonction de surveillance du gouvernement. Ce faisant, le *Speaker* peut jouer un rôle dans l'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires, en stimulant leur expression constitutionnelle.

1465. Ce fut le cas dans le contexte du Brexit²⁰²⁷ où les « *interprétations controversées* »²⁰²⁸ du Speaker John Bercow ont « *permis au Parlement de jouer un rôle aussi central dans le Brexit* »²⁰²⁹. Il était vu par certains comme le « *champion des droits de la législature* »²⁰³⁰ et par d'autres comme celui « *coupable d'avoir politisé sa charge et d'avoir enfreint les conventions établies* »²⁰³¹. Ces interprétations permirent aux *MPs* d'utiliser les procédures parlementaires de manière inhabituelle, en leur faveur²⁰³². Le 3 septembre, les *MPs* profitèrent, en effet, de la tenue d'un emergency debate pour prendre le contrôle de la séance du lendemain et proposer un *private member's bill*²⁰³³. Par la suite, le 9 septembre 2019, le

²⁰²⁶ « *Le président de la Chambre des Communes préside les débats dans la salle des Communes. Le titulaire de cette fonction est un député qui a été élu à la présidence par d'autres membres du Parlement. Pendant les débats, il veille au maintien de l'ordre et donne la parole aux députés. Le président est le principal responsable et la plus haute autorité de la Chambre des Communes et doit rester politiquement impartial à tout moment. Le Président représente également les Communes auprès du monarque, des Lords et d'autres autorités et préside la Commission de la Chambre des Communes.* ». Voir « *Office and Role of Speaker* », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://www.parliament.uk/business/commons/the-speaker/the-role-of-the-speaker/role-of-the-speaker/>.

²⁰²⁷ Sur la relation entre les parlementaires et le gouvernement de Boris Johnson voir notamment. BARANGER Denis. « Une bataille mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *Jus Politicum Blog*, 9 septembre 2019, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], http://blog.juspoliticum.com/2019/09/09/une-bataille-mais-pas-la-guerre-les-victoires-du-parlement-de-westminster-contre-boris-johnson-par-denis-baranger/#_ftn1.

²⁰²⁸ EASON Thomas. "Brexit and Parliament: what just happened and why it's important?", *Commentary, UK in a changing Europe*, septembre 2019, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://ukandeu.ac.uk/brexit-and-parliament-what-just-happened-and-why-does-it-matter/>.

²⁰²⁹ *Ibid.*

²⁰³⁰ SIMSON CAIRD Jack. "The role of the Speaker", *Commentary, UK in a changing Europe*, mars 2020, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://ukandeu.ac.uk/the-role-of-the-speaker/>.

²⁰³¹ *Ibid.*: "During the height of the parliamentary dramas over Brexit in the 2017-19 parliamentary session, the decisions of Speaker John Bercow were often high-profile and controversial. To some he became the champion of the rights of the legislature, but to others he was guilty of politicising the office and breaking established conventions".

²⁰³² LILLY Alice. « The new Speaker of the House of Commons-Key challenges? », *Institute for Government*, October 2019, [en ligne], [consultée le 03/05/2021], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/new-speaker-house-commons>: "But during the 2017–19 parliamentary session, the combination of a specific set of circumstances – in particular the ongoing Brexit impasse and minority government – led to the Commons' procedures becoming a key political background. MPs sought to use procedures in unprecedented ways, and the current Speaker on several occasions reached decisions that called previous understanding of how the rules worked into question".

²⁰³³ EASON Thomas. Brexit and Parliament: what just happened and why it's important?", *op. cit.*: "Starting on 3 September, MPs took the unorthodox approach of using an emergency debate to take control of the next day's sitting. This then allowed MPs to pass a private member's bill legally requiring Prime Minister Johnson to seek an extension to the Article 50 process, should a deal not be agreed by 19 October. This approach is

Speaker valida l'utilisation par les *MPs* d'un *emergency debate*²⁰³⁴ pour voter une *humble address* demandant au gouvernement de publier les documents sur les impacts juridiques du Brexit. Cela était inhabituel dans la mesure où il était établi par la pratique que l'utilisation d'une telle procédure ne pouvait se faire que lors d'un *opposition day*. Tout cela montre « *que le régime parlementaire est capable de jouer son rôle, c'est-à-dire de sanctionner un exécutif qui ne peut pas s'appuyer sur une majorité claire et dont le projet gouvernemental pose problème* »²⁰³⁵.

1466. Si le débat parlementaire est un outil majeur d'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires, cela est aussi le cas du même débat qui se produit au sein des assemblées législatives galloise, écossaise et nord-irlandaise.

III) Le débat parlementaire pour la justice constitutionnelle dans le cadre de la dévolution, un outil important mais inégal

Les assemblées législatives écossaise (A), galloise et nord-irlandaise (B) permettent également aux parlementaires de s'exprimer constitutionnellement. Elles ont le rôle important d'adopter la loi dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues. Cette mission est l'expression de leur responsabilité constitutionnelle et ainsi de leur implication dans la justice constitutionnelle. Néanmoins, et de manière encore plus forte qu'à Westminster, le débat parlementaire est une arme plus ou moins efficace d'expression constitutionnelle selon que l'on appartient ou non à la majorité.

A) L'expression constitutionnelle certaine mais inégale des parlementaires écossais

1467. Au sein du Parlement écossais, le débat se répartit entre les 4 grandes phases de la procédure législative : l'introduction du projet de loi (pendant laquelle le gouvernement écossais va faire une présentation générale du projet de loi), la phase 1 qui est celle des principes

unorthodox because, traditionally, government business has priority over backbench business, making it incredibly difficult for MPs to pass legislation of this kind without government support.”.

²⁰³⁴ “Un débat d'urgence est un débat convoqué à bref délai à la Chambre des communes sur une question qui devrait être examinée d'urgence. ». Pour permettre la tenue d'un débat d'urgence, un *MP* doit la solliciter auprès du *Speaker* les lundis pour les jeudis en vertu du *Standing Order* n°24. Voir «Emergency debate», www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://www.parliament.uk/about/how/business/debates/application-for-emergency-debates/>.

²⁰³⁵ BARANGER Denis. « Une bataille mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *op. cit.*

généraux (pendant cette phase le « *projet de loi est confié à une commission principale. Il s'agit généralement de la commission dont le mandat est le plus étroitement lié au sujet du projet de loi. D'autres commissions peuvent également examiner le projet de loi. Ces commissions font rapport à la commission principale* »²⁰³⁶). Puis vient la phase 2, pendant laquelle tout *MSPs* peut proposer des amendements, amendements qui sont débattus et votés au sein d'une commission. Seuls les membres de la Commission peuvent voter à ce stade. S'en suit la phase 3, qui est celle du débat et du vote final. À ce stade les *MSPs* peuvent proposer d'autres amendements qui seront débattus et votés au sein de la Chambre. Cette fois-ci tous les *MSPs* sont en mesure de voter. Ensuite, se tient un débat sur la question du vote du projet de loi. Si ce dernier est voté alors la phase 4 a lieu : celle de l'envoi du projet pour qu'il reçoive la sanction royale dans un délai de 4 semaines.

1468. Comme en témoigne le rapport annuel émis par le Parlement écossais pour l'année 2019/2020, l'assemblée législative écossaise a pu débattre de sujets à forte implication constitutionnelle tels que : les discussions sur la perspective d'une sortie de l'UE sans accord, l'amélioration de l'assistance des personnes handicapées en Écosse ou encore les débats relatifs aux répercussions du *Coronavirus Act 2020* sur l'Écosse²⁰³⁷. Un exemple de l'expression constitutionnelle permise par le débat parlementaire est la discussion de la phase 3 sur l'*European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland) Bill*. En effet, les discussions portaient alors l'importance de « *renforcer la position du gouvernement local dans la gouvernance démocratique de l'Écosse* »²⁰³⁸ par le biais de l'incorporation dans le droit écossais de certains articles de la Charte européenne de l'autonomie locale. Le débat parlementaire est ici un moyen de discuter et d'adopter des lois qui touchent aux modalités d'exercice du pouvoir à l'intérieur du territoire écossais ; les échanges qui entourent ces lois concourent donc à ce but et participent à la justice constitutionnelle.

1469. Bien plus, a été annoncé le 12 mars 2021 par le gouvernement écossais l'intention de présenter au Parlement écossais un *Human Rights Bill*. Ce projet de loi a pour ambition d'introduire dans le droit écossais toute une série de droits relevant de la compétence parlementaire écossaise, provenant de quatre traités internationaux : le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la *Convention sur l'élimination de toutes*

²⁰³⁶ « How a Bill becomes an Act », *Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://parliament.scot/bills-and-laws/bills/about-bills/how-a-bill-becomes-an-act>.

²⁰³⁷ The Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba. *Annual Report-Aithisg Bhliadhna* 2019-2020, 48 p.

²⁰³⁸ "Meeting of the Parliament 23 March 2021", *Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://parliament.scot/chamber-and-committees/what-was-said-and-official-reports/official-reports/meeting-of-parliament-23-03-2021?meeting=13220&iob=119732>.

les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention relative aux droits des personnes handicapées²⁰³⁹. Ce projet de loi fait suite aux recommandations du *National Taskforce for Human Rights*, établi en 2018 par le gouvernement, afin de réfléchir aux améliorations pouvant être apportées aux droits de l'Homme et à l'égalité en Écosse²⁰⁴⁰. En ayant l'intention de présenter le *Human Rights Bill*, le gouvernement écossais fait du Parlement et du débat parlementaire un outil de progrès dans la protection des droits : un outil de justice constitutionnelle. Mr Sommerville, participant au *Taskforce*, observait ainsi que le projet de loi avait pour objectif de « réduire les inégalités, de faire progresser les droits de l'Homme pour tous »²⁰⁴¹ et de faire en sorte que « les droits de l'homme soient intégrés dans tous les aspects de la vie en Écosse »²⁰⁴². Ces propos montrent, par ailleurs, en quoi les représentants façonnent la démocratie constitutionnelle et en quoi, leur compétence de concrétisation des droits, qui découle de leur responsabilité constitutionnelle font d'eux des acteurs importants de la justice constitutionnelle.

1470. Si le débat parlementaire permet aux membres du Parlement écossais de s'exprimer constitutionnellement, les parlementaires appartenant au gouvernement a bien plus de chance de s'exprimer efficacement. En témoignent, entre 1997 et 2016, les seuls quatre projets de lois gouvernementaux dont l'adoption n'a pas été menée à bien²⁰⁴³. Bien plus, entre 1999 et 2019 note l'*Institute for Government*, 87% des lois adoptées à Hollyrood sont à la base des projets de lois de l'exécutif²⁰⁴⁴. Le débat parlementaire est ainsi un outil particulièrement efficace pour les membres du gouvernement, ces derniers étant quasiment assurés de voir leur expression constitutionnelle exprimée dans les projets de loi aboutir.

1471. Si le débat parlementaire au sein de l'assemblée législative écossaise a effectivement permis aux parlementaires d'exercer la justice constitutionnelle, il en est de même pour le débat qui se déroule dans les assemblées nord-irlandaise et galloise.

²⁰³⁹ « New Human Rights Bill », *Scottish Government – Riaghaltas na h-Alba*, 12th March 2021, [en ligne], [consultée le 14/04/2021], <https://www.gov.scot/news/new-human-rights-bill/>.

²⁰⁴⁰ “National Taskforce for Human Rights Leadership”, *Scottish Government – Riaghaltas na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://www.gov.scot/groups/national-taskforce-for-human-rights-leadership/>.

²⁰⁴¹ « New Human Rights Bill », *Op. Cit.*

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ “Parliaments and assemblies”, *Institute for Government*, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publication/devolution-at-20/parliaments-and-assemblies>.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

B) L'expression constitutionnelle certaine mais inégale du parlementaire nord-irlandais et gallois

1472. En Irlande du Nord, le débat parlementaire s'organise autour de 11 étapes, de celle de la présentation au *Speaker* du projet de loi par le ministre ou le parlementaire concerné (étape 1) à celle de la sanction royale (étape 11). Un projet de loi fait d'abord l'objet d'un débat général sur ses principales dispositions pour ensuite être envoyé à une commission. Cette dernière formulera par la suite un rapport dans lequel elle proposera des amendements. Les membres de l'Assemblée votent ensuite sur le projet et sur des amendements qu'ils veulent ajouter²⁰⁴⁵.

1473. Les débats peuvent également permettre aux parlementaires d'échanger des opinions sur des problématiques constitutionnelles, échanges qui découlent de leur responsabilité constitutionnelle de concrétiser et respecter les droits. En témoignent les discussions du 23 mars 2021 sur la modernisation de la justice civile en Irlande du Nord. À cette occasion, Mrs Long, la ministre de la justice, affirme que ses plans pour moderniser la justice civile doivent permettre de la rendre plus accessible aux citoyens²⁰⁴⁶. Ici, le débat parlementaire est envisagé comme un outil devant aboutir à une meilleure concrétisation d'un droit constitutionnel, celui d'accès à la justice.

1474. En témoignent également les échanges du 15 mars 2021, relatifs au *Severe Fetal Impairment Abortion (Amendment) Bill*, un *private's members bill* relatif au motif d'avortement en cas de malformation grave du fœtus²⁰⁴⁷. Pendant ces débats, Mrs Bradshaw insistait sur la nécessité pour les parlementaires d'adopter des mesures qui sont conformes aux droits de l'Homme. Elle en profite ainsi pour dénoncer l'incompatibilité du projet de loi avec la Convention sur les droits des personnes handicapées²⁰⁴⁸. Mrs Bradshaw prend appui sur les propos du Président de la Commission des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées ; ce dernier affirmant qu'il ne pouvait être fait usage de la Convention sur les droits des personnes handicapées pour restreindre le droit à l'avortement²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁵ "Law Making in the Northern Ireland Assembly", *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/legislation/bills-explained/>.

²⁰⁴⁶ Northern Ireland Assembly. *Official Report (Hansard)*, 23th March 2021, vol. 137, n°4, 76 p.

²⁰⁴⁷ Northern Ireland Assembly. *Official Report (Hansard)*, 15th March 2021, vol. 137, n°1, 87 p.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 49: "The task is to present policy and legislation that is, as Theresia Degener said, a correct interpretation of the convention, which recognises that gender equality and disability rights are two sides of the same coin. This legislation is not it."

²⁰⁴⁹ *Ibid.*: "Even more importantly, we also need to emphasise, as the Chair of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities put it: 'Disability rights and gender equality are two components of the same

1475. Au Pays de Galles, la procédure législative n'est pas la même selon qu'il s'agisse d'un *public bill* ou d'un *private bill*. Le débat parlementaire d'un *public bill* se construit autour de 4 étapes : l'étape 1 porte sur « *l'examen des principes généraux du projet de loi par une commission, et l'accord de ces principes généraux par le Senedd* »²⁰⁵⁰, la seconde étape consiste en un « *examen détaillé par une commission du projet de loi et de tous les amendements déposés sur ce projet* »²⁰⁵¹ ; la troisième en un « *examen détaillé, par le Senedd, du projet de loi et de tous les amendements déposés sur ce projet* »²⁰⁵² et la quatrième en un vote par le Senedd afin d'adopter ou non le projet.

1476. Les discussions parlementaires galloises peuvent aussi aborder des problématiques constitutionnelles. C'est ce que montrent les débats entourant le *Public Health (Protection from Eviction) (No. 2) (Wales) (Coronavirus) Regulations 2021*. L'objectif de ces dispositions était de limiter les possibilités d'expulsion par les propriétaires dans le contexte de la crise sanitaire. Mick Antoniw, le Président du *Legislation, Justice and Constitution Committee*, précisait que ces mesures contrariaient les droits des propriétaires en vertu de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme. Il affirmait néanmoins qu'une telle contrainte paraissait justifiée notamment par le contexte sanitaire exceptionnel, le fait qu'elle était tout de même accompagnée d'exceptions²⁰⁵³.

1477. Si les débats parlementaires gallois et nord-irlandais permettent l'expression constitutionnelle des membres de ces assemblées, ils sont, eux aussi, marqués par une prédominance gouvernementale, aboutissant nécessairement à une inégalité de force des expressions constitutionnelles portées par les projets de loi. En effet, entre 1997 et 2016, au Pays de Galles, il n'y a qu'un seul projet de loi gouvernemental qui n'a pu être traduit en texte de loi²⁰⁵⁴. En Irlande du Nord, sur la même période, le nombre de projets issus de l'exécutif qui ne se sont pas concrétisés est plus important tout en étant quand même modeste : 30% des

human rights standard that should not be construed as conflicting'. She also notes that using the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, referred to by the proposer, in any effort to restrict or prohibit access to safe abortion: 'constitutes a misinterpretation of the Convention'. Therefore, the sponsor of the Bill has misinterpreted the convention.'.

²⁰⁵⁰ « Making Laws », *Senedd Cymru – Welsh Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://senedd.wales/how-we-work/our-role/making-laws/>.

²⁰⁵¹ *Ibid.*

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ “Y Cyfarfod Llawn, Plenary”, *Senedd Cymru – Welsh Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://record.assembly.wales/Plenary/11188#A65605>.

²⁰⁵⁴ « Parliaments and assemblies », *op. cit.*

politiques proposées par le gouvernement n'ont pu être adoptées²⁰⁵⁵. Comme l'observe l'Institute of Government, entre 1999 et 2018, 92% des lois adoptées par l'Assemblée nord-irlandaise étaient à la base des projets de loi. Au Pays de Galles sur la même période, ce chiffre est de 93%²⁰⁵⁶. L'exécutif a donc une influence énorme sur le débat parlementaire, ce dernier est une arme considérablement efficace pour que le gouvernement applique sa politique et ainsi pour qu'il s'exprime constitutionnellement.

1478. L'ensemble des éléments étudiés dans cette section montrent à quel point le débat parlementaire est essentiel pour la justice constitutionnelle. Il permet la concrétisation des droits et libertés et, dans certains cas, la réforme profonde de l'ordre constitutionnel. Les assemblées législatives sont des lieux où l'expression constitutionnelle est forte. Cela s'observe d'ailleurs pas uniquement dans la fonction législative des parlements, mais aussi dans leur fonction de contrôle. Cette dernière est un outil privilégié d'engagement de la responsabilité constitutionnelle des exécutifs.

Section II : Le débat parlementaire dans sa fonction de contrôle

1479. Vanessa Barbé identifie deux grands volets dans cette fonction de contrôle : un premier qui consiste uniquement en une « *simple vérification* »²⁰⁵⁷, en une surveillance sans incidence sur l'existence du gouvernement ; et un second qui s'annonce comme une « *domination* », comme la « *maîtrise d'un organe par un autre* »²⁰⁵⁸. Dans les deux cas, il s'agit de mécanismes permettant d'activer la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif.

1480. La fonction de contrôle se fait ainsi par les mécanismes de domination que sont la motion de censure et la dissolution (I). La responsabilité politique gouvernementale s'exprime aussi, et de manière beaucoup plus régulière et soutenue, par les mécanismes de surveillance (II).

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ *Ibid.*

²⁰⁵⁷ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 243: «Le contrôle est entendu dans deux sens différents. Il peut s'agir d'une simple vérification, d'une surveillance, qui consiste à s'assurer que les droits fondamentaux sont effectifs. (...)».

²⁰⁵⁸ *Ibid.* : « (...) Mais il s'agit également d'une domination, de la maîtrise d'un organe par un autre. ».

I) La force inégale des mécanismes de domination dans la justice constitutionnelle

1481. Le principe de responsabilité du gouvernement, s'il est fondamental dans le droit constitutionnel britannique, ne semble néanmoins pas trouver son expression pratique à travers le mécanisme de la motion de censure (A). La dissolution, quant à elle, est plus utilisée et révèle un potentiel de domination gouvernementale et ainsi de domination gouvernementale dans la justice constitutionnelle (B).

A) La responsabilité ministérielle, fondamentale mais peu opérante

1482. Si le principe de responsabilité du gouvernement est un outil fondamental de démocratie et de libéralisme et, ce faisant de justice constitutionnelle (1) ; il se trouve dans la pratique emputé de sa sanction la plus radicale : la motion de censure (2).

1) La responsabilité du gouvernement, un outil de démocratie et de libéralisme

1483. Le principe de responsabilité est directement lié à celui de *rule of law*, à l'idée que le gouvernement est également soumis au droit²⁰⁵⁹. Ce principe est un composite de celui bien plus large de la responsabilité constitutionnelle des acteurs d'un régime politique, qui est de protéger et d'œuvrer dans le sens de la préservation de la Constitution, et qui incombe notamment au gouvernement.

1484. Le principe de responsabilité du Cabinet devant les parlementaires occupe une place importante dans la doctrine, considéré comme étant un mécanisme fondamental pour la démocratie britannique et pour le contrôle du gouvernement. John Stuart Mill rappelait ainsi que les Parlements ont le pouvoir de « *mettre en lumière* »²⁰⁶⁰, par la publicité, l'action du gouvernement ; cette publicité (qui peut correspondre à un exercice de la justice

²⁰⁵⁹ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 220: "The idea of responsible government is inextricably linked with the rule of law: government under or subject to the law."

²⁰⁶⁰ MILL John Stuart. *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaume et Cie, 1877, 456 p., p. 135 : « *Le véritable office d'une assemblée représentative n'est pas de gouverner, elle y est radicalement impropre mais bien de surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière tous ses actes, d'en exiger l'exposé et la justification, quand ces actes paraissent contestables, de les blâmer s'ils sont condamnables, de chasser de leur emploi les hommes qui composent le gouvernement s'ils abusent de leur charge ou s'ils la remplissent d'une façon contraire à la volonté expresse de la nation, et de nommer leurs successeurs, soit expressément, soit virtuellement.* ».

constitutionnelle si les parlementaires révèlent une action ou politique gouvernementale inconstitutionnelle) étant constitutive de l'obligation des gouvernants de rendre des comptes.

1485. Le principe de responsabilité est également un principe important pour les théoriciens du *Republicanism*, qui fut présent avec force dans la seconde moitié du XVII^e siècle et qui connaît un regain de vigueur actuellement. À cette époque, ce courant était porté notamment par John Milton²⁰⁶¹, James Harrington²⁰⁶² ou encore Algernon Sidney²⁰⁶³. Ce mouvement prend ses sources notamment dans la pensée politique Romaine et avait pour croyance centrale celle que le régime politique mixte -incluant des éléments monarchique, aristocratique et démocratique- était la meilleure forme de gouvernement. Bien plus, la préservation de la liberté était au cœur de ce mouvement²⁰⁶⁴ : elle était vue comme une « *liberté de non domination* », plutôt que comme une « *liberté de non interférence* »²⁰⁶⁵. La première implique la nécessité pour une personne de ne pas être enchaînée aux volontés d'une autre personne et plus spécifiquement des gouvernants. La « *liberté de non domination* » qui implique ainsi l'absence d'un gouvernement arbitraire doit se réaliser à travers la participation à la prise de décision, délibérative et axée sur la séparation des pouvoirs²⁰⁶⁶. Pour Adam Tomkins, la Constitution britannique est ainsi conforme au précepte de la doctrine du « *Republicanism* », composante de la constitution politique, en ce qu'elle met l'accent sur la nécessité pour le gouvernement de rendre des comptes devant les représentants du peuple²⁰⁶⁷. Richard Bellamy, se revendiquant également du courant du « *Republicanism* »²⁰⁶⁸, estime que la « *responsabilité* » propre au processus de prise de décision des démocraties parlementaires

²⁰⁶¹ MILTON John. *Ecrits politiques – suivis de la Liberté à double tranchant* par Marie-Madeleine Martinet, Paris, Belin, 1993, 336 p.

²⁰⁶² HARRINGTON James. *The Commonwealth of Oceana*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017, 161 p.

²⁰⁶³ SIDNEY Algernon. *Discourses Concerning Government*, Liberty Fund Inc, 1996, 2nd revised edition, 645 p.

²⁰⁶⁴ SKINNER Quentin. *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, 2011, 156 p.

²⁰⁶⁵ PETTIT Philip. *Republicanism – A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 328 p.

²⁰⁶⁶ *Ibid.* p. 36 : « *The political authorities recognised by the laws represent potential dominators, but the recurrent republican idea is that they will themselves be suitably constrained (...) under a proper constitution : say, where suitable mechanisms of representation, rotation of office, separation of powers, and the like are in place* » ; LOUGHLIN Martin. « *Towards a Republican Revival?* », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, n°2, pp. 425-437, p. 428 : « *For republicans, liberty is best protected not by keeping government off our backs, but by establishing an institutional framework of governing that promotes deliberation, prevents domination by faction, a political culture that encourages the virtuous to assume the tasks of leadership.* ».

²⁰⁶⁷ TOMKINS Adam. *Our Republican Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, 156 p., p. 65 : « *The centrepiece of republican constitutional structure is accountability: those in position of political power must be accountable to those over whom (and in whose name) such power is exercised. As we have repeatedly seen, in the British experience this ideal is manifested by making the government of the day accountable to the people's representatives in Parliament* ».

²⁰⁶⁸ BELLAMY Richard. *Political Constitutionalism: A Republican Defence Of The Constitutionality Of Democracy*, *op. cit.*, preface p. viii : « *From the republican perspective adopted here, (...).* ».

constitue un des éléments justifiant une préférence pour les procédures démocratiques de protection des droits²⁰⁶⁹.

1486. Le mouvement du constitutionnalisme politique –qui souvent reprend les idées du *Republicanism*- donne au principe de responsabilité et au contrôle du Cabinet une place déterminante pour la protection des règles constitutionnelles. L'idée fondamentale de ce courant doctrinal est de souligner que les mécanismes ordinaires de la vie politique parlementaire sont bien plus efficaces et adaptés que des mécanismes juridictionnels pour protéger les droits et libertés. En 1979, John Griffith insistait sur la nécessité que les décisions soient prises par les politiciens, ces derniers étant responsables²⁰⁷⁰. Pour l'auteur, seul les contrôles de nature politique fondés sur les idées de gouvernement responsable et transparent sont en mesure d'éviter la tyrannie²⁰⁷¹. Par conséquent, le principe de responsabilité politique du gouvernement est vu comme l'outil majeur de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif, et ainsi d'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires.

1487. Comme le rappelle Hilaire Barnett le « *principe de responsabilité du gouvernement devant le Parlement* » se décline en deux volets : un volet « *collectif* » (responsabilité collective du Cabinet) et un volet « *individuel* »²⁰⁷². L'aspect « *collectif* » de la responsabilité gouvernementale correspond à l'exigence d'une solidarité au sein du Cabinet. L'aspect « *individuel* » de cette responsabilité désigne le principe selon lequel un « *ministre est responsable pour chaque action menée par son département* »²⁰⁷³.

1488. Le principe de responsabilité du Cabinet devant le Parlement est une règle constitutionnelle de nature conventionnelle. Même si la date d'apparition de cette convention de la Constitution fait débat, beaucoup d'auteurs la font remonter à la démission du Cabinet de

²⁰⁶⁹ *Ibid.*: “Party competition and majority rule on the basis of one person one vote uphold political equality and institutionalise mechanisms of political balance and accountability that provide incentives for politicians to attend to the judgements and interests of those they govern”; “From the republican perspective adopted here, the procedures and mechanisms of established democracies offer adequate, if not perfect and certainly improvable, safeguards against domination and arbitrary rule.”.

²⁰⁷⁰ GRIFFITH J.A.G. “The Political Constitution”, *The Modern Law Review*, 1979, vol. 42, n°1, p. 16: “I believe firmly that political decisions should be taken by politicians. In a society like ours this means by people who are removable. It is an obvious corollary of this that the responsibility and accountability of our rulers should be real and not fictitious”.

²⁰⁷¹ *Ibid.*, : “That is why these present proposals by Lord Hailsham, Lord Scarman and others are not only mistaken but positively dangerous. They seem to indicate a way by which potential tyranny can be defeated by the intervention of the law and the invention of institutional devices. There is no such way. Only political control, politically exercised, can supply the remedy.”.

²⁰⁷² BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., pp. 220 et s.

²⁰⁷³ *Ibid.*, p. 224 ; L'aspect “individuel” de cette responsabilité recouvre aussi le principe de responsabilité des ministres pour leur conduite personnelle dans le cadre de leurs vies privées, voir *Ibid.*, p. 229.

Lord North en 1782²⁰⁷⁴. Le *Ministerial Code*, document de *soft law*, rappelle le principe de responsabilité tant dans son aspect individuel²⁰⁷⁵ que collectif²⁰⁷⁶.

1489. L'importance du principe de responsabilité du gouvernement dans l'ordre constitutionnel britannique a été rappelée dans la jurisprudence *Bobb v Manning* rendue en 2006 par le *Privy Council*. Lord Bingham affirma ainsi « *que la conduite du gouvernement par un Premier ministre et un Cabinet collectivement responsables et redevables devant le Parlement est au cœur de la démocratie de Westminster* »²⁰⁷⁷. L'importance du principe de responsabilité a aussi été rappelée dans l'affaire *Miller II* en 2019. La Cour suprême affirma ainsi que la prorogation ne pouvait être utilisée, sans justification raisonnable, pour neutraliser le principe de responsabilité et rendre le gouvernement irresponsable²⁰⁷⁸, affirmant que ce principe était un principe juridique qui s'appliquait également au pouvoir de proroger. Le juge ici protège le principe de responsabilité et par conséquent, le pouvoir et la place des parlementaires dans la justice constitutionnelle. Il reconnaît ainsi que même la décision de proroger est soumise au principe de responsabilité et à son appréciation par les parlementaires (notamment en se référant aux principes constitutionnels). Cette décision est un exemple supplémentaire des connexions possibles entre les différents exercices de la justice constitutionnelle.

1490. Si la responsabilité ministérielle est un mécanisme fondamental de responsabilité constitutionnelle de l'exécutif, et ainsi de justice constitutionnelle, elle demeure peu opérante dans les faits du fait de la désuétude de la motion de censure.

²⁰⁷⁴ Voir notamment PIMENTEL Carlos-Miguel. “ Les conventions de la constitution ou le conflit surmonté”, *Encyclopédie de droit politique*, [en ligne], [consultée le 29 mars 2014], <http://droitpolitique.com/publications/article/367/les-conventions-de-la-constitution-ou-le-conflit-surmonte>.

²⁰⁷⁵ Cabinet Office. *Ministerial Code*, August 2019, 31 p., art. 1.3 b): “*Ministers have a duty to Parliament to account, and be held to account, for the policies, decisions and actions of their departments and agencies;*”.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, art. 2.1: “*The principle of collective responsibility requires that Ministers should be able to express their views frankly in the expectation that they can argue freely in private while maintaining a united front when decisions have been reached.*”.

²⁰⁷⁷ *Bobb & Anor v. Manning (Trinidad and Tobago)* [2006] UKPC 22, par. 13: “*The conduct of government by a Prime Minister and Cabinet collectively responsible and accountable to Parliament lies at the heart of Westminster democracy.*”.

²⁰⁷⁸ *R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41, par. 49: “*A prerogative power is therefore limited by statute and the common law, including, in the present context, the constitutional principles with which it would otherwise conflict.*”; par. 50: “*For the purposes of the present case, therefore, the relevant limit upon the power to prorogue can be expressed in this way: that a decision to prorogue Parliament (or to advise the monarch to prorogue Parliament) will be unlawful if the prorogation has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive.*”. Voir aussi sur ce sujet. SIMSON CAIRD Jack. “Jack Simson Caird: The Supreme Court and Parliament: The Constitutional Status of Checks and Balances”, *UK Constitutional Law Association*, 27th September 2019, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/27/jack-simson-caird-the-supreme-court-and-parliament-the-constitutional-status-of-checks-and-balances/>.

2) La désuétude de la motion de censure

1491. Il existe, selon Richard Kelly²⁰⁷⁹, trois types principaux de motions utilisables par la Chambre des Communes pour remettre en cause la confiance accordée à un gouvernement : les « *motions de confiance* » (« *confidence motions* ») initiées par le Cabinet, les « *motions de censure* » (« *non confidence motions* ») décidée par la Chambre des Communes, et enfin d'autres motions qui, au regard des circonstances particulières, peuvent être considérées comme des motions de confiance ou de censure.

1492. Le principal mécanisme de domination est celui de la motion de censure ou *Motion of no confidence*. Selon la section 2(4) de la loi de 2011 -bientôt abrogée- cette motion doit être votée par la Chambre des Communes selon l'expression suivante : *'That this House has no confidence in HM Government'*²⁰⁸⁰. La motion est le plus souvent déposée par le Leader de l'opposition observe Vanessa Barbé²⁰⁸¹. « *Une journée entière de séance est alors consacrée à l'étude de la motion ('full-redress debate')* »²⁰⁸². Si une telle motion est votée, et si un nouveau gouvernement supporté par une majorité de *MPs* ne peut être formé dans un délai de 14 jours, alors le Parlement est dissout et une élection générale est programmée²⁰⁸³.

1493. Néanmoins, la loi de 2011 ne régit pas dans son entier la possibilité de mettre en cause la confiance d'un gouvernement. Comme l'observe Richard Kelly, « *la loi ne contient aucune disposition régissant les motions de confiance en général et (...) ne dit rien sur la question de savoir si ou quand un gouvernement doit démissionner en réponse à de tels votes.* »²⁰⁸⁴. Ainsi, les parlementaires peuvent utiliser d'autres biais que la loi de 2011 pour mettre en jeu la confiance d'un gouvernement et par conséquent pour sanctionner un gouvernement dont un fait ou une politique serait outrageusement inconstitutionnel. Cela

²⁰⁷⁹ KELLY Richard. *Confidence Motions*, House of Commons Library, Briefing paper n°02873, 2019, 47 p.

²⁰⁸⁰ "Motion of no confidence", www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/motion-of-no-confidence/>.

²⁰⁸¹ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 312.

²⁰⁸² *Ibid.*

²⁰⁸³ *Fixed-term Parliaments Act 2011*, section 2(3)(b) : "An early parliamentary general election is also to take place if—(b)the period of 14 days after the day on which that motion is passed ends without the House passing a motion in the form set out in subsection (5).".

²⁰⁸⁴ KELLY Richard. *Confidence Motions*, op. cit., p. 7 : "In this regard it may be noted that the Act contains no provision regulating motions of confidence generally and that it says nothing about whether or when a Government should resign in response to such votes.".

demeure néanmoins fort hypothétique et le vote de la confiance ne semble pas être l'outil employé par les parlementaires pour exercer la justice constitutionnelle.

1494. Dans tous les cas, ces motions font partie des outils hypothétiquement utilisables par les parlementaires pour sanctionner le comportement ou la politique d'un gouvernement qu'ils jugeraient comme fondamentalement contraire à la Constitution. Si cela est hypothétiquement et théoriquement concevable, il semble que dans la pratique le vote de la confiance ou de la censure ne soit pas un outil utilisé par les parlementaires pour exercer la justice constitutionnelle. La dernière motion votée était une « motion de censure » en date du 16 janvier 2019 suite à l'échec de l'adoption de l'*European Union (Withdrawal Agreement) Bill*.

1495. De plus, depuis 1826, la majorité des votes de confiance ou de censure concernait avant tout l'action économique et internationale du gouvernement et ainsi n'avait pas pour objet premier la protection de la Constitution, de l'ordre constitutionnel. Sur les 37 votes de confiance (motion de censure ou motion de confiance selon les cas) entre 1895 et 2019, deux ont été utilisés par les parlementaires comme moyen direct d'expression constitutionnelle. En effet, la motion de censure du 4 décembre 1952 avait bien été utilisée par l'opposition pour exercer la justice constitutionnelle²⁰⁸⁵. L'Assemblée y regrettait « *que le gouvernement de Sa Majesté traite les affaires de la Chambre avec incompétence, injustice et au mépris des meilleurs principes de la démocratie parlementaire* »²⁰⁸⁶. Cette motion fut un échec avec 280 voix pour et 304 contre. Enfin, la *motion of no confidence* du 28 mars 1979 à l'encontre du gouvernement de James Callaghan portait à l'encontre de ce dernier de sérieux griefs ayant trait à la matière constitutionnelle. Cette motion mènera à une dissolution et ainsi, sera étudiée avec plus de précision dans la sous-partie consacrée à la dissolution.

1496. Si la motion de censure devient peu opérante, cela est moins le cas de la dissolution qui s'avère être un outil à double tranchant.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 25: "Opposition motion defeated 280-304: That this House regrets that Her Majesty's Government is dealing with the Business of the House incompetently, unfairly and in defiance of the best principles of Parliamentary democracy and the national interest, and records the view that this is in part brought about by the efforts of Ministers to force through measures, unrelated to the needs of the nation, for which they have no adequate support in Parliament or the country."

²⁰⁸⁶ *Ibid.*

B) La dissolution, un outil de justice constitutionnelle à double titre

1497. Comme l'observe Philippe Lauvaux, la dissolution a été interprétée par la doctrine constitutionnelle comme la « *contrepartie nécessaire* »²⁰⁸⁷ du principe de responsabilité politique. La dissolution peut également être un moyen d'expression constitutionnelle à deux titres : le premier concerne le Cabinet et le Premier ministre, le second a trait aux électeurs.

1498. En premier lieu, la dissolution peut être utilisée par un gouvernement pour provoquer des élections à un moment qu'il trouve opportun en dissolvant la Chambre des Communes. Preuve de la « *fusion des pouvoirs* » décrite par Bagehot, la dissolution confère au Cabinet « *le pouvoir de détruire ses créateurs* »²⁰⁸⁸, la législature. Ce faisant, cela lui permettra de trouver une nouvelle majorité, sans doute renforcée, de prolonger son mandat. Cet usage très critiqué de la dissolution²⁰⁸⁹ permet à l'exécutif de renforcer sa position, sa politique et par conséquent sa politique qui a trait aux questions constitutionnelles. La dissolution peut donc être un outil de renforcement de la place de l'exécutif dans la justice constitutionnelle. Avant la loi de 2011, la dissolution pouvait donc avoir lieu n'importe quand. Des dissolutions eurent lieu en 1992, 1997, 2005 et 2010²⁰⁹⁰.

1499. Si cette manière d'utiliser la dissolution avait été remise en cause par l'adoption du *Fixed-Term Parliament Act* 2011, l'abrogation à venir de ce dernier signe le retour du choix primoministériel de dissoudre.

1500. Les modalités de la dissolution sont, en effet, soumises aux va et vient du législateur. L'effet de la loi de 2011 était considérable en ce qu'elle retirait la dissolution de la prérogative royale (et donc de l'initiative du Premier ministre) pour la soumettre aux volontés de la Chambre des Communes. En effet, la loi de 2011 prévoyait dans sa section 2(1) et (2) que

²⁰⁸⁷ LAUVAUX Philippe, LEPETIT Jean-Paul. *Les grandes démocraties contemporaines*, op. cit., p. 529.

²⁰⁸⁸ BAGEHOT Walter. *The English Constitution*, op. cit., p. 50: "The English system, therefore, is not an absorption of the executive power by the legislative power; it is a fusion of the two. Either the cabinet legislates and acts, or else it can dissolve. It is a creature, but it has the power of destroying its creators". Voir aussi sur ce point. LE DIVELLEC Armel. « Le Gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États Européens », *Jus Politicum - n°1, Le droit politique*, 2008, [en ligne], [consultée le 15 septembre 2014], <http://www.juspoliticum.com/Le-gouvernement-portion-dirigeante.30.html>.

²⁰⁸⁹ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 93: "Prior to the Fixed-term Parliaments Act 2011, the Crown dissolved Parliament under the royal prerogative at the request of the Prime minister. This power gave rise to many doubts and criticisms. The main political criticism was that the Prime minister could choose the date of a general election when it most favoured the re-election of the government."

²⁰⁹⁰ KELLY Richard. *Dissolution of Parliament*, House of Commons Library, Briefing paper, n° 05085, 2019, 14 p.

les Communes pouvaient prononcer leur propre dissolution si les *MPs* en décidaient à une majorité égale ou supérieure aux 2/3 du nombre de sièges²⁰⁹¹. Une deuxième voie de dissolution était prévue, cette fois-ci aux mains de la Couronne, dans le cas où dans les 14 jours après le vote d'une *motion of no confidence* le gouvernement n'arrivait pas à obtenir la confiance des députés. Cela était prévu à la section 2(3) et (4)²⁰⁹². En plus de prévoir des conditions strictes de dissolution, la loi de 2011 avait pour effet de fixer la durée de la législature à 5 ans.

1501. Or ces modalités rigides de dissolution ne purent résister aux volontés de Boris Johnson qui, dans le cadre des négociations après du Brexit et de ses conflits avec les parlementaires, ne put obtenir la majorité requise par la loi de 2011 pour dissoudre la Chambre des Communes. Preuve de sa position dominante dans le jeu institutionnel britannique, il contourna alors la loi de 2011 en faisant passer un projet de loi qui devint *l'Early Parliamentary General Election Act 2019*. C'est peu de temps après qu'un *private bill* proposant l'abrogation de la loi de 2011 fut introduit à la Chambre des Lords le 3 février 2020 : le *Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill*. Ce projet de loi dans sa section 3(1) dispose : « *Une élection générale parlementaire anticipée doit avoir lieu si Sa Majesté par proclamation dissout le Parlement alors existant* »²⁰⁹³. Il s'agit « *d'un retour à l'état du droit avant l'adoption du FTPA* »²⁰⁹⁴. Par conséquent, la dissolution pourra être de nouveau utilisée par le gouvernement comme une procédure lui permettant de renforcer sa majorité et ainsi le soutien à sa politique et vision constitutionnelle.

1502. En second lieu, la dissolution peut être vue comme un moyen très indirect d'expression constitutionnelle pour les électeurs. En effet, la dissolution mène à des élections qui seront une occasion pour les électeurs de soutenir ou non le parti du gouvernement et, ce faisant, de soutenir ou non une vision constitutionnelle soutenue par ce même parti. Dans cette perspective, la dissolution est un outil de responsabilité constitutionnelle des ministres et

²⁰⁹¹ *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, section 2: “(1) *An early parliamentary general election is to take place if—(a) the House of Commons passes a motion in the form set out in subsection (2), and (b) if the motion is passed on a division, the number of members who vote in favour of the motion is a number equal to or greater than two thirds of the number of seats in the House (including vacant seats).* (2) *The form of motion for the purposes of subsection (1)(a) is—‘That there shall be an early parliamentary general election.’”*

²⁰⁹² *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, section 2: “(3) *An early parliamentary general election is also to take place if—(a) the House of Commons passes a motion in the form set out in subsection (4), and (b) the period of 14 days after the day on which that motion is passed ends without the House passing a motion in the form set out in subsection (5).* (4) *The form of motion for the purposes of subsection (3)(a) is—‘That this House has no confidence in Her Majesty’s Government.’”*

²⁰⁹³ *Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill*, section 3(1): “*An early parliamentary general election is to take place if Her Majesty by proclamation dissolves the Parliament then in existence.*”

²⁰⁹⁴ VERDET Lucas. « L'abrogation du Fixed-term Parliaments Act : rendre à la Reine ce qui appartient à la Reine », *Jus Politicum Blog*, 7 octobre 2020, [en ligne], [consultée le 18/04/2021], <https://blog.juspoliticum.com/2020/10/07/labrogation-du-fixed-term-parliaments-act-rendre-a-la-reine-ce-qui-appartient-a-la-reine-par-lucas-verdet/>.

parlementaires devant l'électorat. La dissolution « *appel au peuple* »²⁰⁹⁵ se confond ainsi avec « *la dissolution politique normale, celle qui ne vise qu'à renforcer la position parlementaire du Cabinet.* »²⁰⁹⁶.

1503. En outre, dans le passé, même si cela était très rare, la dissolution a été utilisée en réponse à une *motion of no confidence*. Dans ce cas, l'électeur arbitre un conflit entre l'exécutif et la majorité, arbitrage qui peut théoriquement être l'occasion d'une expression constitutionnelle. Une dissolution de ce genre fut provoquée par le vote d'une *motion of no confidence* à destination de James Callaghan le 28 mars 1979. L'élection qui suivit signa la défaite du travailliste au profit des conservateurs. La *motion of no confidence* et la dissolution qui suivit présentaient d'importants enjeux constitutionnels. En effet, la majorité des écossais avait voté en faveur de la dévolution lors du référendum de 1979 pour l'indépendance de l'Écosse. Néanmoins, la loi qui prévoyait ce référendum exigeait « *une participation d'au moins 40% de l'électorat écossais et gallois aux référendums pour valider les projets* ». Les résultats du référendum du 1^{er} mars 1979 menèrent à une majorité insuffisante, ce qui conduisit le gouvernement Callaghan à ne pas mettre en œuvre la loi sur la dévolution écossaise.

1504. S'ensuivit une désapprobation, symbolisée par la célèbre *motion of no confidence* inaugurée par le *Scottish National Party* et prononcée par Margaret Thatcher. Cette motion mettaient en avant plusieurs raisons à ne plus accorder la confiance au Cabinet ; parmi celles-ci figuraient des arguments de nature constitutionnelle : ainsi Margaret Thatcher dénonça la mauvaise gestion des référendums²⁰⁹⁷, la trop forte concentration des pouvoirs au détriment des citoyens²⁰⁹⁸ ou encore la menace que le gouvernement représentait pour le *rule of law*. Elle citait alors les propos du Lord President, remettant en cause le rôle des juges dans la protection

²⁰⁹⁵ BARANGER Denis. *Parlementarisme des origines – Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 1^{ère} édition, 408 p., p. 378.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*

²⁰⁹⁷ *Hansard*, HC Deb., 28th March 1979, vol. 965 cc461-590: "The timing of the motion arises from the Government's inept handling of the result of the referendums on the Scotland and Wales Acts. When we thought that it was a time for decision, the Prime Minister thought that it was a time for talks. As he had previously spurned them, we were not wholly convinced that the reasons that he advanced represented the whole truth. We were similarly sceptical when he expressed his willingness to consider modifications to the present Acts, presumably by an amending Bill or a totally different measure. From his days as Home Secretary we know that the right hon. Gentleman takes what might be charitably described as a flexible view of constitutional niceties, but even he might find it difficult to arrange for major changes on a subject like this to pass through all their stages in the three working months, at most, that are left to this House. Any such changes must be for a new Parliament."

²⁰⁹⁸ *Ibid.*: "The second reason for the decline is that the Government have concentrated far too much power in the hands of the centralised State and left too little with the individual citizen. Indeed, if the Government had assumed less power over communities and individuals the more remote areas in the United Kingdom would have less reason to worry about the power coming from Westminster".

des droits²⁰⁹⁹. En prononçant la dissolution de la Chambre et en provoquant des élections, les électeurs deviennent alors les arbitres d'un conflit institutionnel, et également des dimensions constitutionnelles qu'il porte. Si la dissolution peut, par cette voie, être un instrument de justice constitutionnelle, son exercice effectif lors du vote est néanmoins entouré d'incertitudes, parmi lesquelles la préférence pour des arguments de forme ou économiques.

1505. Les mécanismes de domination ne sont pas les seuls à exprimer la nécessité pour l'exécutif de rendre des comptes des implications constitutionnelles de leur politique. En effet, les mécanismes de surveillance traduisent également la nécessaire transparence que doit revêtir la politique gouvernementale, transparence qui permet d'évaluer les actions menées par l'exécutif.

II) L'importance des mécanismes de surveillance dans la justice constitutionnelle

1506. La responsabilité politique et constitutionnelle du gouvernement devant le Parlement s'exprime aussi, et de manière continue, par des mécanismes de surveillance. Parmi ces mécanismes figurent les questions posées aux ministres (A) et celles posées au Premier ministre (B) invitant l'exécutif à rendre compte de sa politique, notamment de ses implications constitutionnelles

1507. Vanessa Barbé affirme d'ailleurs que « *ces deux aspects du contrôle se retrouvent dans la fonction parlementaire de garantie des droits fondamentaux* »²¹⁰⁰. Ces mécanismes permettent ainsi aux parlementaires de revendiquer publiquement la violation par le gouvernement et/ou l'application par ce dernier des droits et règles constitutionnelles.

1508. Il existe deux types de questions parlementaires : les *questions orales* et les *questions écrites*²¹⁰¹. Parmi les *questions orales* figurent les questions posées au Premier

²⁰⁹⁹ *Ibid.*: "The fourth reason for our decline—this pervades the whole life of the community—is the Government's position on the rule of law. They have shown insufficient support for the rule of law in this country. The most cogent example of that proposition came from the Lord President in 1977. He said: 'It does so happen to be the case that if the freedom of the people of this country—and especially the rights of trade unionists—if those precious things in the past had been left to the good sense and fairmindedness of judges, we would have precious few freedoms in this country.' Some of us were so appalled by what the Lord President said that we tackled the Prime Minister about it in the House of Commons. He said: 'Frankly, I do not think that he went far enough.'"

²¹⁰⁰ *Ibid.*

²¹⁰¹ SANDFORD Mark. *Parliamentary Questions: recent issues*, House of Commons Library, Briefing Paper, n°04148, 2015, 17 p., p. 4.

ministre, les questions ministérielles, les questions d'actualité et les questions urgentes²¹⁰². Les questions écrites, quant à elles, comportent les questions écrites ordinaires, les *Named day questions* et les questions orales non soumises au débat qui sont automatiquement converties en questions écrites²¹⁰³. Les questions parlementaires sont posées tant dans la Chambre des Communes que dans la Chambre des Lords. Les membres souhaitant émettre une question doivent la déposer préalablement au *Table Office* de la Chambre des Communes²¹⁰⁴. Une question déposée ne pourra être posée au gouvernement que si elle répond à certaines exigences de recevabilité : elle doit demander une information ou inviter l'exécutif à entreprendre une action, et concerner les responsabilités du ou des départements impliqués ; cette question doit adopter un langage neutre et enfin être concise²¹⁰⁵.

1509. Les ministres peuvent refuser de répondre à des questions si elles concernent la sécurité nationale, si elles représentent un coût disproportionné ou si elles ont trait à la confidentialité commerciale²¹⁰⁶. Si un parlementaire est mécontent de la réponse formulée par un ministre il dispose des moyens suivants : programmer des questions supplémentaires, se plaindre auprès de la Commission de la Procédure (*Procedure Committee*), provoquer un débat d'ajournement ou encore écrire au ministre²¹⁰⁷.

A) Les questions ministérielles, des outils d'exercice de la justice constitutionnelle

1510. Les questions ministérielles sont posées dans les deux chambres, en début de séance, du lundi au jeudi, pendant une heure à la Chambre des Communes et pendant une demi-heure à la Chambre des Lords. Alors que dans la première, les questions sont adressées à des ministères précisément identifiés, dans la seconde, les questions s'adressent au gouvernement dans son ensemble²¹⁰⁸. Les questions peuvent permettre à des parlementaires de requérir, plus ou moins directement, l'application de certains droits.

²¹⁰² *Ibid.*

²¹⁰³ *Ibid.*

²¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 6-7.

²¹⁰⁵ *Ibid.* De plus le *Table Office* n'acceptera pas une question qui a déjà été posée sauf si il y a une différence de situation avérée par rapport à l'époque où avait été posé la première question.

²¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁰⁷ *Ibid.*

²¹⁰⁸ "Question Time", UK Parliament, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/about/how/business/questions/>.

1511. Les questions parlementaires posées aux ministres s’ancrent dans la fonction de contrôle du Parlement et contribuent aussi à des échanges sur des questions constitutionnelles. Ces échanges peuvent être l’occasion, par exemple, de demander au gouvernement des précisions sur les implications constitutionnelles de sa politique. Bien plus, les questions peuvent prendre l’aspect de « *questions juridiques axées sur la constitutionnalité ou la conventionalité des lois ou des actes du gouvernement* »²¹⁰⁹.

1512. La justice constitutionnelle s’exerce ici dans l’échange, oralement et se concrétise non par la prise d’une décision sur une question constitutionnelle mais par la nécessité pour le gouvernement de rendre des comptes sur sa politique. Les questions parlementaires ont de « *nombreux atouts* »²¹¹⁰ selon Vanessa Barbé, ce qui en fait une méthode efficace pour exercer la justice constitutionnelle. « *Les procédures sont assez simples, ouvertes aux membres isolés des assemblées ou en groupe, elles permettent d’obtenir une réponse sur un point précis et font l’objet d’une publicité.* »²¹¹¹.

1513. Dans les questions enregistrées le 10 pour le lundi 13 juillet 2020, David Simmonds demanda au *Secretary of State for the Home Department* quelles mesures son département comptait prendre pour aider à protéger les victimes de violence domestique²¹¹². L’interrogation posée par le parlementaire contribue ici à l’effectivité de certains droits, comme le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants. John Howell demanda au même ministre ce que son département comptait faire pour empêcher les crimes de haine contre les lieux de culte²¹¹³. Le parlementaire œuvre ici dans le sens de la concrétisation de la liberté de culte.

1514. La question posée par Sarah Champion au même ministre est aussi évocatrice en ce qu’elle lui demande quels progrès ont été accomplis par son département pour empêcher l’exploitation sexuelle des enfants par des gangs organisés²¹¹⁴. Toutes ces questions peuvent être rattachées à des droits consacrés dans le *HRA* 1998, qui sont des droits constitutionnels.

²¹⁰⁹ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 258.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 259.

²¹¹¹ *Ibid.*

²¹¹² « Question archive », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], https://www.parliament.uk/business/publications/business-papers/commons/parliamentary_questions/question-book1/#session=35&year=2020&month=6&day=10, [en ligne], [consultée le 26/08/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmfuture/futoral200710.pdf>; David Simmonds : “*What steps her Department is taking to help protect victims of domestic abuse.*”

²¹¹³ *Ibid.*, John Howell : “*What steps her Department is taking to prevent hate crimes against places of worship.*”

²¹¹⁴ *Ibid.*, Sarah Champion : “*What progress she has made on preventing the sexual exploitation of children by organised gangs.*”

Plusieurs questions enregistrées le 13 juillet pour le 14 posées au Ministre de la justice reviennent également à demander l'application de droits constitutionnels comme le droit d'accès à la justice²¹¹⁵. Certaines questions concernent même la mise à jour du système de protection mis en place par le *HRA* 1998 et donc le fonctionnement d'une partie de la justice constitutionnelle²¹¹⁶.

1515. Bien plus que les questions posées aux ministres, celles posées au Premier ministre constituent des véritables rappels de la responsabilité constitutionnelle du Chef du gouvernement.

B) Le Prime Minister's Question Time ou la médiatisation de la responsabilité constitutionnelle du Premier ministre

1516. Les questions posées au Premier Ministre (*Prime Minister's Question Time*) sont d'une importance cruciale pour qu'il rende des comptes sur sa politique ; elles peuvent donc être un outil d'exercice de la justice constitutionnelle. Le Premier ministre peut être ainsi amené à clarifier les implications constitutionnelles de sa politique et un parlementaire peut alors émettre un avis sur la politique menée et sur sa conformité avec des règles constitutionnelles. « *L'objectif explicite des questions est de donner aux députés un moyen d'obtenir des informations sur l'activité et les décisions du gouvernement, et d'exiger des mesures correctives si nécessaire* »²¹¹⁷. Le *PMQT* est un moyen particulièrement intense pour contraindre le Premier ministre à rendre des comptes : les questions, que le Premier ministre ne connaît pas à l'avance, donnent lieu à un débat diffusé en direct à la télévision. En plus de son caractère inattendu et public, le *PMQT* a aussi un caractère « *participatif* » comme l'affirme Ruxandra Serban²¹¹⁸. En effet, même si le *PMQT* se concentre surtout sur l'affrontement du Premier ministre et du

²¹¹⁵ « Question archive », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], https://www.parliament.uk/business/publications/business-papers/commons/parliamentary_questions/question-book1/#session=35&year=2020&month=6&day=10, [en ligne], [consultée le 26/08/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm5801/cmfuture/futura1200713.pdf>; Richard Graham : “*What steps his Department is taking to increase access to justice.*” ; Sarah Jones : “*What steps his Department is taking to support children and young people who come into contact with the criminal justice system.*”.

²¹¹⁶ *Ibid.*, Stuart C McDonald : “*What recent discussions he has had with the Scottish Government on proposals to update the Human Rights Act 1998.*” ; Marion Fellows : “*What recent discussions he has had with the Scottish Government on proposals to update the Human Rights Act 1998.*”.

²¹¹⁷ SERBAN Ruxandra. « Punch & Judy Politics? The roles and functions of Prime Minister's Question Time », *The Constitution Unit*, 23 octobre 2018, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://constitution-unit.com/2018/10/23/punch-judy-politics-the-roles-and-functions-of-prime-ministers-question-time/>.

²¹¹⁸ *Ibid.*

Leader de l'opposition, le « *Speaker appelle également des membres backbenchers pour poser des questions* »²¹¹⁹.

1517. Les questions posées au Premier Ministre se déroulent à la Chambre des Communes, de manière hebdomadaire, tous les mercredis entre 12h et 12h30²¹²⁰. La session commence par une question d'un *MP* sur les « *engagements pris par le Premier ministre* »²¹²¹. C'est une question ouverte. À la suite de cette question, le *MP* concerné est en droit de poser une question supplémentaire sur tout sujet. Après que le Premier ministre ait répondu à cette deuxième question, le *MP* pose une question précise, portant sur un sujet d'importance politique. Intervient ensuite le Leader de l'opposition qui, sur le même sujet ou non, est autorisé à poser au total 6 questions.

1518. Les questions peuvent appeler à la concrétisation de certains droits constitutionnels. Ainsi, le 23 juin 2020, Janet Daby (*MP Labour*), demanda au Premier ministre quel était son « *calendrier* » « *pour la mise en œuvre des recommandations issues des examens et des audits sur les inégalités raciales* »²¹²². Le 10 juin 2020, le Leader de l'Opposition, Keir Starmer, demanda au Premier ministre pour quelles raisons les recommandations formulées par le *Lammy report* portant sur le racisme au sein du système judiciaire n'avaient pas encore été mises en application²¹²³. La question a pour objet l'application de recommandations dont l'objectif est de remédier à une situation éminemment problématique au regard des droits constitutionnels et de la non-discrimination.

1519. Dans le même thème et le même jour, Maria Miller (*MP Conservative*) lui demanda s'il allait « *se pencher sur le racisme systématique dans les départements gouvernementaux* »²¹²⁴. Lors de la séance du 13 mai 2020, Peter Bone (*MP Conservative*) demanda au Premier ministre si « *au nom de la démocratie* » « *le crango politiquement corrompu, totalement biaisé et moralement en faillite* » sera aboli²¹²⁵. Il demandait alors si le gouvernement allait prendre une décision qui selon le *MP* allait dans le sens de la valorisation

²¹¹⁹ *Ibid.*

²¹²⁰ « Question Time », *op. cit.*

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² « Prime Minister's Questions: 24 June 2020 », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/business/news/2020/june/prime-ministers-questions-24-june/>.

²¹²³ « Prime Minister's Questions: 10 June 2020 », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/business/news/2020/june/prime-ministers-questions-10-june-2020/>.

²¹²⁴ *Ibid.*

²¹²⁵ « Prime Minister's Questions: 13 May 2020 », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/business/news/2020/may/prime-ministers-questions-13-may-2020/>.

et de la préservation de la démocratie. Implicitement, le *MP* avait donc identifié un élément qui, selon lui, n'était pas conforme à la nature démocratique de l'ordre constitutionnel britannique.

1520. Dans une question en date du 5 février 2020, Suella Braverman demanda au gouvernement d'agir dans le sens d'une préservation de la séparation des pouvoirs²¹²⁶. Une telle requête n'était pas expressément formulée en ces termes mais consistait à demander au gouvernement de faire en sorte que ce soit le Parlement et non le *judicial review* qui élabore le droit²¹²⁷. La question est donc utilisée pour soulever une demande de nature constitutionnelle.

1521. Les questions constitutionnelles ne représentent toutefois pas la totalité des questions. Beaucoup de questions portent ainsi sur des problèmes économiques, sociaux, internationaux qui, de prime abord, ne présentent pas d'aspect constitutionnel. Le *CRVO* (*Covid-19 Review Observatory*)²¹²⁸ avait d'ailleurs évalué l'engagement du Parlement en matière de droits et libertés dans toutes les *PMQT* depuis le 30 janvier 2020²¹²⁹, date à laquelle l'OMS a officiellement considéré la propagation du SRAS-CoV-2 comme une urgence sanitaire mondiale. La préoccupation centrale de cette étude de l'Observatoire était d'évaluer, pendant la crise du Covid-19, l'importance prise par les discussions relatives à la protection des droits dans les questions posées au Premier ministre. Il ressortait de cette évaluation, que sur à peu près 1000 Questions posées depuis le 30 janvier, à peu près la moitié (500) concernait le Covid-19, et que sur cette moitié, à peu près les trois quarts (400) abordaient la problématique des droits et libertés.

1522. Le *PMQT* est révélateur du rapport entre *MPs* et membres du gouvernement, mais laisse également une place, moindre, à la société civile. En effet, le *PMQT* suppose une confrontation publique, diffusée via les médias. Il permet d'informer l'opinion publique sur les actions du gouvernement et sur ses fondements. Ces Questions posées au Premier ministre sont une application concrète de l'idée soulignée par John Stuart Mill selon laquelle les Parlements

²¹²⁶ « Prime Minister's Questions: 5 February 2020 », www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/business/news/2020/february/prime-ministers-questions-5-february-2020/>.

²¹²⁷ *Ibid.*

²¹²⁸ Le *CVRO* est basé à la *Birmingham Law School* de l'Université de Birmingham. Le *CVRO* est dirigé par le professeur Fiona de Londras de la *Birmingham Law School*. Daniella Lock est la chargée de recherche qui travaille sur le *CVRO*. L'Observatoire a comme mission d'évaluer les réponses qui ont été apportées à la crise du Covid-19 en termes de droits et libertés. Voir. « About the CVRO - COVID-19 Review Observatory », *University of Birmingham – Birmingham blogs*, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <https://blog.bham.ac.uk/cvro/about-the-cvro/>.

²¹²⁹ LOCK Daniella. « Human Rights and COVID-19 in PMQs: Reflections on One Year of the Pandemic », *COVID-19 Review Observatory*, 5 March 2021, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <https://blog.bham.ac.uk/cvro/covid-19/human-rights-and-covid-19-in-pmq-reflections-on-one-year-of-the-pandemic/>.

ont le pouvoir de rendre publique l'action du gouvernement. Cette publicité aide les citoyens et autres membres de la société civile à se forger une opinion sur la politique menée par le gouvernement, et notamment sur ses implications constitutionnelles. Elle est donc de nature à encourager l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle, d'abord dans un cadre privé, ensuite et surtout dans un cadre institutionnalisé via les mécanismes étudiés précédemment (pétitions, élections, manifestations). Ce faisant, la *PMQT* est de nature à dynamiser la responsabilité constitutionnelle du Premier ministre.

1523. Outre le mécanisme de questions, la procédure de l'*Humble adress* a été remarquée ces dernières années, notamment dans le cadre du *Brexit*, comme mécanisme permettant aux parlementaires de contrôler la politique du gouvernement, notamment dans ses implications constitutionnelles. Ce mécanisme permet aux *MPs* de faire appel (par le biais d'une motion votée dans une des deux Chambres) au monarque afin qu'il contraigne le Cabinet à dévoiler à la Chambre certaines informations et certains documents.

1524. En novembre 2018, l'opposition utilisa cette procédure pour forcer le gouvernement à dévoiler l'étude d'impacts sur les répercussions juridiques du *Brexit*. S'en suivit un bras de fer entre l'exécutif et les parlementaires, le premier dévoilant un document qui selon les derniers ne répondait pas à la requête formulée par la motion. Les *MPs* en appelèrent au *Speaker* et avancèrent que les membres du gouvernement en ne répondant pas à la motion étaient responsables de *Contempt of Parliament*. Le *Speaker*, dans un discours en date du 3 décembre, confirma l'accusation des parlementaires²¹³⁰. Cette procédure a également été récemment utilisée par Dominic Grieve qui, le 9 septembre 2019 présenta à la Chambre des Communes une motion de « *humble adress* » demandant la publication des documents relatifs à l'opération *Brexit* (opération *Yellowhammer*) et à la prorogation du Parlement, prévue pour plus tard dans la journée. Ce mécanisme de contrôle donne aux parlementaires une connaissance plus approfondie de la politique de l'exécutif et de ses répercussions, notamment constitutionnelles. Il leur permet de pouvoir pleinement apprécier les décisions prises par le gouvernement et notamment leur compatibilité avec des règles constitutionnelles. Il est donc un des instruments parlementaires de la justice constitutionnelle.

²¹³⁰ "Contempt motion' on publishing of legal advice", www.parliament.uk, December 2018, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://www.parliament.uk/business/news/2018/december/contempt-motion-on-publishing-of-legal-advice/> : "After receiving letters from six Opposition MPs relating to the failure of Ministers to comply with the terms of the motion, the Speaker, John Bercow, made a statement in the Commons on Monday 3 December stating: '...I am satisfied that there is an arguable case that a contempt has been committed. I am therefore giving precedence to a motion to be tabled tonight before the House rises and to be taken as first business tomorrow, Tuesday.'".

1525. Les débats d'ajournement de la fin de journée figurent également parmi les outils pouvant contribuer à l'exercice de la justice constitutionnelle. Comme l'observe Vanessa Barbé, de tels débats « *conduisent fréquemment à évoquer des sujets touchant à la concrétisation des droits fondamentaux* »²¹³¹. En effet, à la fin de chaque journée parlementaire à la Chambre des Communes est prévu un débat d'ajournement durant 30 minutes²¹³². Il permet à un *MP backbencher* de poser une question à un ministre qui doit alors y répondre. Pour ce faire, le *MP* doit suivre une procédure particulière²¹³³.

1526. Les mécanismes de domination et de surveillance constituent des moyens d'activation de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif. Cela est vrai au niveau de Westminster, mais aussi au niveau des institutions mises en place dans le cadre de la dévolution.

III) Les mécanismes de surveillance et de domination dans les institutions dévolues

Les régimes politiques mis en place en Écosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord sont des régimes démocratiques et parlementaires. Le principe de contrôle des exécutifs par les parlementaires est donc ici consacré et peut servir la justice constitutionnelle. Ce principe se décline, comme au niveau de *Westminster*, en mécanismes de domination (A) et en mécanismes de surveillances (B).

A) Les mécanismes de domination : de l'inutilisation du droit de dissolution à l'utilisation de la motion of no confidence

1527. Dans les régimes politiques écossais, gallois et nord-irlandais sont consacrés les deux mécanismes de domination caractéristiques du régime parlementaire : à savoir la dissolution et le vote d'une motion de censure (*motion of no confidence*).

1528. Le droit de dissolution est régi expressément par le *Scotland Act* 1998, le *Northern Ireland Act* 1998 et le *Government of Wales Act* 2006. Dans les trois cas, il apparaît que le pouvoir de dissoudre l'assemblée législative (en dehors des cas de dissolutions

²¹³¹ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 249.

²¹³² “Adjournment debates”, www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/about/how/business/debates/adjournment/>.

²¹³³ *Ibid.*

« naturelles » à la fin d'un mandat prédéterminé) concernée n'appartient pas en propre à l'exécutif, mais ne peut être actionné que si certaines conditions bien précises sont remplies. Ces dernières sont extrêmement similaires à celles qui étaient prévues dans le *Fixed-Term Parliament Act* 2011. Il ressort des trois lois de 1998 susmentionnées que la dissolution (et ainsi la tenue d'élections anticipées) peut être prononcée dans deux situations : 1) quand la Chambre en question vote son auto-dissolution par l'adoption d'une résolution à une majorité d'au moins 2/3 des membres de l'assemblée, 2) quand la Chambre ne parvient pas à nommer un Premier ministre pendant un laps de temps précisé par les lois²¹³⁴. Ces procédures sont caractéristiques du parlementarisme rationalisé dans lequel la stabilité des institutions est expressément visée par l'établissement de procédures spécifiques. Il n'en demeure pas moins que de telles dissolutions peuvent être le résultat de l'expression constitutionnelle des parlementaires et qu'ainsi, elles peuvent servir aux membres des parlements pour exercer la justice constitutionnelle. Dans la pratique, les droits de dissolution évoqués semblent très peu utilisés, en témoignent les élections qui se sont produites aux dates prévues en Écosse (6 mai 1999, 1^{er} mai 2003, 3 mai 2007, 5 mai 2011, 5 mai 2016, 6 mai 2021), au Pays de Galles (6 mai 1999, 1^{er} mai 2003, 3 mai 2007, 5 mai 2011, 5 mai 2016, 6 mai 2021) et l'unique dissolution de l'Assemblée nord-irlandaise²¹³⁵, suite à la démission du Premier ministre Martin McGuinness (causée par le scandale du *Renewable Heat Incentive*, relatif à l'échec d'une politique d'énergie renouvelable) et après l'impossibilité pour l'Assemblée de lui désigner un successeur au 16 janvier 2017. Dans de telles circonstances, le *Secretary of State for Northern Ireland*, James

²¹³⁴ -*Scotland Act* 1998, section 3(1) : “*The Presiding Officer shall propose a day for the holding of a poll if—(a)the Parliament resolves that it should be dissolved and, if the resolution is passed on a division, the number of members voting in favour of it is not less than two-thirds of the total number of seats for members of the Parliament, or (b)any period during which the Parliament is required under section 46 to nominate one of its members for appointment as First Minister ends without such a nomination being made*”.

-*Government of Wales Act* 2006, section 5(1)(2): “*The [F1Presiding Officer] must propose a day for the holding of a poll at an extraordinary general election if subsection (2) or (3) applies.(2) This subsection applies if—(a)the [F2Senedd] resolves that it should be dissolved, and (b)the resolution of the [F2Senedd] is passed on a vote in which the number of [F3Members of the Senedd] voting in favour of it is not less than two-thirds of the total number of [F2Senedd] seats. (3) This subsection applies if any period during which the [F2Senedd] is required under section 47 to nominate [F4a Member of the Senedd] for appointment as the First Minister ends without such a nomination being made.*”.

-*Northern Ireland Act* 1998, section 32(1)(2)(3): “*(1) If the Assembly passes a resolution that it should be dissolved the Secretary of State shall propose a date for the poll for the election of the next Assembly. (2) A resolution under subsection (1) shall not be passed without the support of a number of members of the Assembly which equals or exceeds two thirds of the total number of seats in the Assembly.[F1(3)If—(a)the period mentioned in section 16A(3) ends without the offices of First Minister and deputy First Minister and the Ministerial offices to be held by Northern Ireland Ministers having been filled; or (b)the period mentioned in section 16B(3) ends without the offices of First Minister and deputy First Minister having been filled, the Secretary of State shall propose a date for the poll for the election of the next Assembly.*”.

²¹³⁵ Pour cette assemblée les dates des différentes élections ont été les suivantes : 25 juin 1998, 26 novembre 2003, 7 mars 2007, 5 mai 2011, 5 mai 2016, 2 mars 2017.

Brokenshire, prononça l'organisation d'élections anticipées au 2 mars 2017. Dans ces circonstances, la dissolution dans le cadre de la dévolution, ne semble pas, dans la grande majorité des cas, tant intervenir pour régler des conflits institutionnels ou des divergences d'interprétations constitutionnelles, mais plus de manière « naturelle », à l'expiration du mandat prévu de la législature.

1529. Le principe de responsabilité au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord se traduit par la nécessité pour les gouvernements de ces territoires d'obtenir la confiance de leur Parlement. Dans les trois régimes est ainsi prévue la possibilité que l'assemblée retire sa confiance au gouvernement. Ce mécanisme peut également être utilisé dans un objectif d'expression constitutionnelle.

1530. Au Pays de Galles, l'article 8.7 des *Standing Orders* précise que « *si une motion selon laquelle les ministres gallois ne jouissent plus de la confiance du Senedd est déposée par au moins six députés, du temps doit alors être dégagé dès que possible pour que la motion soit débattue ; en tout état de cause, ce débat doit avoir lieu dans les cinq jours ouvrables suivant le dépôt de la motion.* »²¹³⁶. Une telle motion a déjà été déposée en 2019, même si elle ne concernait pas directement une question constitutionnelle peut avoir des implications constitutionnelles plus indirectes. Cette motion était introduite par le *Playd Cymru* à l'encontre du ministre de la santé à cause d'une mauvaise gestion alléguée des services de maternité. Celle-ci était due à un manque d'écoute et de considération du personnel soignant, qui aurait conduit à la mort de plusieurs nouveaux-nés. Cette motion n'a néanmoins pas abouti, le ministre a ainsi été maintenu à son poste.

1531. En Écosse, la section 45(2) du *Scotland Act 1998* consacre la responsabilité gouvernementale en disposant que : « *Le Premier ministre peut à tout moment présenter sa démission à Sa Majesté et il le fera si le Parlement décide que le Gouvernement écossais ne jouit plus de la confiance du Parlement* »²¹³⁷. Récemment, le vote du retrait de la confiance des parlementaires à l'égard de la Première ministre, Nicola Sturgeon, a été utilisé dans un objectif qui se rapproche d'un objectif de justice constitutionnelle dans la mesure où il se fondait sur l'allégation que la ministre avait enfreint le Code ministériel. Le 23 mars 2021, le vote n'aboutit

²¹³⁶Welsh Parliament. *Standing Orders of the Welsh Parliament*, March 2021, 246 p., art. 8.7: "If a motion that the Welsh Ministers no longer enjoy the confidence of the Senedd is tabled by at least six Members, time must be made available as soon as possible for the motion to be debated; and in any event such a debate must take place within five working days of the motion having been tabled."

²¹³⁷ *Scotland Act 1998*, section 45(2): "The First Minister may at any time tender his resignation to Her Majesty and shall do so if the Parliament resolves that the [F]Scottish Government] no longer enjoys the confidence of the Parliament."

pas avec 65 votes contre, 31 pour et 27 abstentions. Ce vote a néanmoins permis aux parlementaires de s'exprimer constitutionnellement et de prendre part à la protection de règles constitutionnelles, exprimées dans le Code ministériel. Les *motions of non confidence*, en plus d'être rares, ne concernent pas toutes expressément la matière constitutionnelle. En témoigne la motion déposée en août 2020 par Iain Gray du *Scottish labour* et qui visait à remettre en cause la confiance accordée au ministre écossais de l'éducation en raison d'une mauvaise gestion du système éducatif²¹³⁸. Cette motion par ailleurs échoua à 58 pour et 67 contre.

1532. La démission d'un gouvernement nord-irlandais en cas de *no confidence* votée par les parlementaires est également possible au regard de la section 30 du *Northern Ireland Act* 1998. Cette disposition fournit deux fondements au retrait de la confiance : 1) l'adoption d'un comportement violent, contraire aux traditions démocratiques et pacifistes, et 2) le manquement du ministre à toute obligation qui lui incombait²¹³⁹. C'est ainsi qu'en avril 2021, Arlene Foster annonça son souhait de démissionner de son poste de Première ministre d'Irlande du Nord. Cette annonce faisait suite à la publication d'une lettre *–letter of no confidence–* signée par la majorité de l'Assemblée, dans laquelle celle-ci accusait la Première ministre de ne pas avoir assez influencé l'élaboration des règles relatives au Brexit à Westminster. Ce cas est intéressant et montre en quoi un épisode à fortes implications constitutionnelles comme le Brexit, peut mener à un retrait de la confiance parlementaire²¹⁴⁰. Cet exemple met en lumière que le mécanisme de la responsabilité politique de l'exécutif devant le législatif n'est pas un mécanisme obsolète pour l'expression constitutionnelle des parlementaires.

1533. Au sein des institutions écossaises, galloises et nord-irlandaises figurent, en plus de ces mécanismes de domination, des mécanismes de surveillance.

B) Les mécanismes de surveillance : la faible dimension constitutionnelle des questions parlementaires

²¹³⁸ “Votes and motions search”, *The Scottish Parliament -- Pàrlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://www.parliament.scot/chamber-and-committees/votes-and-motions/votes-and-motions-search>.

²¹³⁹ *Northern Ireland Act* 1998, section 30(1) : “If the Assembly resolves that a Minister or junior Minister no longer enjoys the confidence of the Assembly-(a) because he is not committed to non-violence and exclusively peaceful and democratic means; or (b) because of any failure of his to observe any other terms of the pledge of office, he shall be excluded from holding office as a Minister or junior Minister for [F]such period of not less than three months, and not more than twelve months, beginning with the date of the resolution as the resolution may provide] .”.

²¹⁴⁰ ROBERTS Carly. “Arlene Foster: who is DUP leader and Northern Ireland first minister - and why has she resigned?”, *National World*, 29th April 2021, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <https://www.nationalworld.com/news/politics/arlene-foster-who-is-dup-leader-and-northern-ireland-first-minister-and-why-has-she-resigned-3217240>.

1534. Dans les trois régimes concernés les parlementaires sont en droit de questionner le gouvernement sur la politique qu'il mène ou celle qu'il compte mener dans les compétences conférées aux institutions dévolues. En Écosse, au Pays de Galles et en Irlande du Nord est ainsi également consacrée la pratique de la Question, se déclinant en différents types de questions. Tous peuvent être l'occasion pour le parlementaire de s'exprimer constitutionnellement et d'activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement. Néanmoins, et de manière générale, les questions posées portent avant tout sur des points de détails d'ordre économique, financier, sanitaire, culturel, éducatif et sont ainsi des outils très peu utilisés pour des problématiques constitutionnelles d'ampleur.

1535. Au Pays de Galles, il existe également différents types de questions : 1) les *oral questions*, 2) les *topical questions*, 3) les *emergency questions*, 4) les *questions for written answer*²¹⁴¹. Les questions orales peuvent être posées par les membres du Senedd « au Premier ministre, aux ministres gallois, au conseiller général et à la Commission du Senedd sur tout sujet relevant de leurs domaines de responsabilité »²¹⁴². Les questions d'actualité peuvent être adressées « à un membre du gouvernement si le président de séance est convaincu que la question porte sur un sujet d'importance nationale, régionale ou locale pour lequel une réponse rapide est souhaitable »²¹⁴³. Enfin, « les députés peuvent également déposer des questions spécifiquement destinées à recevoir une réponse écrite du gouvernement gallois ou de la Commission du Senedd. Il n'y a pas de limite au nombre de questions écrites qu'un député peut déposer. Toutes les réponses écrites sont publiées dans le compte rendu des débats »²¹⁴⁴.

1536. Il est assez rare de trouver des questions orales portant sur des sujets constitutionnels, la plupart sont extrêmement pragmatiques. Elles existent tout de même, en témoignent la question posée le 18 mars 2021 par Delyth Jewell : « *Quelles discussions le Premier ministre a-t-il eues avec le gouvernement britannique concernant l'avenir de l'union*

²¹⁴¹ "Questions", *Senedd Cymru – Welsh Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://senedd.wales/senedd-business/plenary/types-of-plenary-business/questions/>.

²¹⁴² *Ibid.*: "Members of the Senedd (MSs) may ask Oral Senedd Questions to the First Minister, Welsh Ministers, the Counsel General and the Senedd Commission about any matter falling within their areas of responsibility."

²¹⁴³ *Ibid.*: "Members may ask Topical Questions to a member of the government if the Presiding Officer is satisfied that the question relates to a matter of national, regional or local significance where an expedited response is desirable."

²¹⁴⁴ *Ibid.*: "If an oral question is not reached during Plenary proceedings, the Member will receive a written answer on the same day. Members can also table questions specifically for written answer by the Welsh Government or the Senedd Commission. There is no limit on the number of written questions a Member may table. All written answers are published in the Record of Proceedings."

? »²¹⁴⁵, celle posée le 10 mars de la même année par Huw Irranca-Davies : « *Quelles mesures sont prises pour promouvoir le vote chez les jeunes en vue des élections du Senedd ?* »²¹⁴⁶, ou encore celle posée par Delyth Jowell le 10 mars 2021 : « *Quelle évaluation le Premier ministre a-t-il faite de l'impact que le projet de loi britannique sur la police, la criminalité, les peines et les tribunaux aura sur la sécurité des femmes au Pays de Galles ?* »²¹⁴⁷.

1537. En Écosse, sont établies à peu près les mêmes catégories de questions : les questions orales et écrites qui permettent au parlementaire « *d'obtenir des informations factuelles et statistiques auprès du gouvernement écossais ou du Scottish Parliamentary Corporate Body (SPCB)* »²¹⁴⁸ ; les questions posées au Premier ministre (les *First Minister's Questions*) qui ont lieu tous les jeudis et qui sont préselectionnées par le *Presiding Officer* ; les questions d'actualité qui « *donnent aux membres l'occasion de poser des questions aux ministres sur des sujets d'actualité qui préoccupent leurs électeurs* »²¹⁴⁹ et enfin les questions d'urgence. La grande majorité des questions écrites portent avant tout sur la gestion pratique de la crise sanitaire ou ici aussi sur des aspects financiers, économiques, sur des politiques publiques et semblent éloignées des grandes problématiques constitutionnelles.

1538. En Irlande du Nord, le parlementaire peut également poser des questions écrites, des questions orales, des questions d'actualité et des questions d'urgence. Ici aussi, une grande majorité de questions ne posent pas directement de problématiques constitutionnelles mais sont

²¹⁴⁵ “Oral Questions tabled on 18/03/2021 for answer on 23/03/2021”, *Senedd Cymru – Welsh Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://record.assembly.wales/OrderPaper/OralQuestions/23-03-2021/>: « *What discussions has the First Minister had with the UK Government regarding the future of the union?* ».

²¹⁴⁶ “Oral Questions tabled on 10/03/2021 for answer on 17/03/2021”, *Senedd Cymru – Welsh Parliament*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://record.assembly.wales/OrderPaper/OralQuestions/17-03-2021/>: “*What steps are being taken to promote voting among young people ahead of the Senedd elections?*”.

²¹⁴⁷ *Ibid.*: “*What assessment has the First Minister made of the impact that the UK Police, Crime, Sentencing and Courts Bill will have on women's safety in Wales?*”.

²¹⁴⁸ The Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba. *Annual Report-Aithisg Bhliadhnail 2019-2020*, 48 p., p. 15-16: “Parliamentary questions, whether written or oral, are used by MSPs as a means of seeking factual and statistical information from the Scottish Government or the Scottish Parliamentary Corporate Body (SPCB).

MSPs have weekly opportunities to ask oral questions of the First Minister and her ministerial colleagues, though the normal pattern of such sessions was affected by Covid-19. First Minister's Questions (FMQs) normally take place on a Thursday and are selected by the Presiding Officer. Members also have an opportunity during FMQs to ask questions of a local or urgent nature.

Topical Questions take place on a Tuesday and are also selected by the Presiding Officer. They provide members with an opportunity to ask questions of ministers on current issues that are of concern to their constituents.

Urgent questions are a means for MSPs to raise issues that are of immediate concern. For example, the Presiding Officer selected an urgent question in January 2020 on the timing of the UK Budget, given its impact on the Scottish Budget.

Ministers are also questioned by MSPs at Portfolio Questions on Wednesdays and Thursdays and General Questions on Thursdays. Members are randomly selected in a ballot for both. Each ministerial portfolio is subject to questioning every three weeks.”.

²¹⁴⁹ *Ibid.* p. 16.

plus focalisées sur des aspects très pratiques et précis des politiques publiques. Certaines questions ont néanmoins trait à la problématique de l'égalité hommes/femmes et plus spécifiquement à la question des violences faites aux femmes. C'est le cas de la question posée par Mis Liz Kimmins le 25 mars 2021 qui demande au ministre de l'éducation : « *quelles mesures son ministère prend pour promouvoir une éducation efficace dans les écoles afin de traiter la question de la violence sexiste ?* »²¹⁵⁰ ou de celle posée le même jour par Mr John Blair qui demande au ministre de l'éducation de détailler ses plans afin de « *mettre en place des programmes visant à prévenir et à combattre la violence à l'égard des femmes et des filles* »²¹⁵¹.

1539. Les parlementaires exercent, au niveau central ou au niveau des institutions écossaises, galloises et nord-irlandaises, un rôle important dans la justice constitutionnelle. Tant la fonction législative que la fonction de contrôle auxquelles ils prennent part, leur donnent l'occasion de s'exprimer constitutionnellement. Au titre de la fonction législative, il apparaît en outre intéressant de se focaliser sur les mécanismes de contrôle de constitutionnalité par l'exécutif et parlementaires qui ont été mis en place par le législateur.

Section III : Les mécanismes de contrôle de constitutionnalité par l'exécutif et les parlementaires

1540. Pour permettre une meilleure prise en compte des droits dans l'enceinte parlementaire et dans la confection de la loi, le législateur a mis en place des mécanismes par lesquels les membres de l'exécutif et/ou les parlementaires, à l'origine d'un texte dans une assemblée, doivent publiquement prendre position sur sa conformité, sa compatibilité avec des règles constitutionnelles.

1541. Il s'agit d'obligations de déclaration dont l'objectif est d'inciter les initiateurs des textes à réfléchir dès les premières étapes de la procédure législative aux implications constitutionnelles des mesures qu'ils proposent. Ces obligations existent au sein du Parlement

²¹⁵⁰ "Questions Search Results", *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <http://aims.niassembly.gov.uk/questions/searchresults.aspx?&qf=0&asb=0&tbn=0&anb=0&abp=0&sp=1&qfv=1&asbv=0&tbnv=1&anbv=0&abpv=0&spv=23&ss=jc7icOHu4kg=&per=1&fd=&td=&pm=0&asbt=All%20Members&anbt=All%20Ministers&abpt=All%20Parties&spt=2020-2021>.

²¹⁵¹ *Ibid.*

de Westminster grâce au mécanisme de la déclaration de compatibilité de la section 19 du *Human Rights Act* 1998 (I). Elles existent aussi à un niveau local au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord et sont régies par les lois fondant et/ou réformant la dévolution (II).

I) La section 19 du *HRA* 1998 ou l'intervention du gouvernement dans le contrôle de constitutionnalité.

1542. La section 19 de la loi de 1998 permet aux ministres de participer au contrôle de compatibilité des projets de lois avec la Convention ; cette disposition est le symbole d'une philosophie spécifique relative à la protection des droits (A). Dans la pratique, cette section 19 a néanmoins posé problème pour une protection effective des droits, ce qui a mené à l'évolution de ses modalités d'application (B).

A) La section 19, une philosophie spécifique de protection des droits

1543. Le *Human Rights Act* 1998 se caractérise par la volonté de faire intervenir un grand nombre d'acteurs institutionnels (parlementaires, membres du gouvernement, juges) dans le contrôle de constitutionnalité²¹⁵². C'est ainsi qu'au delà du juge, qui a la possibilité de contrôler la conformité d'une loi aux droits et libertés de la CEDH, le ministre à l'origine du projet de loi doit se poser la question de la conformité du dit projet aux droits conventionnels. Il doit ainsi présenter une déclaration de compatibilité du projet de loi qu'il soutient en vertu de la section 19 du *HRA* 1998.

1544. Formellement la déclaration faite dans le cadre de la section 19 est décrite dans les *Explanatory Notes*²¹⁵³ qui accompagnent tout projet de loi proposé par un ministre du

²¹⁵² HIEBERT Janet L. "Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?", *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, issue 1, pp. 1-38, p. 5: "These characterizations present the HRA as representing something of a cross between American-style judicial review and the continuation of the tradition of parliamentary sovereignty. (...) Together these features create incentives for a critical examination of the relative merits of legislation from a broader spectrum of institutional actors- and in a more reflective manner- than is normally associated with a bill of rights."

²¹⁵³ En effet, les *Explanatory Notes* doivent contenir 11 parties dont l'avant dernière est réservée à la question de la compatibilité du projet de loi avec la CEDH. Voir Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, July 2017, 352 p., art. 11.53, p. 88: "Structure of the notes 11.44 The template is structured such that explanatory notes must contain the following sections, each of which is covered in more detail below: What these notes do Table of Contents Overview of the Bill Policy background. Legal background Territorial extent and application, including an Annex on territorial extent and application in the United Kingdom Commentary on provisions of the bill Commencement Financial implications of the bill Parliamentary approval for

gouvernement dans une des deux Chambres. L'objectif principal de ces *Notes* est de présenter le projet de loi à tous et à toutes, de manière synthétique et accessible (donc avec l'emploi d'un langage ordinaire permettant une large compréhension par le public). Cette disposition exige que le ministre fasse cette déclaration avant la seconde lecture du projet dans la Chambre concernée. Le membre du gouvernement en question a, en vertu de ce texte, deux possibilités : soit il annonce au Parlement que son projet est compatible avec les droits conventionnels²¹⁵⁴ ; soit il reconnaît qu'aucune déclaration en ce sens ne peut être faite tout en affirmant sa volonté de voir son projet adopté²¹⁵⁵.

1545. Ainsi, la section 19 implique que le ministre procède à un contrôle de constitutionnalité du texte qu'il présente, un contrôle focalisé sur la compatibilité du projet de loi avec les droits de la CEDH contenus dans le *HRA* 1998. La section 19 apparaît ainsi comme un moyen permettant à l'exécutif d'exercer la justice constitutionnelle. Entre janvier 2015 et janvier 2020, 1560 déclarations relevant de la section 19 ont été faites²¹⁵⁶.

1546. Il s'agit d'un outil créé par le législateur pour renforcer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, c'est-à-dire pour insister sur la nécessité pour ce dernier d'agir dans le cadre et dans le respect des règles constitutionnelles.

1547. La section 19 n'est néanmoins pas un outil destiné exclusivement aux ministres en charge de projets de lois. Il est aussi destiné au législateur en ce sens qu'il est censé l'aider dans sa mission de garantir le respect des droits conventionnels et qu'il sert à alimenter le débat parlementaire sur la question des droits et libertés. Cette déclaration de compatibilité a deux objectifs selon Jane Hiebert : « *a) faire en sorte que les ministres se posent pleinement la question des implications des projets qu'ils proposent, et b) stimuler le débat parlementaire sur la compatibilité ou pas d'un projet de loi avec les droits...* »²¹⁵⁷. Comme le rappelle Jane Hiebert, le *MP* Jack Straw affirmait, lors du passage du *Human Rights Bill*, que l'obligation

financial costs or for charges imposed □ *Compatibility with the European Convention on Human Rights* □ *Related documents.*”.

²¹⁵⁴ *Human Rights Act* 1998, section 19(1) (a): “(1)A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill— (a)make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”).”.

²¹⁵⁵ *Ibid.*, section 19 (1) (b): “(1)A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill—(b)make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.”.

²¹⁵⁶ WESTON Elin. « Section 19 of the Human Rights Act 1998: importance, impact and reform », *King's College of London*, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/section-19-of-the-human-rights-act-1998\(1f30141e-d2a3-48df-9a73-b1c36a09a88f\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/section-19-of-the-human-rights-act-1998(1f30141e-d2a3-48df-9a73-b1c36a09a88f).html).

²¹⁵⁷ HIEBERT Janet L. Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?”, *op. cit.*, p. 13; sur la section 19 voir aussi GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 164.

faite au ministre lors de la présentation de son projet de loi de se prononcer sur sa compatibilité avec les droits conventionnels « *influencerait les choix législatifs au stade de la rédaction et aurait également une influence importante sur l'examen parlementaire* »²¹⁵⁸. La section 19 est un outil de développement du constitutionnalisme extra juridictionnel et un révélateur supplémentaire de l'attachement britannique à l'arène parlementaire pour la définition et la protection des droits. Il faut rappeler que la déclaration faite dans le cadre de la section 19 suit quatre étapes : 1) celle du contrôle exercé par l'exécutif avant la déclaration, 2) la déclaration en elle-même en vertu de la Section 19, 3) le contrôle par le *Joint Committee on Human Rights* et 4) enfin le débat parlementaire.

1548. La philosophie de la section 19, qui correspond à celle de la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, a même été accentuée dans les années qui ont suivi sa mise en œuvre.

B) L'application de la section 19 ou l'accentuation de la responsabilité constitutionnelle gouvernementale

1549. La section 19 est un outil d'exercice de la justice constitutionnelle dont les modalités d'application ont évolué avec le temps. Cette évolution s'est faite dans le sens d'une restriction des libertés des ministres en la matière et par conséquent d'une responsabilité ministérielle constitutionnelle consolidée. Le texte de la section 19 est formulé de manière à laisser marge de manœuvre importante au gouvernement dans la formulation des déclarations de compatibilité, ce qui a pour résultat de diminuer l'implication des ministres dans le contrôle de constitutionnalité. D'abord, ladite section prévoit que le gouvernement doit affirmer si « *de son point de vue* » la législation est incompatible. Ensuite, cette disposition précise que « *la déclaration doit être présentée sous forme écrite et publiée d'une telle manière que le Ministre le considère approprié* »²¹⁵⁹. Les conditions formulées par cette disposition sont assez minimalistes et font peser peu de contraintes sur les ministres : il suffit d'un écrit dont la forme tient à leur seul bon vouloir. Le texte de la section 19 ne pose aucune obligation de motivation.

²¹⁵⁸ HIEBERT Janet L. Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?", *op. cit.*, p. 14: "The Rt. Hon. Jack Straw MP, then home secretary, indicated that the ministerial obligation to report to Parliament on the compatibility of bills with Convention rights would influence legislative choices at the drafting stage and would also have an important influence on parliamentary review."

²¹⁵⁹ Human Rights Act 1998, section 19(2): "2)The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate."

1550. Dans les premières années d'application de la loi de 1998, le ministre se contentait en conséquence de formuler des déclarations de compatibilité sans même donner les raisons qui l'amenaient à un tel constat²¹⁶⁰. Si la lettre de la loi de 1998 laisse une liberté non négligeable aux ministres en charge d'un projet de loi, l'intervention de la Commission mixte sur les droits de l'homme (*Joint Committee on Human Rights*) va entourer l'application de la section 19 de nouvelles contraintes.

1551. Cette Commission, compétente pour contrôler les déclarations faites par les ministres dans le cadre de la section 19, a ainsi fait valoir dans ses rapports son profond désaccord avec cette manière de procéder et a sollicité du gouvernement des déclarations de compatibilité argumentées du projet de loi présenté à la Chambre²¹⁶¹. Cette pression a porté ses fruits dans la mesure où le gouvernement est désormais requis de fournir des notes bien plus précises sur l'implication des projets de lois pour les droits. Cela s'observait dans le Guide relatif à l'élaboration de la législation publié en 2015 par le *Cabinet Office*. Ce guide est un instrument de *soft law* qui codifie les principales règles de la procédure législative. L'article 11.80 du Guide précise ainsi que « *l'évaluation de l'impact des dispositions du projet de loi sur la Convention doit être aussi détaillée que nécessaire, en exposant toute jurisprudence pertinente et en présentant les raisons qui conduisent le gouvernement à conclure que les dispositions du projet de loi sont soit compatibles avec la Convention ou qu'il ne peut pas faire une déclaration de compatibilité* »²¹⁶². Cette disposition témoignait d'une réelle proximité entre la démarche de la section 19 et la démarche juridictionnelle. Elle posait un exercice d'argumentation écrit dans lequel le gouvernement doit mener une activité de recherche (notamment juridique et notamment jurisprudentielle) pour justifier constitutionnellement son

²¹⁶⁰ HIEBERT Janet L. "Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?", *op. cit.*, p. 24: "Early ministerial reports under section 19(1)(a) took the form of stark assertions of compatibility, with little if any explanations of the reasons for concluding that rights were not engaged or, if rights were engaged, little explanation why the proposed action should, nevertheless, be construed as a proportionate response to a compelling social problem."; GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 165: "The initial practice of the government in making its otherwise invariable compatibility statement was the minimalist one of stating compatibility without giving reasons, which are not required by section 19, (...).".

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 25: "The JCHR (...) has continued to press for additional information to accompany section 19 compatibility statements. (...) As result of this pressure, the government has amended the guidance that departments are to draw upon when ministers makes section 19 reports. Ministers now provide more-specific explanatory notes, explaining which provisions implicate particular rights.".

²¹⁶² Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, July 2015, art. 11.80, p. 86: "This assessment of the impact of the bill's provisions on the Convention rights should be as detailed as necessary, setting out any relevant case law and presenting the Government's reasons for concluding that the provisions in the bill are either compatible with the Convention or why if unable to make a statement of compatibility, the Government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.".

projet de loi, pour exercer la justice constitutionnelle. La version de ce *Guide* publiée en 2017 ne semble néanmoins pas reprendre la même exigence²¹⁶³.

1552. La section 19 fait ainsi partie des mécanismes qui ont permis de réaffirmer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement. On retrouve d'ailleurs le même type de mécanisme au sein des institutions galloises, écossaises et nord-irlandaises.

II) Le contrôle de constitutionnalité mené par les exécutifs dévolus ou les initiateurs des lois

1553. Au sein des institutions mises en place dans le cadre de la dévolution, ont été créés des mécanismes de contrôle de constitutionnalité impliquant les parlementaires. Ces mécanismes sont également l'expression d'une philosophie de responsabilité constitutionnelle des gouvernants (A), qui se traduit par la mise en place de dispositifs dans les lois de la dévolution de 1998 (B).

A) L'expression d'une philosophie de responsabilité constitutionnelle

1554. L'Écosse, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord prévoient également des mécanismes incitant les membres de l'exécutif et/ou ceux qui sont à l'origine d'un texte proposé au Parlement de déclarer que le texte en question est conforme aux règles constitutionnelles. Une telle déclaration implique que les personnes concernées se posent la question de la conformité de leur politique envisagée avec les règles constitutionnelles. Elle mène ainsi à la conduite d'un contrôle de constitutionnalité.

1555. Ces mécanismes qui sont nés avec les lois de la dévolution votées à partir de 1998 répondent à la croyance dans la logique parlementaire, centrée sur le lien étroit entre gouvernement et Parlement, comme moyen d'accroître la prise en compte des règles constitutionnelles par les gouvernants. Les règles constitutionnelles concernées par ces obligations de déclaration sont celles qui déterminent et délimitent les compétences des assemblées législatives galloises, écossaises et nord-irlandaises. Elles sont de nature évidemment institutionnelle mais concernent également les droits et libertés dans la mesure où

²¹⁶³ Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, July 2017, 352 p.

le *Government of Wales Act 2006*²¹⁶⁴, le *Scotland Act 1998*²¹⁶⁵ et le *Northern Ireland Act 1998*²¹⁶⁶ précisent qu'un texte qui est incompatible avec les droits de la CEDH est un texte qui est en dehors de la compétence des assemblées législatives.

1556. Dans tous les cas, ces obligations de déclaration fonctionnent comme des moyens d'activation de la responsabilité constitutionnelle des membres des exécutifs et/ou des parlementaires dans la mesure où elles leur rappellent leur devoir d'agir dans le cadre des règles constitutionnelles.

1557. Ce devoir est facilement perceptible dans les lois de la dévolution, qui détaillent ces procédures de contrôle de constitutionnalité.

B) La mise en place de cette philosophie par les lois de la dévolution

1558. La section 97 du *Government of Wales Act 2006* fixe une obligation de déclaration de compétence pour toute personne en charge d'une proposition d'*assembly measure*²¹⁶⁷. Autrement dit, toute personne à l'origine d'une telle mesure doit déclarer et avant toute chose s'assurer que le texte qu'il propose est conforme aux règles constitutionnelles qu'elles soient institutionnelles ou relatives aux droits. Cette obligation de déclaration incombe également au *Presiding Officer* qui doit dire si, selon sa propre opinion, la mesure proposée est conforme aux règles de compétences et ainsi aux règles constitutionnelles. La procédure législative est ici redessinée à l'aide du contrôle de constitutionnalité. Selon la section 97(4) du *Government of Wales Act 2006*, la déclaration faite par les membres de l'exécutif, les

²¹⁶⁴ *Government of Wales Act 2006*, section 94(6): "(6)But a provision which falls within subsection (4) or (5) is outside the [F2Senedd's] legislative competence if-(c)it is incompatible with the Convention rights or with [F5EU] law."

²¹⁶⁵ *Scotland Act 1998*, section 29(2): "A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply-(d)it is incompatible with any of the Convention rights or with [F1EU] law,".

²¹⁶⁶ *Northern Ireland Act 1998*, section 6(2): "A provision is outside that competence if any of the following paragraphs apply- (c)it is incompatible with any of the Convention rights;".

²¹⁶⁷ *Government of Wales Act 2006*, section 97(2): "The person in charge of a proposed Assembly Measure must, on or before the introduction of the proposed Assembly Measure, state that, in that person's view, its provisions would be within the Assembly's legislative competence."

parlementaires et le *Presiding Officer* doit être faite en anglais et en gallois²¹⁶⁸. Elle doit également répondre à des exigences de forme et de procédure posées par les *standing orders*²¹⁶⁹. Les mêmes obligations de déclaration incombent aux personnes en charge d'un *bill* et au *Presiding Officer* selon la section 110 de la loi de 2006²¹⁷⁰.

1559. En Écosse, la section 31(1) du *Scotland Act* 1998 fait également peser une obligation de déclaration de compétence sur toute personne en charge d'un texte proposé au Parlement²¹⁷¹. Cette disposition indique que la déclaration doit être faite pendant ou avant l'introduction de la mesure à l'assemblée parlementaire. Le *Scotland Act* 2012 est venue élargir cette obligation qui, jusqu'à cette date, ne concernait que les ministres²¹⁷². En effet, comme pour le Pays de Galles, cette obligation de déclaration pèse aussi sur le *Presiding Officer* selon la section 31(2). Cette disposition prévoit que : « *Le Presiding Officer décide, au plus tard lors de la présentation d'un projet de loi au Parlement, si, à son avis, les dispositions du projet de loi relèvent ou non de la compétence législative du Parlement et fait connaître sa décision* »²¹⁷³.

1560. C'est dans le cadre de la mise en œuvre du Brexit et de la discussion au Parlement écossais du *Scottish Continuity Bill* que, le *Presiding Officer* exprima son désaccord avec le gouvernement écossais et considéra que le projet en question n'était pas de la compétence du Parlement écossais²¹⁷⁴.

1561. Le *Scotland Act* 1998 ajoute une obligation de déclaration supplémentaire pour le *Presiding Officer* en l'obligeant à déclarer si un texte proposé au Parlement écossais concerne un « *objet protégé* »²¹⁷⁵. Il doit alors vérifier que la disposition présentée au Parlement respecte bien ce découpage spécifique de compétence. La section 31(4) dispose ainsi qu'une

²¹⁶⁸ *Ibid.*, section 97(4) : “*A statement under this section must be made in both English and Welsh; but, subject to that, the form of the statement and the manner in which it is to be made are to be determined under the standing orders.*”.

²¹⁶⁹ *Ibid.*

²¹⁷⁰ *Ibid.*, section 110(3): “*The Presiding Officer must, on or before the introduction of a Bill in the [F1Senedd] (a)decide whether or not, in the view of the Presiding Officer, the provisions of the Bill would be within the [F1Senedd's] legislative competence, and (b)state that decision.*”.

²¹⁷¹ *Scotland Act* 1998, section 31(1): “*[F2A person] in charge of a Bill shall, on or before introduction of the Bill in the Parliament, state that in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament.*”.

²¹⁷² *Scotland Act* 2012, section 6: “*In section 31(1) of the 1998 Act (statement by member of the Parliament in charge of a Bill), for “A member of the Scottish Executive” substitute “A person”.*”.

²¹⁷³ *Scotland Act* 1998, section 31(2): “*The Presiding Officer shall, on or before the introduction of a Bill in the Parliament, decide whether or not in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament and state his decision.*”.

²¹⁷⁴ MC CORKINDALE Christopher, MC HARG Aileen. « Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I) », *op. cit.*

²¹⁷⁵ *Scotland Act* 1998, section 31(2A): “*The Presiding Officer shall, after the last time when a Bill may be amended but before the decision whether to pass or reject it, decide whether or not in his view any provision of the Bill relates to a protected subject-matter and state his decision.*”.

« disposition d'un projet de loi concerne un objet protégé si elle modifie, ou confère le pouvoir de modifier, l'une des matières énumérées au paragraphe (5) »²¹⁷⁶. Savoir si une disposition relève d'un « sujet protégé » suppose donc de contrôler le contenu du texte. Il s'agit de savoir pour le *Presiding Officer* si le texte relève d'un sujet « protégé », dont l'enjeu est important et qui nécessite donc des modalités de vote spécifiques au sein du Parlement. Le *Presiding Officer* fait un contrôle de constitutionnalité non pas pour sanctionner mais pour apprécier dans quelle mesure le texte proposé est constitutionnel, pour voir s'il touche à des sujets constitutionnels fondamentaux.

1562. Si un projet de loi relève d'un « objet protégé », alors la section 31A du *Scotland Act 1998* dispose que le texte en question ne peut être adopté que si une majorité d'au moins 2/3 du nombre total de sièges parlementaires au Parlement écossais est atteinte. Le *Presiding Officer* par sa déclaration et par son contrôle de l'objet du texte présenté est le garant de l'application d'une procédure législative spécifique, et ainsi d'une procédure rigide de modification de règles à répercussions ou de nature constitutionnelles.

1563. La section 31(5) de la loi de 1998 liste ce qui fait partie de ces « objets protégés »²¹⁷⁷. Il s'agit de règles essentiellement électorales et institutionnelles. Font partie de ces « matières protégées » « a) les personnes ayant le droit de vote lors d'une élection pour devenir membre du Parlement », « b) le système de renvoi des membres du Parlement », « c) le nombre de circonscriptions, de régions ou de toute autre zone électorale équivalente », et « d) le nombre de membres à renvoyer pour chaque circonscription, région ou zone électorale équivalente]. »²¹⁷⁸. Comme pour le cas gallois, la forme et la procédure que doivent respecter ces déclarations sont prévues par les *standing orders*.

1564. En Irlande du Nord, l'obligation de déclaration de compétences concerne les ministres ainsi que le *Presiding Officer*. La section 9 du *Northern Ireland Act 1998* dispose ainsi qu'un ministre fera, avant ou au moment de l'introduction d'un texte à l'assemblée, une

²¹⁷⁶ *Ibid.*, section 31(4) : “For the purposes of this Part a provision of a Bill relates to a protected subject-matter if it would modify, or confer power to modify, any of the matters listed in subsection (5) (but not if the provision is incidental to or consequential on another provision of the Bill).”

²¹⁷⁷ *Ibid.*, section 31(5): “The matters are—(a)the persons entitled to vote as electors at an election for membership of the Parliament, (b)the system by which members of the Parliament are returned, (c)the number of constituencies, regions or any equivalent electoral area, and (d)the number of members to be returned for each constituency, region or equivalent electoral area”.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, : “(5)The matters are— (a)the persons entitled to vote as electors at an election for membership of the Parliament, (b)the system by which members of the Parliament are returned, (c)the number of constituencies, regions or any equivalent electoral area, and (d)the number of members to be returned for each constituency, region or equivalent electoral area.”.

déclaration selon laquelle le texte respecte les compétences attribuées à l'Assemblée²¹⁷⁹. La section 9(2) précise qu'une telle déclaration doit être écrite ainsi que publiée suivant la forme que le ministre trouvera appropriée²¹⁸⁰. La section 10(1) donne un poids important à l'avis du *Presiding Officer* dans la mesure où elle affirme que les *standing orders* doivent faire en sorte qu'un texte que le *Presiding Officer* a estimé, ne pas être de la compétence de l'Assemblée, ne puisse pas être présenté à l'Assemblée²¹⁸¹. La section 10(2) précise alors que le *Presiding Officer* doit contrôler un texte destiné à l'Assemblée à la fois au moment de son introduction et avant la « *phase finale* » de la procédure législative²¹⁸². Il exerce donc un contrôle de constitutionnalité *a priori* mais à différents moments de la procédure législative, ce qui lui donne en théorie une mission de contrôle de constitutionnalité plus importante. La section 10(4) précise qu'il faut entendre par « *phase finale* » « *l'étape de la procédure de l'Assemblée à laquelle le projet de loi doit finalement être adopté ou rejeté.* »²¹⁸³.

²¹⁷⁹ *Northern Ireland Act 1998*, section 9(1): "A Minister in charge of a Bill shall, on or before introduction of it in the Assembly, make a statement to the effect that in his view the Bill would be within the legislative competence of the Assembly."

²¹⁸⁰ *Ibid.*, section 9(2): "The statement shall be in writing and shall be published in such manner as the Minister making the statement considers appropriate."

²¹⁸¹ *Ibid.*, section 10(1): "Standing orders shall ensure that a Bill is not introduced in the Assembly if the Presiding Officer decides that any provision of it would not be within the legislative competence of the Assembly."

²¹⁸² *Ibid.*, section 10(2)(a): "the Presiding Officer shall consider a Bill both on its introduction and before the Assembly enters on its final stage."

²¹⁸³ *Ibid.*, section 10(4): "In this section and section 14 "final stage", in relation to a Bill, means the stage in the Assembly's proceedings at which the Bill falls finally to be passed or rejected."

Conclusion du chapitre I

1565. Le débat parlementaire est un indice de la puissance des représentants dans la mesure où il constitue une voie particulièrement forte de prise de décision constitutionnelle. Cela se vérifie dans les deux grandes fonctions du débat parlementaire à savoir la fonction de légiférer et la fonction de contrôler.

1566. La première est essentielle. C'est elle qui témoigne de la force considérable des représentants dans la justice constitutionnelle. En raison de la nature souple de la Constitution britannique et du principe de la souveraineté parlementaire, le législateur a la compétence de réviser l'ordre constitutionnel, même s'il se trouve contraint. En outre, le débat parlementaire est un lieu essentiel de discussions et d'échanges sur les implications constitutionnelles des politiques menées. Cela se vérifie tant au niveau du Parlement de Westminster qu'à l'échelle des assemblées législatives d'Écosse, du Pays de Galles et d'Irlande du Nord. Ces différentes Chambres sont des lieux de concrétisation des droits et libertés constitutionnels, c'est-à-dire de mise en application pratique de ces droits par le législateur. Ici encore, cette dimension est présente tant à l'échelle britannique qu'à celle des trois territoires autonomes.

1567. La fonction de contrôler tient également une place importante dans l'exercice de la justice constitutionnelle des parlementaires. Elle se traduit, nous l'avons vu, par des mécanismes de domination et des mécanismes de surveillance. Si les premiers sont peu utilisés, ils ont néanmoins leur utilité en ce qu'ils permettent l'expression constitutionnelle des parlementaires. Les seconds, quant à eux, sont essentiels et bien plus présents. Ils donnent la possibilité de questionner les exécutifs sur les implications constitutionnelles et de rendre des comptes. Ils sont une parfaite traduction de la notion de responsabilité constitutionnelle.

Chapitre II : L'influence incertaine des commissions et organismes spécifiques de protection des règles constitutionnelles

1568. Les Commissions et mécanismes étudiés dans ce chapitre ont en commun d'avoir été créés par le législateur –d'où leur qualification de « *législatif* »- et ont pour acteurs des parlementaires, membres du gouvernement, ou encore de l'administration. Ils constituent « *les mécanismes législatifs parlementaires, gouvernementaux et administratifs de justice constitutionnelle* ». Ils sont récents dans l'histoire constitutionnelle et ont pour la plupart vu le jour à partir des années 1990-2000.

1569. Ils ont en commun certaines missions comme celles relatives au contrôle des législations adoptées ou souhaitées, à l'organisation de consultation et/ou de recherche sur des sujets à dimensions constitutionnelles ou encore la proposition de certaines réformes législatives et constitutionnelles. Par le biais de l'ensemble de ces missions, ces commissions et autres organismes participent à la justice constitutionnelle principalement en stimulant l'exercice de cette justice par d'autres acteurs (principalement les représentants et les citoyens). Elles stimulent le débat parlementaire en l'informant de problèmes constitutionnels posés par la législation, et notamment les projets de loi du gouvernement²¹⁸⁴.

1570. Les mécanismes étudiés dans ce chapitre sont d'abord de type « *parlementaires* » et « *gouvernementaux* » de justice constitutionnelle, en ce sens qu'outre d'être créés par le législateur, ils ont vocation à se dérouler dans l'enceinte du Parlement, au cours de son activité de législation et de contrôle (Section I).

1571. Le législateur a également mis en place des commissions spécialisées dans les droits de l'Homme qui exercent leur activité en dehors de l'enceinte parlementaire et dont les interventions ne se font pas forcément au cours de la procédure législative. Il s'agit ici de mécanismes « *extra parlementaires* » et « *extra gouvernementaux* » ou « *administratifs* » d'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants. Ces mécanismes permettent à

²¹⁸⁴ Voir sur cette question notamment WEBB Philippa, ROBERTS Kirsten. *Effective Parliamentary Oversight of Human Rights-A Framework for Designing and Determining Effectiveness*, King's College of London, June 2014, 13 p.

ces commissions d'être en lien étroit avec les gouvernements et parlementaires, mais ont plus été conçus comme une aide « *extérieure* » aux Parlements (Section II).

1572. Les mécanismes « *parlementaires* » et « *extra parlementaires* » ne sont pas indépendants les uns des autres mais agissent souvent en se consultant mutuellement. Ainsi, les commissions parlementaires pourront bénéficier de l'expertise des commissions extra-parlementaires et inversement. L'exercice de la justice constitutionnelle par les unes est enrichi de son exercice par les autres. Cela n'est que le reflet d'un constat observé dans le système de justice constitutionnelle britannique de manière globale et de la notion même de justice constitutionnelle dans un régime politique parlementaire, libéral et démocratique.

Section I : L'emprise fragile des mécanismes « *parlementaires* » de protection des règles constitutionnelles

1573. Trois commissions jouent un rôle essentiel dans la définition et la protection des règles constitutionnelles : le *Joint Committee on Human Rights*, le *Lords Select Committee on the Constitution* et le *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*. Il s'agit de commissions permanentes (*Select Committees*) qui, à la différence des commissions *ad hoc*, ne sont pas mises en place pour mener à bien une enquête spécifique. Deux commissions étudiées dans cette partie relèvent de la Chambre des Lords, la troisième est une commission mixte²¹⁸⁵.

1574. D'autres commissions jouent également un rôle dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Elles ne seront pas étudiées dans la mesure où leurs interventions dans la justice constitutionnelle semblent moindres par rapport à celles des trois commissions étudiées. Ce sera le cas, entre autres, du *Justice Committee*²¹⁸⁶, du *Public Administration and*

²¹⁸⁵ Leur pouvoir découle de plusieurs sources. Pour les deux Commissions relevant de la Chambre des Lords il émane des *Standing Orders* de cette Chambre mais aussi des motions individuelles de cette dernière qui ont posé leurs créations. Voir. GORDON Richard, STREET Amy. *Select Committees and Coercive Powers – Clarity or Confusion?*, The Constitution Society, 2012, 85 p., p. 9 : “*In relation to select committees of the House of Lords the task of ascertaining the relevant source of a committee’s power is more difficult. This is because the source of power seems not (...) to be principally located in the Standing Orders but, rather, to consist of an amalgam of Standing Orders, (...), and in the individual motions of the House of Lords creating the particular committee.*”.

²¹⁸⁶ La Commission sur la Justice de la Chambre des Communes (*Justice Committee*) a pour mission d'examiner les politiques et les dépenses du Ministère de la Justice. Elle s'intéresse donc aux juridictions, à l'aide juridictionnelle, aux prisons mais aussi au principe et à l'application du *rule of law*. Elle a donc un rôle dans l'exercice de la justice constitutionnelle par ses nombreuses consultations sur des sujets à répercussions

*Constitutional Affairs Committee*²¹⁸⁷ ou du *Home Affairs Committee*²¹⁸⁸ de la Chambre des Communes qui, comme le souligne Robert Hazell²¹⁸⁹, n'interviennent pas systématiquement pour contrôler la compatibilité de la législation avec les règles constitutionnelles.

1575. La capacité pour un *select committee* de participer à un contrôle pré législatif (*pre-legislative scrutiny*) ou post législatif (*post-legislative scrutiny*)²¹⁹⁰ ne sera également pas évoquée. Dans les deux cas, le *select committee* peut être amené à traiter de problématiques constitutionnelles.

1576. Les trois commissions étudiées ici interviennent fréquemment dans l'exercice de la justice constitutionnelle et de manière plus diversifiée que les autres dans la mesure où outre leur rôle de recherche et de consultation sur des sujets constitutionnels, elles ont la responsabilité de contrôler la constitutionnalité de toute loi ayant des implications constitutionnelles. Ces différentes missions sont l'occasion pour elles de nourrir le débat parlementaire de leur expertise, mais aussi d'entrer dans un dialogue avec l'initiateur du projet de loi en activant sa responsabilité constitutionnelle. En garantissant -par la publication de leurs rapports- la publicité des implications constitutionnelles des politiques menées, ces commissions contribuent à l'activation de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif. Elles rappellent l'obligation pour les ministres de rendre compte devant les parlementaires des

constitutionnelles. Voir « Committees – Justice Committee », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 04/06/2020], <https://committees.parliament.uk/committee/102/justice-committee/publications/>.

²¹⁸⁷ Cette Commission a remplacé la Commission de la réforme politique et constitutionnelle (*Political and Constitutional Reform Committee*) de la Chambre des Communes en 2015. Cette dernière avait été établie par la Chambre des Communes en juin 2010 et a contribué également à l'exercice de la justice constitutionnelle à travers son rôle important d'enquête et de consultation sur des sujets constitutionnels sensibles et d'importance. La Commission a rendu 42 rapports entre 2010 et 2015 à l'issue de ces consultations. Elle a abordé des sujets d'importance comme l'avenir de la dévolution après le référendum écossais, le rôle et les pouvoirs du Premier ministre, la réforme de la Chambre des Lords ou encore les pouvoirs à accorder aux juges en cas de constitution codifiée.

²¹⁸⁸ Cette Commission a pour mission de contrôler le travail du Home Office et des organismes qui y sont associés. Il examine la politique menée par le gouvernement et les dépenses dans des domaines tels que l'immigration, la sécurité et la police. Voir « Home Affairs Committee – Commons Select Committee », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 04/06/2020], <https://committees.parliament.uk/committee/83/home-affairs-committee>.

²¹⁸⁹ HAZELL Robert. "Who is the guardian of legal values in the legislative process: Parliament or the Executive?", *Public Law*, 2004, pp. 495-500, p. 495: "In that particular case concerns were expressed by two departmental select committees, the Constitutional Affairs Committee and the Home Affairs Committee of the House of Commons. But neither committee systematically scrutinises legislation for its adherence to constitutional values. That task falls to three specialist committees which vet every Bill that passes through Parliament for its adherence to constitutional and legal values."

²¹⁹⁰ Le premier correspond à « l'examen détaillé d'une première version d'un projet de loi effectué par une commission parlementaire restreinte avant que la version finale ne soit rédigée par le gouvernement ». Le second, quant à lui, désigne « une enquête menée par une commission parlementaire restreinte sur la manière dont une nouvelle loi a fonctionné dans la pratique depuis son entrée en vigueur ». Voir. « Pre-legislative scrutiny », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 26/03/2021], <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/pre-legislative-scrutiny/>; « Post-legislative scrutiny », *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 26/03/2021], <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/post-legislative-scrutiny/>.

réformes qu'ils entreprennent. Les travaux menés par ces commissions sont, ainsi, de nature à faciliter une sanction électorale, juridictionnelle ou extra-juridictionnelle du Cabinet. Ces mécanismes sont une expression du *political constitutionalism*.

1577. Cette mission de contrôler la constitutionnalité de la législation n'est pas habituelle pour un *Select Committee* qui, selon Meg Russel et Daniel Gover, normalement se concentre, tant aux Communes que chez les Lords, davantage sur ses missions de consultation, de recherche et de contrôle de l'exécutif²¹⁹¹. Ces *Select Committees* doivent également être distingués des commissions qui interviennent dans les deux Chambres après les premières et deuxièmes phases de lectures²¹⁹².

1578. Leur place est d'autant plus importante que leur objectif est –comme c'est le cas pour tout *Select Committee*- de se prononcer dans un cadre non partisan et donc avec impartialité²¹⁹³.

1579. Ce rôle constitutionnel des Commissions bien que certain est simultanément limité et entravé. L'une des causes est l'absence du caractère obligatoire de leurs rapports et l'absence de tout pouvoir coercitif (pouvoir de sanction)²¹⁹⁴ reconnu à ces commissions. Leurs rapports et recommandations sont donc facilement contournables.

1580. Plusieurs commissions retiendront ici notre attention : en premier lieu, la Commission mixte sur les droits de l'Homme (*JCHR*) et la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords qui exercent toutes deux des rôles remarquables dans la

²¹⁹¹ RUSSELL Meg, GOVER Daniel. *Legislation at Westminster – Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, op. cit., p. 205: “*Select committees have largely focused on executive oversight and investigations.*”; p. 210: “*We have seen that the Commons select committees do not routinely deal with legislation. (...) While most of cross-cutting committees in the House of Lords likewise consider legislation only rarely, both the Constitution Committee and the DPRRC have terms of reference which explicitly include reporting on any relevant facets of bills during their parliamentary passage (...)*”.

²¹⁹² Dans la Chambre des Communes, ces commissions sont appelées *public bill committees* auxquelles est automatiquement envoyé tout projet de loi. Les *public bills committees* prennent le nom du projet de loi qu'ils examinent. Il est possible néanmoins qu'un *public bill committee* n'intervienne pas après la première et la deuxième lecture dans la Chambre des Communes. C'est le cas s'il a été décidé que le projet de loi serait envoyé à un *Committee of the whole House*. Dans la Chambre des Lords ce système de *Public bill committees* n'existe pas dans la mesure où les projets de lois sont après la seconde lecture examinés par la Chambre dans son entier. En effet, dans cette Chambre les projets sont examinés par tous les pairs réunis soit sous forme de *Committee of the whole house* soit sous forme de *grand committee*.

²¹⁹³ RUSSELL Meg, GOVER Daniel. *Legislation at Westminster – Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, op. cit., p. 211: « *Like select committees in general, all three produce balanced non-partisan reports.* ».

²¹⁹⁴ GORDON Richard, STREET Amy. *Select Committees and Coercive Powers – Clarity or Confusion?*, op. cit., p. 8: “*At present select committees possess no clear coercive powers at all. The present situation poses a threat to the legitimacy of select committees.*”.

justice constitutionnelle (I) ; en second lieu les Commissions sur la législation déléguée qui interviennent tout aussi fréquemment (II).

I) Les rôles remarquables de la Commission mixte sur les droits de l'Homme (JCHR) et de la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans la justice constitutionnelle

1581. Si la Commission mixte sur les droits de l'Homme (*Joint Committee on Human Rights*) veille uniquement au respect des droits et libertés (A), la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords (*Lords Select Committee on the Constitution*) assure, quant à elle, son contrôle en se référant non seulement aux droits mais également aux règles constitutionnelles de nature institutionnelle (B).

A) La Commission mixte sur les droits de l'Homme : un important promoteur des droits et libertés

1582. Les règles de fonctionnement de la Commission indiquent que celle-ci est appelée à exercer un contrôle de constitutionnalité *a priori* des projets de loi (1). Bien plus, son propre exercice de la justice constitutionnelle stimulera le rôle joué par d'autres acteurs dans la protection et l'interprétation des règles constitutionnelles (2).

1) L'exercice d'un contrôle de constitutionnalité a priori

1583. Cette Commission, créée en janvier 2001, fait partie du système institutionnel de promotion et de protection des droits conventionnels résultant de l'adoption du *Human Rights Act* 1998. La Commission mixte pour les droits de l'Homme est composée de 12 membres, 6 étant nommés par la Chambre des Lords et 6 par la Chambre des Communes²¹⁹⁵. Un *joint committee* est composé automatiquement des membres des deux Chambres et peut être établi

²¹⁹⁵ "Committees – Human Rights (Joint Committee)", www.parliament.uk, [en ligne], consultée le 28/05/2020, <https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/membership/>.

de manière permanente – ce qui est le cas de la Commission mixte sur les droits de l’Homme- ou temporaire, sa mission étant d’examiner un sujet précis²¹⁹⁶.

1584. La mission de la Commission est d’abord de veiller aux questions relevant des droits de l’Homme et d’examiner la compatibilité de tout projet de loi avec les droits et libertés²¹⁹⁷. Elle constitue par ailleurs même sa principale fonction²¹⁹⁸. Le *Joint Committee*, en analysant les projets de loi au regard de règles constitutionnelles et en contribuant à faire disparaître les inconstitutionnalités au stade de la procédure, exerce ici un contrôle de constitutionnalité *a priori*.

1585. Entre 2000 et 2020, la Commission a rendu 156 rapports de contrôle de projets de lois. Dans les faits, elle a contrôlé bien plus que 156 projets de législations dans la mesure où il arrive que plusieurs projets de loi soient examinés dans le même rapport.

1586. Ensuite, sa mission est de se prononcer sur les propositions, brouillons de *remedial orders* émis par le ministre dans le cadre de la section 10 et de l’annexe 2 de la loi de 1998. C’est à cette Commission qu’incombe aussi la tâche d’attirer l’attention de la Chambre des Lords sur les projets ou les vrais *remedial orders*. Enfin, la Commission a également un rôle de chercheur, d’enquêteur, en pouvant mener des opérations de consultation. Ici la Commission a la possibilité de choisir les thèmes qu’elle souhaite examiner. Cette dernière mission a néanmoins été quelque peu délaissée au profit de celle de contrôle de la législation.

1587. La Commission a déterminé des critères permettant d’évaluer à partir de quand un projet de loi est considéré comme dangereux pour les droits et libertés²¹⁹⁹. Pour mesurer la menace que représente un texte pour les droits de l’Homme la Commission examine 4 critères présentés sous forme de question : 1) quelle est l’importance du droit concerné ? 2) quelle est la gravité de l’ingérence sur ce droit ? 3) quelle est la force de la justification à la violation ? et 4) quel est le degré de vulnérabilité des personnes susceptibles d’être touchées par cette violation ?²²⁰⁰

²¹⁹⁶ “Joint Committees”, www.parliament.uk, [en ligne], consultée le 28/05/2020, <https://www.parliament.uk/about/how/committees/joint/>.

²¹⁹⁷ « Committees – Role of the Committee », UK Parliament, www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/role/>.

²¹⁹⁸ LESTER Anthony. “Parliamentary scrutiny of legislation under the Human Rights Act 1998”, *European Human Rights Law Review*, 2002, vol. 4, pp. 432-451.

²¹⁹⁹ HORNE Alexander, CONWAY Megan. “Parliament and Human Rights”, *Parliament and the Law*, 2018, pp. 231-265, p. 239.

²²⁰⁰ *Ibid.*, p. 239: “the Committee has published criteria by which it judges whether a human rights issue raised by a Bill is sufficiently significant to warrant scrutiny. they include considerations such as: ‘how important is the right affected, how serious is the interference, how strong is the justification, and how vulnerable are the people likely to be affected by it.’”.

1588. Les normes de références utilisées par la Commission sont tant la CEDH que les autres traités internationaux dont le Royaume-Uni est signataire ou qu'il a ratifié, par exemple le PIDCP ou encore les droits et libertés dégagés par la jurisprudence de *common law*²²⁰¹. Dans ses rapports relatifs au contrôle de la législation, la démarche de la Commission mixte s'apparente à celle d'une juridiction en ce qu'elle se fonde sur ses précédentes publications pertinentes pour régler une question juridique à laquelle elle est confrontée. Elle ne peut néanmoins pas traiter de plaintes individuelles relatives à une violation de droits.

1589. Pour mener à bien ses missions, le *JCHR* dispose d'un conseiller juridique à temps complet, en charge de contrôler les projets de lois (*public* ou *private bill*) une fois qu'ils ont été introduits et d'envoyer une note à la Commission pour les projets ayant traités aux droits et libertés. La présence d'un conseiller juridique fait office de passerelle entre l'univers politique et extra-juridictionnel (incarné par la Commission) et l'univers du raisonnement juridique (incarné dans une certaine mesure par la connaissance du droit des libertés) d'exercice de la justice constitutionnelle ; elle témoigne du fait que la Commission a recours aux mêmes outils que ceux d'une juridiction. L'envoi de la note par le conseiller a lieu, de préférence, avant que le projet n'atteigne le stade de la Commission dans la première chambre²²⁰². Il prend la forme d'un courrier envoyé au ministre, identifiant les dispositions du projet qui posent problème et demandant au ministre de justifier de l'interférence du projet avec les droits, ou encore d'expliquer comment ils comptent empêcher les violations au stade de l'application concrète du projet²²⁰³. À ce stade, la Commission publie un *progress report* spécifiant ses préoccupations et les questions posées aux ministres impliqués.

1590. Une fois qu'il a eu connaissance des arguments du ministre, le conseiller juridique analyse la réponse ministérielle et peut agir de deux façons : a) soit il rédige une nouvelle note, b) soit il propose un projet de rapport conseillant la Commission sur la manière de lui répondre. Par la suite, la Commission décide de la manière de procéder. Elle publiera à nouveau ses observations dans son prochain *progress report*. Dans le cas où la Commission n'est pas satisfaite par la réponse apportée par le ministre, elle l'indique dans son rapport et laisse la question à l'appréciation du Parlement qui décidera de la manière de procéder. Cette

²²⁰¹ « Committees – Role of the Committee », *UK Parliament, op. cit.*

²²⁰² HIEBERT Jane. Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?», *op. cit.*, p. 19.

²²⁰³ *Ibid.*

Commission a une activité inégale, parfois intense parfois très faible- et a rendu pour le moment entre 2 et 32 rapports par an²²⁰⁴.

1591. La Commission ne fait pas qu'exercer la justice constitutionnelle, elle stimule ,par son intervention, celle d'autres acteurs dans cette même justice.

2) *L'intervention de la Commission, un stimulant imparfait*

1592. La Commission en exerçant la justice constitutionnelle stimule l'expression constitutionnelle d'autres acteurs de l'ordre constitutionnel (a). Cette stimulation souffre néanmoins de certaines faiblesses qui rendent la Commission trop dépendante des volontés gouvernementales (b).

a) *La Commission et la stimulation des autres expressions constitutionnelles*

1593. Dans le cadre de son activité de contrôle de la législation, la Commission va émettre des rapports dans lesquels elle relaye les opinions constitutionnelles formulées par une multitude d'acteurs de la société civile et politique. Ses rapports permettront ainsi de donner une publicité aux opinions formulées par d'autres commissions parlementaires²²⁰⁵, des associations, des juges²²⁰⁶, des organismes internationaux²²⁰⁷ ou encore par des personnes physiques qui ont témoigné auprès de la Commission à l'occasion du contrôle effectué sur un projet de loi. .

²²⁰⁴ « Publications – Joint Committee on Human Rights », *UK Parliament, op. cit.*

²²⁰⁵ Des *Select Committees* relevant de la Chambre des Communes ou de la Chambre des Lords. L'exemple le plus récent provient du rapport rendu sur lors de la session 2017-2019 portant sur le *Immigration and Social Security Co-ordination (EU Withdrawal) Bill*. Dans ce rapport est illustré comment l'exercice de la justice constitutionnelle par la Commission Mixte prend appui sur l'avis rendu par d'autres commissions, ce faisant elle relaye leurs opinions, leur assure une publicité. Dans ce rapport la Commission Mixte affirme : « *The Committee shares concerns expressed by other Committees that the EU Settlement Scheme as currently proposed creates problems relating to the lack of physical proof of status.* ». Voir House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Immigration and Social Security Co-ordination (EU Withdrawal) Bill*, session 2017-2019, 18th report, 22 p., p. 9.

²²⁰⁶ Les rapports de la Commission mixte font très fréquemment référence à la jurisprudence. Les arrêts ou décisions utilisés proviennent de la Cour d'appel, de la Cour suprême au niveau national et de la CEDH, de la CJUE au niveau supranational.

²²⁰⁷ De nombreux rapports de la Commission Mixte font référence à des observations ou études faites par des organismes rattachés aux Nations Unies comme par exemple, le *UN Committee on the Rights of the Child*, le *UN Committee on Economic and Social Rights*, le *UN Committee for the Elimination of Racial discrimination* ou encore le *UN Committee against torture*.

1594. Concernant le lien entre la jurisprudence et la Commission, cette dernière peut ainsi se servir des apports d'une décision de justice pour résoudre une question, définir une notion ou, au contraire, pour prendre le contrepied d'une opinion ou solution proposée par un juge. En témoigne le rapport publié le 24 octobre 2018 sur le *Mental Capacity (Amendment) Bill*²²⁰⁸. La Commission, dans le cadre de sa recommandation faite au Parlement de définir ce qui constitue une « *privation de liberté* », considéra que la définition proposée par la Cour suprême dans la jurisprudence *Cheshire West* ne convenait pas, en raison de son caractère extensif²²⁰⁹. Cette définition posée par la juridiction suprême porte le nom de « *acid test* ». La Commission mettait en exergue que cette définition ne prenait pas en compte le consentement de la personne concernée ou la conformité de sa situation²²¹⁰. L'exercice de la justice constitutionnelle par la Commission peut donc entrer en contradiction avec celui de la Cour suprême.

1595. En outre, en contrôlant les projets de loi, elle fournit aux parlementaires des éléments leur permettant d'évaluer les implications de leurs projets ou des projets gouvernementaux sur les droits et libertés. Elle peut, par exemple, inviter les parlementaires à se focaliser sur certains points des projets qui lui semblent particulièrement problématiques au regard des droits et libertés²²¹¹. Pour ce faire, la Commission « *attire l'attention des Chambres* » sur certains éléments problématiques des projets de loi qu'elle examine. Elle suggère même régulièrement dans ses rapports des amendements aux projets de lois qu'elle examine et propose la nouvelle rédaction associée²²¹². Elle conforte le débat parlementaire sur la question des droits et œuvre donc dans le sens de l'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires. Dans les faits, « *la mesure dans laquelle les rapports du JCHR sont mentionnés dans ces débats*

²²⁰⁸ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Mental Capacity (Amendment) Bill*, session 2017-2019, 12th report, 28 p.

²²⁰⁹ *Ibid.*, p. 9: “*We understand the Supreme Court’s non-discriminatory approach to the meaning of liberty. Nonetheless, there is a danger that a scheme which applies too widely will be so light touch as to reduce protection for those who truly need it. We continue to fear that use of the “acid test” alone, without further clarification, risks (i) perpetuating the current backlog of cases, (ii) making the new scheme unworkable, (iii) infringing the Article 8 rights of cared-for persons and (iv) diverting acutely needed resources away from front-line care which are essential to promote and protect the human rights of cared-for persons.*”.

²²¹⁰ *Ibid.*

²²¹¹ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Immigration and Social Security Co-ordination (EU Withdrawal) Bill*, *op. cit.*, p. 6: “*The Committee is concerned that the main provisions of the Bill, unless amended, will remove all EU free movement of persons rights, without addressing the rights of those who currently benefit from rights of free movement of persons under EU law, or social security rights.*”.

²²¹² *Ibid.*, p. 7 : “*The Committee proposes amendments to the Bill to put protections and guarantees in the Bill itself by ensuring that those with acquired rights will be protected through the manner in which the SI-making power is used.*”. House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Second Legislative Scrutiny Report : Counter- Terrorism and Border Security Bill*, session 2017-2019, 11th report, 31 p. Dans ce rapport, la Commission propose des amendements pour chaque clause du projet de loi qu'elle examine.

varie largement de références brèves et générales à des discussions approfondies et détaillées sur les amendements proposés et les raisons de ces amendements »²²¹³. Une étude menée par Hunt, Hooper et Yowell a même opéré un classement des sujets pour lesquels les rapports de la Commission sont les plus utilisés. Par ordre décroissant, les thèmes pour lesquels le travail de la Commission a été le plus utilisé entre 2000 et 2010 sont : la lutte contre le terrorisme (1), la justice et procédure criminelles (2), la santé et la sécurité sociale (3), l'égalité et la discrimination (4), l'immigration, la déportation et l'asile (5), le cadre institutionnel des contrôles relatifs aux droits de l'Homme (6), l'éducation et les écoles (7), la traite d'êtres humains (8), le traitement en détention (9), les droits de propriété et de logement (10) et enfin la confidentialité des données (11)²²¹⁴. Bien plus, la même étude soulignait que 60% des références aux rapports de la Commission à l'occasion du débat parlementaire concernaient les droits des minorités²²¹⁵. De ce point de vue, la Commission est un outil permettant la démocratie constitutionnelle.

1596. En plus de stimuler le débat parlementaire, la Commission peut, par le biais des consultations et des enquêtes qu'elle entreprend, activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement en l'invitant à exposer et justifier les répercussions de ses politiques sur les droits et libertés. Cela s'est observé dans le rapport publié par la Commission le 19 décembre 2016 sur les implications du *Brexit* : elle y recommanda au gouvernement de se pencher de manière urgente sur le problème des droits de résidence dans le cadre de la sortie du Royaume-Uni de l'UE²²¹⁶. Dans cette perspective, la Commission proposa que le gouvernement établisse un système selon lequel, ceux qui ont juridiquement le droit de vivre au Royaume-Uni à une certaine date butoir, se verraient octroyer des droits permanents d'être domiciliés au Royaume-Uni. Dans ce même rapport du 19 décembre 2016, la Commission a également cherché à

²²¹³ HUNT Murray, HOOPER Hailey, YOWELL Paul. *Parliaments and Human Rights – Redressing the democratic deficit*, Arts and Humanities Research Council, 60 p., p. 34: « *the extent to which JCHR Reports are referred to in such debates ranges widely from brief, general references to extensive, detailed discussion of proposed amendments and the reasons for those amendments.* ».

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 31: « *the most common contexts are (1) counter-terrorism and (2) criminal justice and procedure. the other most common subject areas are (3) health care and welfare; (4) equality and discrimination; (5) immigration, deportation, and asylum; and (6) the institutional framework of human rights scrutiny (this topic corresponds to the similar category above). Each of these is involved in 100 or more references. Other subject areas in which JCHR references occur with some frequency are (7) education and schools; (8) human trafficking; (9) treatment in custody; (10) property and housing rights; and (11) data privacy.* ».

²²¹⁵ *Ibid.*, p. 34: « *About 60% of JCHR references concern the rights of members of minority or marginalised groups in society, or people who are vulnerable, weak, or less well-off.* ».

²²¹⁶ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The human rights implications of Brexit*, *op. cit.*, p. 19: « *We recommend that the Government addresses the issue of residence rights urgently. This could be done by providing an undertaking to the effect that all of those legally resident at a reasonable cut-off date would be guaranteed permanent residence rights.* ».

stimuler l'exercice de la justice constitutionnelle par les autres parlementaires quand elle a conseillé que le *Great Repeal Bill* puisse faire l'objet d'un contrôle pré-législatif. Elle recommanda ainsi que ce projet de loi soit publié en *draft* afin qu'il soit examiné suffisamment par le Parlement et notamment par un *Joint Committee*²²¹⁷. La recommandation de la Commission œuvre dans le sens d'un plus grand contrôle parlementaire sur le projet de loi, ce dernier impliquant la nécessité d'évaluer et de débattre des implications constitutionnelles du dit projet.

1597. La Commission stimula également la responsabilité constitutionnelle du gouvernement dans le rapport publié le 14 septembre 2020, dans lequel elle l'invita expressément à justifier les restrictions des droits qu'ont causé les réglementations depuis le début de la crise du coronavirus. Ce faisant, la Commission insistait sur l'indispensable transparence du gouvernement en la matière et sur l'exigence que les décisions prises soient nécessaires et proportionnées²²¹⁸. Parmi ces droits figuraient selon le rapport : le droit à l'éducation pour les enfants, le droit à une vie privée ou encore le droit à la liberté et au procès équitable. Suite à cette invitation, le gouvernement publia sa réponse en décembre 2020 en reprenant point par point les éléments problématiques soulignés par la Commission²²¹⁹.

1598. De manière générale, les interventions de la Commission –que ce soit en contrôlant un projet de loi ou en organisant une enquête- peuvent influencer sur le gouvernement et l'amener à prendre des mesures qui vont dans le sens d'une meilleure protection des droits. Un des exemples les plus frappants est le rôle qu'elle a tenu dans le contrôle de la législation anti-terroriste, le *Terrorism Act 2005*²²²⁰. C'est dans les neuvième et dixième rapports de la session parlementaire 2004-2005, que la Commission identifia les inconstitutionnalités du projet de loi en question – le *Terrorism Bill*-. Cette loi prévoyait la possibilité, pour le ministre,

²²¹⁷ *Ibid.*, pp. 28-29: "We recommend that the Government commit to publishing its proposed 'Great Repeal Bill' in draft, to ensure that it receives adequate consideration in Parliament, preferably by a Joint Committee."

²²¹⁸ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The Government's response to COVID-19: human rights implications*, op. cit., p. 7: "The Government must be transparent in justifying the timings of its decisions to go into, and out of, lockdown. It is incumbent on the Government to ensure it can justify its decisions as necessary and proportionate, and based on relevant scientific evidence with a precautionary approach to minimising the overall risks to life."

²²¹⁹ Secretary of State for Health and Social Care. *The Government's Response to the Joint Committee on Human Rights Report: The Government's Response to COVID-19: Human Rights Implications*, 2020, 60 p.

²²²⁰ Sur ce point voir. HORNE Alexander, CLIVE Walker. «Lessons Learned from Political Constitutionalism? Comparing the Enactment of Control Orders and Terrorism Prevention and Investigation Measures by the UK Parliament», *Public Law*, 2014, pp. 267-288. Voir également EWING K.D, THAM Joo-Cheong. "The Continuing Futility of the Human Rights Act", *Public Law*, 2008, pp. 668-693.

d'émettre des *derogating orders* afin de placer un individu suspecté d'activités terroristes en détention ou de limiter considérablement sa liberté de mouvement²²²¹.

1599. La Commission a considéré, dans son rapport préliminaire, que conférer de tels pouvoirs à l'exécutif n'était pas justifié et que se posait surtout le problème de l'absence d'intervention des juges avant d'émettre les *derogating orders*. Autrement dit, était montré du doigt le fait qu'aucun contrôle judiciaire et juridictionnel n'était mis en place lorsque le ministre émettait un *derogating order*²²²². La Commission indiqua alors que de telles dispositions étaient incompatibles avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, selon lequel les privations de libertés doivent être « *en accord avec* » *procédures prescrites par le droit* »²²²³. Dans cette perspective, elle rappela le principe selon lequel les privations de libertés (en dehors des cas visés par l'article 5 (1) –(a) (f)) requièrent une autorisation judiciaire préalable. La Commission reprenait ici les grandes lignes de la jurisprudence de la CEDH selon laquelle cette intervention judiciaire préalable faisait partie intégrante du *rule of law*. Elle précisa d'ailleurs en quoi l'argument fourni par le gouvernement –selon lequel permettre un contrôle judiciaire de ses *derogating orders* reviendrait à abdiquer aux juges le devoir de sécurité nationale qui normalement incombe au gouvernement– n'était pas pertinent. Elle affirma –en se faisant ainsi l'interprète du sens de la Constitution britannique– que selon un principe constitutionnel bien établi et en dehors des cas touchant à l'immigration, l'exécutif n'a nullement le pouvoir de placer des individus en détention sans autorisation préalable du juge²²²⁴. La Commission précisa que l'idée que la protection de la liberté de l'individu relevait du pouvoir des juges, était depuis longtemps acceptée autant par le pouvoir exécutif que par le pouvoir législatif²²²⁵.

1600. Suite à ce rapport préliminaire, le gouvernement prendra en compte les observations de la Commission et modifiera le régime des *derogating orders*. Comme le

²²²¹ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Prevention of Terrorism Bill: Preliminary report*, session 2004-2005, 9th report, 8 p.

²²²² *Ibid.*, p. 5 : voir un titre présent dans le rapport : “*The lack of prior judicial involvement in orders depriving liberty*”.

²²²³ *Ibid.*: “*The degree of judicial involvement provided for in the Bill in relation to derogating control orders is unlikely in our view to be compatible with the Convention requirement that deprivations of liberty must be ‘in accordance with a procedure prescribed by law’ in Article 5 of the Convention.*”.

²²²⁴ *Ibid.*: “*It is a long established principle of the British constitution that, outside of the field of immigration, the executive has no power to detain individuals without prior judicial authorisation or in circumstances where it is intended to bring the individual before a court as soon as possible for further detention to be authorised.*”.

²²²⁵ *Ibid.*: “*Both Parliament and the Executive have long accepted and respected the judiciary’s responsibility for the liberty of the individual. To invoke national security to deny that role is to subvert our traditional constitutional division of powers.*”.

souligne la Commission dans son dixième rapport émis le 5 mars 2005, le gouvernement a adopté des mesures afin que le ministre ne puisse plus de son plein gré prendre un *derogating order* mais que celui-ci en demande l'autorisation à la *High Court*²²²⁶. Dans ce même rapport, la Commission considéra néanmoins que ces modifications n'étaient pas suffisantes et posaient problème au regard du principe de légalité²²²⁷. En outre, elle craignait que la procédure mise en place ne soit pas une sauvegarde suffisante contre le risque de détention arbitraire. Le contrôle de constitutionnalité exercé ici par le JCHR a donc porté ses fruits, en éliminant dès le stade de l'élaboration de la loi, une disposition considérée comme inconstitutionnelle. Si les *derogating orders* posaient problème, c'était également le cas des *non derogating orders* selon la Commission²²²⁸.

1601. La Commission exerce également la justice constitutionnelle à travers les consultations qu'elle organise. De manière générale, la Commission possède la compétence d'appeler le public à déposer des contributions écrites quand il évalue un projet de loi ou encore lorsqu'il enquête sur un sujet particulier. Ainsi, elle stimule l'intervention de la société civile dans l'exercice de la justice constitutionnelle, par le biais de l'Internet. La Commission peut également ouvrir tel ou tel débat ou contrôle à des témoignages oraux. La Commission a en outre la possibilité de se délocaliser pour l'exercice de sa mission et de se réunir dès qu'elle le souhaite. Il n'y a donc pas de contraintes de temps ni de lieu, même si la Commission ne peut se réunir quand le Parlement est prorogé ou dissous.

²²²⁶ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Prevention of Terrorism Bill*, session 2004-2005, 10th report, 8 p., p. 3: "The Government has now brought forward amendments to the Bill which provide for derogating control orders to be made by the High Court rather than the Secretary of State".

²²²⁷ *Ibid.*, p. 5: "We therefore question whether the degree of prior judicial involvement provided for in the Government's amendments in relation to derogating control orders is compatible with the Convention requirement that deprivations of liberty must be lawful. We question whether an *ex parte* hearing to determine whether there is a *prima facie* case for making a control order, followed by an *inter partes* hearing which is still not fully adversarial because of the use of special advocates in closed sessions, constitutes a sufficient safeguard against arbitrary detention to satisfy the basic requirement of legality."

²²²⁸ *Ibid.*, pp. 5-6: S'ils n'étaient manifestement pas incompatibles avec l'article 5 de la CEDH, ils pouvaient s'avérer délicats au regard des articles 8 (droit à une vie privée et familiale), 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté d'association) de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Commission précise que si des interférences avec les droits ci-dessus rappelés est possible et peuvent être justifiées, tout repose sur la proportionnalité de ces interférences. La proportionnalité peut se mesurer selon la Commission au degré de protection procédurale contre des interférences injustifiées. La Commission note que le projet de loi contient bien un droit d'appel à l'encontre des « non derogating orders » qui auraient été prises de manière défectueuse par le ministre ; et que le législateur a expressément prévu que le juge doit utiliser les critères qu'il utilise dans le cadre du judicial review, donc celui du caractère « raisonnable » de la décision. La Commission observe qu'un tel mode de contrôle est insuffisant et qu'il risque d'affecter l'application de la « proportionnalité » dans le contrôle des interférences avec les droits garantis par la CEDH.

1602. Entre 2010 et 2017, la Commission a organisé 30 consultations²²²⁹, notamment dans le cadre du *Brexit* ou encore lors de la crise du Covid-19²²³⁰. Elle lança une enquête sur le sujet afin d'évaluer si l'approche adoptée par le gouvernement face à la crise sanitaire et en vue de l'objectif annoncé de préserver le droit à la vie des individus consacré à l'article 2 de la CEDH était conforme aux droits et libertés²²³¹. Cette consultation montre bien que le processus d'enquête est perçu par la Commission comme une aide pour apprécier les implications constitutionnelles de la politique menée par le gouvernement. Les différents points de vue des membres de la société recueillis par la Commission l'aideront à confectionner ses propres recommandations lors de la remise de son rapport.

1603. Si le rôle joué par la Commission dans la justice constitutionnelle est remarquable, il ne saurait faire oublier la trop grande dépendance de celle-ci aux volontés gouvernementales.

b) Une trop grande dépendance de la Commission aux volontés gouvernementales

1604. Si la Commission exerce une influence sur les membres de l'exécutif et du Parlement, elle souffre de certaines faiblesses²²³² qui limitent son importance dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

1605. Elles tiennent à ses modalités d'intervention et à l'influence que ses rapports ont effectivement sur l'élaboration de la législation par le gouvernement et le Parlement. Les rapports émis par la Commission n'ont en effet aucune valeur obligatoire et ne servent là aussi

²²²⁹ «Inquiries and other work – Joint Committee on Human Rights», www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 03/06/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/inquiries/?y=2015&mode=0>.

²²³⁰ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The human rights implications of Brexit*, *op. cit.*

²²³¹ «Committees – The Government's response to COVID-19: human rights implications», *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 03/06/2020], <https://committees.parliament.uk/work/218/the-governments-response-to-covid19-human-rights-implications/>.

²²³² Ces faiblesses nous rappellent que ce système de Commission parlementaire spécifique doit être entouré de certaines conditions bien spécifiques pour s'avérer viable, c'est-à-dire pour exercer avec pleine effectivité sa tâche de contrôle. Ces conditions témoignent bien de la difficulté de mise en place d'un tel contrôle de constitutionnalité. D'abord, les rapports doivent être issus de délibérations non partisans. Ensuite, la Commission doit être en mesure d'examiner les projets de loi et d'émettre ses rapports dans un laps de temps qui permette au Parlement d'utiliser et de mettre en œuvre concrètement ses observations. De plus, et cela est tout à fait fondamental, elle se doit d'être indépendante de toute influence du gouvernement. Enfin, les rapports de la Commission doivent être pris au sérieux par les parlementaires.

qu'à attirer l'attention de la Chambre sur les problèmes d'inconstitutionnalité posés par les différents projets de loi. En outre, il est difficile selon Francesca Klug et Helen Wildbore de repérer si un amendement proposé et préalablement suggéré par un rapport de la Commission est dû à l'action de la Commission ou à d'autres facteurs. Cette donnée est primordiale pour mesurer la réelle influence de la Commission.

1606. En outre, la Commission n'a aucune maîtrise du temps dans la procédure législative, le gouvernement restant maître en la matière. La Commission n'a ainsi pas le pouvoir de retarder le déroulement de la procédure législative, ce qui peut nuire à une action efficace pour des questions majeures ayant de lourdes répercussions pour les droits et libertés. Cela avait été notamment souligné par la Commission dans le 5^{ème} rapport de la session 2014-2015 rendu à propos du *Counter terrorism and Security Bill*. Dans ce rapport, la Commission reconnaissait que le manque de temps avait réellement impacté sa capacité à contrôler le projet de loi de manière adéquate²²³³.

1607. La Commission est d'autant plus contrainte qu'elle n'est pas tenue informée des projets de lois qui vont être déposés. Elle ne peut donc démarrer son contrôle en amont de la présentation d'un projet à une Chambre. La Commission n'est pas non plus avisée des amendements qui seront déposés ultérieurement dans la procédure législative, et par conséquent, des amendements liberticides arrivant à la dernière phase de la procédure pourront échapper à son action.

1608. De plus, l'examen mené par la Commission dépendra de la réponse apportée par le ministre et du moment auquel il décide de répondre. Le membre de l'exécutif tarde ainsi souvent ou formule une réponse insuffisante aux rapports de la Commission, ce qui diminue l'influence jouée par cette dernière. Cela est, par exemple, le cas dans le premier rapport rendu pour la Session 2015-2016 sur le *Trade Union Bill* relatif au droit de grève. Ici, la Commission soulignait que la réponse tardive et incomplète du gouvernement (ce dernier a donc le choix dans la manière de répondre à un rapport) ne l'avait pas aidée à effectuer correctement son contrôle du projet de loi²²³⁴.

²²³³ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Counter-Terrorism and Security Bill*, session 2014-2015, 5th report, 40 p., p. 30: "We welcome the amount of parliamentary time that has been made available for scrutiny of the Bill on the floor of the House of Commons, despite its accelerated legislative timetable, but the compressed timetable has inevitably affected our ability to scrutinise the Bill fully."

²²³⁴ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Trade Union Bill*, session 2015-2016, 1st report, 18 p., p. 4: "The lateness of the Government's response to our initial questions; combined with the fact that it did not answer all of our questions (instead noting that it would be

1609. Ces défauts (manque d'influence des rapports, non maîtrise de la procédure législative et participation expéditive du gouvernement) ne seront que renforcés en temps de crise pendant lesquels le gouvernement dispose des armes nécessaires pour adopter des législations volumineuses qui impactent les droits de façon des plus expéditives et ainsi, sans contrôle parlementaire préalable suffisant. Cela fut le cas par exemple du *Coronavirus Act 2020*²²³⁵.

1610. L'importance de la Commission dans l'exercice de la justice constitutionnelle se mesure également par l'influence de ses rapports et recommandations sur le processus législatif, et donc sur la conception et le contenu de la loi. Si la Commission a exercé une influence remarquable pour certaines lois, cela reste rare. Le rapport rendu par le *Arts and Humanities Research Council* recensait sur dix années (2000-2010) seulement 1029 références « substantielles » au rapport de la Commission, durant lesquelles les parlementaires se sont fondés sur un ou plusieurs rapports de la Commission, ou bien ont confirmé/critiqué le travail de cette dernière sur une question²²³⁶. Ce chiffre n'est pas nul mais demeure relativement faible sur 10 années, en particulier au regard du nombre de lois adoptées chaque année. L'étude poursuivait néanmoins, en affirmant « *qu'une grande majorité de références substantielles* » allaient dans le sens des recommandations faites par la Commission²²³⁷.

1611. Cette étude relevait également, sur la même décennie, 1754 « références » à la Commission. Ici, il ne s'agit pas de références approfondies au travail de la Commission, mais plutôt de références accessoires et expéditives.

1612. La Commission mixte n'est pas la seule à intervenir de manière importante dans la justice constitutionnelle qui s'exerce au Parlement. En effet, la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords est également une intervenante particulièrement dynamique.

providing further information and consultation responses 'shortly') has not assisted our ability scrutinise the Bill before its Lords Committee Stage.”.

²²³⁵ Voir par exemple HINKS Jake. « The Coronavirus Act 2020: An Example of 'Excessive Executive Dominance' », *op. cit.*

²²³⁶ HUNT Murray, HOOPER Hailey, YOWELL Paul. *Parliaments and Human Rights – Redressing the democratic deficit*, *op. cit.*, p. 19.

²²³⁷ *Ibid.*, p. 24: “The great majority of substantive references supported or reflected the position of the JCHR (...)”.

B) La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords : un auteur indéniable de la Constitution

1613. Les règles de fonctionnement de la Commission en font un acteur direct de la justice constitutionnelle, elle s'est en effet réellement appropriée la Constitution (1). Bien plus, son propre exercice de la justice constitutionnelle stimulera le rôle joué par d'autres acteurs dans la protection et l'interprétation des règles constitutionnelles (2).

1) L'appropriation de la Constitution britannique par la Commission

1614. Le *House of Lords Select Committee on the Constitution* a été créé en 2001 suite à une recommandation formulée par la Commission Royale sur la réforme de la Chambre des Lords. Les résultats de son contrôle est public et exigent, pour beaucoup, une réponse de la part du gouvernement. Tout comme la Commission mixte sur les droits de l'Homme, cette Commission joue un rôle réel et limité dans la justice constitutionnelle britannique.

1615. Sa création s'explique notamment par une certaine vision du rôle de la Chambre des Lords dans la définition et la protection de la Constitution britannique. Cette vision, héritée de la théorie du Mandat en cours au XIX^{ème} siècle, était avancée par la Commission Royale sur la réforme de la Chambre des Lords pour laquelle « *l'une des fonctions les plus importantes de la seconde chambre réformée devrait être d'agir en tant qu'organe constitutionnel d'arrêt prolongé, en veillant à ce que des changements ne soient pas apportés à la constitution sans un débat complet et ouvert et sans une pleine conscience des conséquences* »²²³⁸.

1616. Le rôle de la Commission spéciale sur la Constitution est d'examiner les implications constitutionnelles de tout *public bill* et de mener des enquêtes sur des questions constitutionnelles importantes. La Commission a d'ailleurs apporté plus de précisions sur ses missions dans son premier rapport rendu en 2001. Elle a affirmé que son contrôle des *public bills* se focaliserait sur les aspects de ces projets qui posent des « *questions constitutionnelles*

²²³⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Reviewing the Constitution: Terms of reference and methods of working*, session 2000-2001, 1st report, [en ligne], [consultée le 29/05/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldselect/ldconst/11/1102.htm>, par. 8: “*The Royal Commission concluded that: 'One of the most important functions of the reformed second chamber should be to act as a constitutional long stop, ensuring that changes are not made to the constitution without a full and open debate and full awareness of the consequences'*.”.

significatives »²²³⁹. Constitue une telle question, selon elle, celle qui constitue « *une part importante de l'ordre constitutionnel et celle qui pose une question importante de principe* »²²⁴⁰. Cette Commission est donc un acteur supplémentaire du contrôle de constitutionnalité exercé au sein de la procédure législative, l'idée étant de mettre la question de la constitutionnalité au cœur du débat parlementaire et de considérer que ce dernier peut permettre de détecter et de résoudre des situations d'inconstitutionnalité. Cela ressort des propos de la Commission dans son premier rapport rendu le 19 juillet 2001, dans lequel elle insiste sur la nécessité d'examiner les projets de lois avant leur seconde lecture dans la Chambre des Lords²²⁴¹. La Commission affirmait cette volonté tout en partant du principe que les projets de lois sont d'abord présentés à la Chambre des Communes. Elle expliquait également l'importance de procéder à son contrôle à un stade avancé de la procédure au sein de la Chambre des Lords, par l'atout que ses rapports et son expertise représentent pour le débat parlementaire ainsi que pour la discussion des grands principes contenus dans le projet de loi²²⁴².

1617. Entre 2001 et 2017, la Commission a rendu 187 rapports²²⁴³, dont 9 entre 2015 et 2016 ; le dernier –sur la législation déléguée– datant du 23 mars 2016²²⁴⁴. Entre le 10 juillet 2017 et le 10 juillet 2019, elle a rendu 26 rapports²²⁴⁵, avec 2 seulement pour l'année 2019²²⁴⁶. Entre le 14 janvier et le 24 mars 2020, la Commission a émis 4 rapports²²⁴⁷. Elle a contrôlé la constitutionnalité de l'*European Union (Withdrawal Agreement) Bill*²²⁴⁸, du *Pensions Schemes*

²²³⁹ *Ibid.*, par. 27: “Our conclusion on this question is that we will work within the tenets of the United Kingdom Constitution outlined above and that we should focus on issues of constitutional significance (...).”.

²²⁴⁰ *Ibid.*, : “Our conclusion on this question is that we will work within the tenets of the United Kingdom Constitution outlined above and that we should focus on issues of constitutional significance determined in accordance with our test of the ‘two p’s’: does an issue raise an important question of principle about a principal part of the constitution?”.

²²⁴¹ *Ibid.*, par. 32: “In order for our reports to be of value to the House, we will aim to report on a bill before its second reading in the Lords. This is because we see any value that we can add to the consideration of a bill being in informing the debate on the principles in the bill, which are considered by the House in deciding whether to give a bill a second reading. We base this proposed timetable on the assumption that most bills that we will consider will be introduced first in the Commons, being substantive constitutional bills: a report before second reading after a proper inquiry would almost certainly be impossible for a bill starting in the Lords.”.

²²⁴² *Ibid.*

²²⁴³ SIMSON CAIRD Jack, HAZELL Robert, OLIVER Dawn. *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee of the Constitution*, 2017, The Constitution Society, UCL, 47 p.

²²⁴⁴ « Constitution Committee – Publications », www.parliament.uk, [en ligne], consultée le 28/05/2020, <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/constitution-committee/publications/>.

²²⁴⁵ *Ibid.*

²²⁴⁶ *Ibid.*

²²⁴⁷ *Ibid.*

²²⁴⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Withdrawal Agreement) Bill*, session 2019-2021, 1st report, 32 p.

*Bill*²²⁴⁹, du *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Bill*²²⁵⁰ et enfin du *Coronavirus Bill*. Ces dernières années, l'intervention de la Commission est moins fréquente.

1618. Cette Commission, via ses rapports est un auteur de la Constitution britannique. Elle joue le double rôle tenu traditionnellement par une juridiction constitutionnelle. D'abord, elle confronte les projets de loi aux règles constitutionnelles, ensuite, elle est amenée elle-même à définir avec plus de précisions ce que sont ces règles constitutionnelles. C'est un pouvoir d'interprétation de la Constitution que possède tout juge constitutionnel, pouvoir d'autant plus important que la Constitution britannique n'est pas codifiée et composée d'éléments distincts et épars.

1619. Il semble qu'en grande partie, la Commission se serve de la doctrine ou encore de la jurisprudence pour définir un principe ou une règle de la Constitution. C'est ainsi que Jack Simon Caird, Robert Hazell et Dawn Oliver publièrent une étude qui visait à synthétiser les différents principes constitutionnels dégagés par la Commission depuis 2001 jusqu'à la session 2016-2017²²⁵¹. Ces principes portent essentiellement sur le processus législatif et « *concernent à la fois le contenu de la législation et la pratique du processus législatif* »²²⁵².

1620. C'est ainsi que dans son premier rapport en date du 11 juillet 2001, la Commission commença par identifier les cinq grands principes qui sont au fondement de la Constitution britannique : « *1) le rule of law, 2) la souveraineté du Parlement, 3) le principe de l'État unitaire, 4) le principe du gouvernement représentatif, 5) le fait d'être membre du Commonwealth et de l'Union européenne* »²²⁵³. Bien plus et selon le rapport, la Commission a, au fil de ses rapports, élaboré des principes constitutionnels dans les thématiques suivantes :

²²⁴⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Pensions Schemes Bill*, session 2019-2021, 2nd report, 6 p.

²²⁵⁰ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Bill*, session 2019-2021, 3rd report, 6 p.

²²⁵¹ SIMSON CAIRD Jack, HAZELL Robert, OLIVER Dawn. *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee of the Constitution*, op. cit. Voir aussi sur le même sujet. SIMSON CAIRD Jack. "Jack Alaric Simon Caird: A Code of Constitutional standards", *UK Constitutional Law Association*, 08th January 2014, [en ligne], [consultée le 14 février 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/08/jack-alaric-simson-caird-a-code-of-constitutional-standards/>.

²²⁵² SIMSON CAIRD Jack, HAZELL Robert, OLIVER Dawn. *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee of the Constitution*, op. cit., p. 2: "The code contained within this report aims to highlight how the Committee has developed constitutional standards that relate to the legislative process. The standards identified within this report concern both the content of legislation and the practice of the legislative process."

²²⁵³ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Reviewing the Constitution : Terms of reference and methods of working*, op. cit., par. 21 : "We offer the following as the five basic tenets of the United Kingdom Constitution (phrases in italics indicate subjects falling within the remit of other parliamentary committees, on which we say more below in Chapter 4): 1) Sovereignty of the Crown in Parliament, 2) The Rule of law, encompassing the rights of the individual, 3) Union State, 4) Representative Government, 5) Membership of the Commonwealth, the European Union, and other international organisations."

le *rule of law*, la délégation de pouvoirs et la législation secondaire, la séparation des pouvoirs, les droits individuels et la procédure parlementaire²²⁵⁴.

1621. Comme le notent Jack Simson Caird, Robert Hazell et Dawn Oliver, la Commission a progressivement développé une véritable jurisprudence des principes constitutionnels qu'elle utilise. En effet, elle a adopté un nombre remarquable de « *positions claires et cohérentes sur la signification de certaines normes constitutionnelles dans le contexte législatif* »²²⁵⁵. Les auteurs affirment ainsi que la Commission, par son rôle d'exposition et d'explication des règles qui font partie de la Constitution britannique, a joué un rôle important dans la promotion du constitutionnalisme au Royaume-Uni²²⁵⁶.

1622. Cette allure jurisprudentielle attribuée à la démarche de la Commission se vérifie également au regard de sa tendance à s'appuyer sur ses précédents rapports. Quand un projet de loi implique une notion ou une question constitutionnelle auxquelles la Commission a déjà été confrontée, elle n'hésite pas à utiliser ses précédents rapports. Il s'agit d'une constante. Récemment, cela a été observé dans le rapport publié le 10 juillet 2019 sur le *Northern Ireland (Executive Formation) Bill*²²⁵⁷ ou encore dans le rapport publié le 8 juillet 2019, *The Legislative Process: The Passage of Bills Through Parliament*²²⁵⁸. Comme la Cour suprême, elle s'appuie sur les solutions qu'elle a dégagées antérieurement.

1623. Dans le cadre de son activité de contrôle des projets de loi, la Commission dispose de multiples sources pour mener à bien sa mission. Elle s'appuie, comme la Commission mixte, sur des solutions et opinions dégagées par des juges ou par d'autres commissions parlementaires²²⁵⁹. Cela confirme l'idée de la répartition de la justice constitutionnelle entre une multitude d'acteurs et l'idée qu'ils s'éperonnent les uns les autres.

²²⁵⁴ SIMSON CAIRD Jack, HAZELL Robert, OLIVER Dawn. *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee of the Constitution*, op. cit.

²²⁵⁵ *Ibid.*, p. 3: "While it is important to recognise that the majority of the standards contained in the code were extracted from the Committee's reports on specific bills, the fact that many of the standards can be identified in multiple reports shows that the Committee has adopted a number of clear and consistent positions on the meaning of certain constitutional norms in the legislative context."

²²⁵⁶ *Ibid.*: "By expounding the meaning of the constitution in this way the Committee has performed a vital service to constitutionalism in the United Kingdom: it has demonstrated the relevance of the normative content of the constitution to the legislative process. It is hoped that this code highlights this contribution."

²²⁵⁷ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Northern Ireland (Executive Formation) Amendment Bill*, session 2017-2019, 26th report, 3 p.

²²⁵⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Legislative Process: The Passage of Bills Through Parliament*, session 2017-2019, 24th report, 45 p.

²²⁵⁹ Elle peut notamment s'appuyer sur les rapports de la Commission mixte sur les droits de l'Homme. Voir House of Lords Select Committee on the Constitution. *Covert Human Intelligence Sources (Criminal Conduct) Bill*, session 2019-2021, 19th report, 5 p., p. 1: "The Joint Committee on Human Rights (JCHR) has reported on the Bill and raised concerns about its human rights implications. We welcome its assessment and draw on its conclusions in considering the constitutional issues raised by the Bill."

1624. La jurisprudence, bien que faiblement utilisée entre 2001 et 2010 par la Commission, sera bien plus prégnante dans les rapports rendus entre 2010 et 2020²²⁶⁰. Le *case law* constitue pour elle une aide pour clarifier le contexte d'un projet de loi, pour définir le principe constitutionnel impacté par un texte proposé et qui a été abordé par les juges, ou encore pour régler une problématique constitutionnelle posée par le projet de loi. La Commission opte pour une démarche très interne et ne se réfère que très peu à la jurisprudence internationale.

1625. Pour mener à bien son activité de contrôle, la Commission s'aide également de rapports rendus par d'autres Commissions sur un projet de loi ainsi que sur une notion ou une problématique constitutionnelle impliquées dans le projet de loi. Elle ne s'est référée qu'une fois en 20 ans au travail d'une Commission spécialisée dans les droits de l'Homme étudiée dans la section II de ce chapitre. À l'inverse, elle fait souvent appel aux rapports des *Select Committees* de la Chambre des Communes, des *Joint Committee* comme le *Joint Committee on Human Rights*. Ce dernier est souvent cité dans la mesure où les projets de loi contrôlés par la Commission de la Chambre des Lords ont des implications constitutionnelles et impactent ainsi souvent les droits conventionnels. La Commission des pouvoirs délégués et de la réforme de régulation (*Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*) est également souvent citée par la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords dans la mesure où les projets de loi qu'elle examine font également souvent l'objet du contrôle de la Commission des pouvoirs délégués²²⁶¹.

1626. Les modalités de fonctionnement de la Commission que nous venons d'étudier montrent en quoi elle est un véritable acteur de la justice constitutionnelle britannique. Mais son rôle en la matière ne s'arrête pas là. Comme la Commission mixte, son intervention va venir dynamiser l'intervention de plusieurs autres acteurs de la justice constitutionnelle.

²²⁶⁰ En effet, alors que la Commission ne s'aide de la jurisprudence que dans 10 rapports entre 2001 et 2009, on dénombre entre 2010 et 2020 29 rapports dans lesquels la Commission s'aide de décisions rendues par les juges pour rendre la justice constitutionnelle. Voir. « Constitution Committee – publications », *op. cit.*

²²⁶¹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Pension Schemes Bill*, session 2019-2021, 2nd report, 6 p., pp. 2-3: "*The DPRRC concluded that the power was therefore inappropriate. We agree.*"; House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Withdrawal Agreement) Bill*, session 2019-2021, 1st report, 32 p., p. 9: "*The Bill contains a range of delegated powers to give effect to the Withdrawal Agreement. The Delegated Powers and Regulatory Reform Committee (DPRRC) has assessed the appropriateness of these powers and the scrutiny processes to which they will be subject. We refer to its recommendations throughout this report.*", par. 69 : "*We agree with the recommendation of the DPRRC that the powers in clause 18 should be subject to a sifting mechanism equivalent to that in the 2018 Act.*". Voir aussi récemment, House of Lords Select Committee on the Constitution. *Birmingham Commonwealth Games Bill [HL]*, session 2017-2019, 25th report, 3 p.; House of Lords Select Committee on the Constitution. *Rivers Authorities and Land Drainage Bill*, session 2017-2019, 22nd report, 3 p.; House of Lords Select Committee on the Constitution. *Healthcare (International Arrangements) Bill*, session 2017-2019, 18th report, 3 p.; House of Lords Select Committee on the Constitution. *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration Etc.) Bill*, session 2017-2019, 17th report, 4 p.

2) *L'intervention de la Commission, un stimulant imparfait*

1627. La Commission, par ses interventions, stimule l'exercice de la justice constitutionnelle par le gouvernement, les parlementaires et la société civile (a). Le déroulement de ses activités souffre néanmoins également de faiblesses certaines (b).

a) *La Commission et la stimulation des autres expressions constitutionnelles*

1628. L'intervention de la Commission dans la justice constitutionnelle, par son contrôle de constitutionnalité des projets de loi, aiguillonne la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif. Son action et ses recommandations invitent souvent le gouvernement à justifier sa position sur les implications constitutionnelles de son projet de loi. Dans son rapport rendu en février 2020 sur le *Pension Schemes Bill*, la Commission demanda au gouvernement de mieux mesurer les implications constitutionnelles des dispositions contenues dans le projet de loi relatives au pouvoir octroyé au *Regulator* d'émettre des *pause orders*²²⁶². Elle exigea du gouvernement qu'il explique en quoi ces dispositions sont « *appropriées* » et en quoi elles sont « *compatibles avec la doctrine de l'abrogation implicite* »²²⁶³.

1629. Dans son rapport rendu en février 2020 sur le *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Bill*, la Commission exigea du gouvernement qu'il justifie son choix de soumettre certaines dispositions de ce projet de loi à la procédure législative accélérée. La Commission demanda ainsi au gouvernement d'expliquer en quoi les dispositions relatives à l'extension de la durée de détention de certains terroristes devaient être soumises à la procédure législative accélérée. L'objectif de cette législation était de « *garantir que les délinquants terroristes ne soient pas automatiquement libérés avant la fin de leur peine de prison sans l'accord de la Commission des libérations conditionnelles* »²²⁶⁴.

1630. Parfois l'action de la Commission peut mettre en avant les insuffisances du gouvernement dans la mise en œuvre de la responsabilité constitutionnelle qui lui incombe.

²²⁶² House of Lords Select Committee on the Constitution. *Pension Schemes Bill*, *op. cit.*

²²⁶³ *Ibid.*, p. 2: "the Government should explain why the approach it has taken with pause orders is appropriate, how it is compatible with the doctrine of implied repeal, (...).".

²²⁶⁴ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Bill*, *op. cit.*, p. 1: "The Bill's purpose is to ensure that terrorist offenders are not automatically released before the end of their custodial term without the agreement of the Parole Board".

C'est ainsi que dans le sixième rapport de la session 2015-2016 publié le 23 novembre 2015 sur le *Scotland Bill*, la Commission souligna que le gouvernement n'avait pas correctement réfléchi aux conséquences de son projet de loi sur la Constitution du Royaume-Uni et qu'il n'avait qu'imparfaitement répondu aux recommandations faites par la Commission au stade du *pre-legislative scrutiny*²²⁶⁵. Autrement dit, il ne s'était pas posé la question de la constitutionnalité de son projet de loi avec sérieux, ou du moins avec assez de pertinence. Elle demanda d'ailleurs au gouvernement de clarifier la signification réelle des clauses 1 et 2 du *Scotland Bill*. La question posée était de savoir si ces clauses devaient être interprétées comme imposant des limites constitutionnelles de nature juridique sur la compétence du Parlement de Westminster, un peu à la manière des constitutions écrites rigides qui protègent les compétences des autorités locales contre le législateur.²²⁶⁶ L'intervention de la Commission dans le contrôle de constitutionnalité des projets de loi lui permet d'influer sur le législateur²²⁶⁷, les rapports pouvant être suivis aux stades postérieurs de la procédure législative.

1631. En plus d'inciter le gouvernement à rendre des comptes, la Commission stimule le débat parlementaire par ses rapports. En effet, elle propose des amendements²²⁶⁸, et invite à ce que certaines problématiques soient évoquées au cours des débats. Pour ce faire, la Commission selon sa formule consacrée, « *attire l'attention de la Chambre* » sur les dispositions des projets de loi à implications constitutionnelles.

²²⁶⁵ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Scotland Bill*, session 2015-2016, 6th report, 19 p., p. 6: "Before turning to the substance of the Bill, we wish to draw the attention of the House to the Government's response to our report on the Draft Clauses. This was sent to us on the day the Bill was introduced in the Lords. The Government's response was perfunctory and did not engage with our recommendations or concerns. It made no attempt whatsoever to address the Committee's concerns regarding the process that led to the publication of the Draft Clauses, nor its concerns about the impact of the proposals for the United Kingdom's constitution as a whole."

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 16: "One of the key features of political systems based on written constitutions is that the constitutional powers of the constituent units are protected beyond the unilateral competence of the central legislature. Clauses 1 and 2 attempt to protect the 'self-rule' of the Scottish Parliament. We would welcome clarification from the Government as to whether these clauses, and similar clauses in the draft Wales Bill, are a deliberate attempt to impose constitutional limits on the competence of the UK Parliament in relation to the status and powers of the devolved institutions."

²²⁶⁷ Voir par exemple SIMSON CAIRD Jack. « Jack Simson Caird: A Report on the United Kingdom Constitution Law Group Seminar: 'From Constitutional Scrutiny to Constitutional Review: Ten Years of the House of Lords Select Committee on the Constitution' », *UK Constitutional Law Association*, 1st february 2012, [en ligne], [consultée le 22/06/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2012/02/01/jack-simson-caird-a-report-on-the-united-kingdom-constitution-law-group-seminar-from-constitutional-scrutiny-to-constitutional-review-ten-years-of-the-house-of-lords-select-committee-on-th/>.

²²⁶⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Fisheries Bill: Commons amendment 22*, session 2019-2021, 18th report, 6 p., par. 9: "Commons amendment undermines the domestic autonomy of the Crown Dependencies and is contrary to long-standing practice. We recommend that the Bill be amended so that consent of the governments of the Channel Islands and the Isle of Man (as appropriate) is required prior to the use of these powers."

1632. La publicité des travaux de la Commission renforce encore la contrainte que cette dernière fait peser sur le gouvernement et les parlementaires. En effet, la diffusion à la TV de ses travaux est de nature à soumettre encore davantage les représentants au poids de l'opinion publique et ainsi à la crainte d'une expression constitutionnelle populaire qui lui serait défavorable. De ce point de vue, les interventions de la Commission sont de nature à stimuler l'expression constitutionnelle des citoyens.

1633. La Commission encourage également une telle expression lorsqu'elle exerce une mission de recherche et de consultation sur des sujets constitutionnels d'importance. Dans son premier rapport rendu en 2001, la Commission affirmait même que sa volonté était de consacrer une grande partie de son activité à la conduite d'enquêtes et de consultations²²⁶⁹. Ces consultations permettent non seulement de solliciter l'opinion constitutionnelle de la société civile, comme expliquée au titre précédent, mais aussi de donner un instrument supplémentaire d'exercice de la justice constitutionnelle à la Commission. Dans ses rapports, cette dernière fait ainsi valoir son interprétation de ce que doit être l'ordre constitutionnel et de la manière dont ce dernier doit selon lui fonctionner ; elle exerce alors la justice constitutionnelle. La Commission émet des recommandations comme dans les rapports relatifs au contrôle de la législation. La Commission n'a organisé que 18 consultations entre 2010 et 2020²²⁷⁰. Les trois dernières consultations organisées par la Commission au 30 mai 2020 étaient celles sur le *Fixed-Term Parliament Act* 2011, sur le contrôle parlementaire des traités et sur le processus législatif. À cette date, la première et la dernière étaient encore ouvertes alors que celle sur le contrôle parlementaire était close et avait fait l'objet d'un rapport par la Commission.

1634. De plus, elle peut même fournir des recommandations pour réformer l'ordre constitutionnel. C'était notamment le cas dans son rapport imprimé le 6 juillet 2011, sur la procédure que devait respecter le gouvernement pour instaurer un changement constitutionnel majeur. La Commission, là encore, n'a rien inventé mais a procédé à une grande opération de consultation en recueillant des avis oraux et écrits d'organisations non gouvernementales ou encore de professeurs de droits. Une des mesures intéressantes proposées était de contraindre le ministre, lors du dépôt du projet de loi à la première et à la deuxième chambre, de produire

²²⁶⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Reviewing the Constitution: Terms of reference and methods of working*, op. cit., par. 36 : "For all these reasons, we expect to spend the majority of our time conducting inquiries into issues, under the second limb of the Terms of Reference, rather than considering bills in depth, although there will of course be occasional pieces of legislation worthy of detailed consideration."

²²⁷⁰ "Constitution Committee- Inquiries", www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 31/05/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/constitution-committee/inquiries/?y=2017&mode=1#E>.

des déclarations écrites dans lesquelles il affirmerait clairement si et en quoi le projet de loi est susceptible d'apporter un changement constitutionnel²²⁷¹. La Commission projetait ainsi qu'à l'occasion de cette déclaration écrite, le ministre serait tenu de répondre à deux questions: a) « quel est l'impact du projet de loi sur la Constitution britannique ? », b) « dans quelle mesure le gouvernement a fait participer le public dans la conception et dans le développement des lois qui ont un impact constitutionnel majeur »²²⁷². L'idée là encore est de responsabiliser le gouvernement face à la Constitution qui mérite son entière considération.

1635. En dépit des éléments qui témoignent de l'importance de la Commission dans la justice constitutionnelle, l'effectivité de l'intervention de ce *select committee* dans la protection des règles constitutionnelles demeure entravée par des faiblesses importantes.

b) Les faiblesses de la Commission

1636. L'action de la Commission présente néanmoins certaines faiblesses.

1637. La première est que ses rapports ne formulent que des recommandations destinées notamment au gouvernement, et ne sont revêtus d'aucun caractère contraignant ou obligatoire. Les ministres sont donc libres de choisir s'ils répondent ou non, mais aussi de choisir la manière dont ils vont répondre. Par conséquent, les répercussions de l'action de la Commission sur l'exercice de la justice constitutionnelle par le gouvernement sont limitées. En témoigne par exemple l'influence limitée de la Commission sur les dispositions de l'*European Union (Withdrawal)* 2018. En effet, elle avait souligné dans son rapport le caractère problématique de plusieurs clauses, notamment celle qui maintient le principe de suprématie du droit de l'UE retenu sur les normes adoptées avant le jour de sortie (section 5), ou encore celle ayant trait au statut juridique accordé au droit de l'UE retenu (section 7). Sur ces deux points,

²²⁷¹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Process of Constitutional Change*, session 2010-2012, 15th report, 53 p., p. 24: "We recommend that when a government bill is introduced into either House of Parliament, the minister responsible for the bill in that House make a written ministerial statement. The minister responsible for the bill when introduced into the second House should also make a written ministerial statement. For ease of reference, a copy of each statement should be included in the relevant explanatory notes."

²²⁷² *Ibid.*, p. 24: "Both statements should set out whether, in each minister's view, the bill provides for significant constitutional change and, if so: • what is the impact of the proposals upon the existing constitutional arrangements; • whether and, if so, how the government engaged with the public in the initial development of the policy proposals and what was the outcome of that public engagement;".

le gouvernement a fait usage de sa liberté et a choisi d'œuvrer contre les recommandations de la Commission²²⁷³.

1638. Bien plus, le rôle de cette Commission comme contrepoids aux volontés gouvernementales et comme activation de la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif, peut être nuancé par la possibilité pour ce dernier d'utiliser les *Parliaments Act* pour contourner des oppositions persistantes au sein des Lords; ici des oppositions qui par exemple seraient inspirées par certaines recommandations formulées par la Commission.

1639. De manière plus générale, et comme la Commission mixte sur les droits de l'Homme, la Commission spéciale sur la Constitution souffre de son absence d'influence sur le rythme de la procédure législative et apparaît ainsi contrainte par les volontés gouvernementales. Si ces dernières veulent user de procédures accélérées et raccourcir le temps des débats, cela impactera le travail de la Commission qui disposera de moins de temps pour examiner les implications constitutionnelles d'un projet de loi. C'est un problème que la Commission a maintes fois soulevé, et ce notamment dans son rapport publié le 29 décembre 2020 sur l'*European Union (Future Relationship) Bill*²²⁷⁴. L'accélération est même « *devenue une pratique courante et inquiétante ces dernières années.* »²²⁷⁵ soulignait la Commission en 2020.

1640. Le caractère trop rapide et expéditif de la procédure législative se révèle particulièrement en cas de crises exceptionnelles. C'était le cas avec le Covid-19, au cours duquel la Commission contrôlait le *Coronavirus Bill* et affirmait qu'il « *est inhabituel qu'un projet de loi de cette taille et de cette importance fasse l'objet d'une procédure accélérée.* »²²⁷⁶.

²²⁷³ ELLIOTT Mark, TIERNEY Stephen. "Political Pragmatism and Constitutional Principle: The European Union (Withdrawal) Act 2018", *op. cit.*

²²⁷⁴ House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Future Relationship) Bill*, session 2019-2021, 21st report, 5 p., p. 1-2: "The Bill is being fast-tracked through both Houses. We have previously examined the issues with fast-tracking legislation and found that it constrains parliamentary scrutiny, limits the opportunity for parliamentarians to table and debate amendments, restricts input from stakeholders and the public, and potentially leads to poor legislation. These problems all apply to this Bill. The opportunities for parliamentarians and committees in either House to scrutinise its provisions are severely constrained. We have not been able to conduct our normal assessment of the constitutional implications of this Bill or examine the constitutional effects of the Agreement itself."

²²⁷⁵ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Coronavirus Bill*, session 2019-2021, 4th report, 5 p., p. 1: "We have previously examined the issues with fast-tracking legislation and found that it constrains parliamentary scrutiny, limits the opportunity for parliamentarians to table and debate amendments, restricts input from stakeholders and the public, and potentially leads to poor legislation. While the fast-tracking of bills has become concerningly commonplace in recent years, they have been short measures of only a handful of clauses."

²²⁷⁶ *Ibid.*, p. 1: "It is unusual for a bill of this size and significance to be fast-tracked. We concluded in our recent report on *The Legislative Process: The Passage of Bills through Parliament* that fast-tracking was acceptable 'only in exceptional circumstances and with the agreement of the usual channels.' The coronavirus pandemic fulfils these criteria."

La Commission poursuivait en reconnaissant que l'emploi d'une telle procédure, bien que généralement condamnable, est acceptable si des circonstances exceptionnelles se présentent²²⁷⁷.

1641. L'intervention de commissions spécialisées est essentielle et, est l'illustration d'une philosophie de protection des règles constitutionnelles propre aux traditions de Westminster et aux principes du *political constitutionalism*. Le Parlement britannique n'a néanmoins pas le monopole de cette manière de concevoir l'implication des commissions dans la justice constitutionnelle, en témoignent celles qui existent au sein des assemblées législatives galloise, écossaise et nord-irlandaise.

C) Les Commissions parlementaires de protection des règles constitutionnelles et la dévolution

1642. Au sein des assemblées galloise (1), écossaise et nord-irlandaise (2) existent également des Commissions qui jouent un rôle d'application et d'interprétation de règles constitutionnelles. Ici encore, des sujets à implications constitutionnelles sont susceptibles de se présenter à beaucoup de commissions, c'est pourquoi cette étude se focalisera sur les commissions qui sont expressément en charge de questions constitutionnelles.

1) La Commission galloise sur la Législation, la Justice et la Constitution : un rôle réel quoique timide

1643. Le Pays de Galles dispose d'une Commission sur la législation, la justice et la Constitution (*Legislation, Justice and Constitution Committee*) qui, jusqu'à la résolution du 29 janvier 2020, se prénomrait la Commission des affaires constitutionnelles et législatives (*Constitutional and Legislative Affairs Committee*).

1644. Sa mission principale est de contrôler la législation adoptée par l'Assemblée galloise (Senedd) en vertu du *Standing Order* 21. Elle est donc compétente pour examiner les projets de lois déposés devant la législature ainsi que les mémorandums de consentement

²²⁷⁷ *Ibid.*

législatif déposés devant le Senedd. Entre 2019 et 2021, la Commission a pu examiner 6 projets de loi, dont 3 devenus des *Acts*.

1645. L'objectif de la Commission est ici de déceler les problématiques constitutionnelles liées aux projets de lois au cours de la procédure législative, nourrissant ainsi le débat parlementaire sur les questions constitutionnelles. Ce faisant son objectif est de stimuler l'expression constitutionnelle des membres du Senedd, comme en témoigne le rapport rendu en février 2021 sur le *Welsh Elections (Coronavirus) Bill*. Après avoir affirmé que « *Le projet de loi concerne des questions fondamentales pour le fonctionnement de la démocratie et de la responsabilité démocratique au Pays de Galles* »²²⁷⁸, la Commission expose au paragraphe suivant le but ultime de son rapport, à savoir : « *fournir aux membres du Senedd des informations supplémentaires susceptibles d'éclairer le contrôle et les débats lors des étapes ultérieures du Senedd* »²²⁷⁹. Ainsi, la Commission profite également de ses rapports pour proposer des amendements aux projets de loi qu'elle examine. Ce fut par exemple le cas pour le *Welsh Elections (Coronavirus) Bill*.

1646. Les rapports de la Commission servent également de levier pour activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement gallois. Elle incite ce dernier à rendre des comptes sur les implications constitutionnelles de son projet. Pour le projet de loi relatif aux élections, la Commission invita expressément le ministre compétent de clarifier durant la phase 1, c'est-à-dire la phase du débat général à l'Assemblée, les implications de plusieurs dispositions du projet de loi²²⁸⁰. Ici aussi, le contrôle parlementaire a pour objectif de stimuler la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif. Cela apparaît encore plus frappant quand la Commission rappelle dans le même rapport que le gouvernement a l'obligation de prendre en compte les droits de l'Homme quand il élabore un projet de loi, et que les répercussions de ce dernier sur la protection des droits doivent être précisément détaillées dans le *memorandum* joint au projet (et cela même dans un contexte sanitaire délicat qu'est celui du Covid-19)²²⁸¹.

²²⁷⁸ Legislation, Justice and Constitution Committee. *Report on the Welsh Elections (Coronavirus) Bill*, February 2021, 21 p., p. 4: “*The Bill concerns matters fundamental to the operation of democracy and democratic accountability in Wales.*”.

²²⁷⁹ *Ibid.* : “*Should the general principles of the Bill be agreed to, our report aims to provide Members of the Senedd with further information that may inform scrutiny and debates during the subsequent stages in the Senedd.*”.

²²⁸⁰ *Ibid.*, p. 11 : “*The Minister should clarify during the Stage 1 debate the implications of the drafting of sections 5(2), 5(3), 5(4) and 5(6) of the Bill by confirming our understanding as set out in paragraph 65 and addressing each of the questions in paragraph 66.*”.

²²⁸¹ *Ibid.*, p. 6 : “*As human rights issues must always be considered by the Welsh Government in the preparation of Bills, such considerations should be set out in detail in the accompanying EM. The fact that this is an Emergency Bill introduced as a result of a public health emergency does not lessen the need for the inclusion*

1647. En plus de contrôler la législation, la Commission peut également mener des consultations sur des problématiques constitutionnelles. Ces dernières représentent des outils supplémentaires pour permettre l'expression constitutionnelle non seulement des parlementaires et des membres du gouvernement, mais aussi des citoyens gallois. Ces derniers peuvent ainsi livrer leur opinion à la Commission tant par écrit (sur papier ou par voie numérique) qu'à l'oral. En témoigne la consultation *Wales's Changing Constitution* débutée en janvier 2019. Le titre est lui-même très évocateur et fait de la Commission un outil de réflexion sur les règles constitutionnelles galloises. Cette consultation est ainsi destinée à permettre l'appropriation par les membres de la société civile des métamorphoses des agencements constitutionnels sur le territoire gallois. Les objectifs de cette consultation étaient principalement : « *d'examiner la portée et l'application actuelles de la convention Sewel dans le contexte du processus de sortie de l'UE* », « *d'examiner les implications des nouveaux niveaux de gouvernance du Royaume-Uni à la suite du Brexit sur le règlement de la dévolution galloise* », « *d'examiner, le cas échéant, les recommandations des rapports de la Commission sur le Brexit* » et enfin « *d'examiner toute autre question relative aux dispositions constitutionnelles du Royaume-Uni après le Brexit, y compris la réforme constitutionnelle* »²²⁸². La Commission constitue donc un outil de réflexion sur les questions constitutionnelles galloises mais également sur les questions constitutionnelles britanniques. Au mois de mars 2021, cette enquête est encore en cours tout comme la collecte de témoignages. Aucun rapport n'est pour le moment publié.

1648. Si la Commission est un exemple supplémentaire de l'implication des parlementaires gallois dans la justice constitutionnelle, celle-ci souffre des mêmes limites que celles soulignées pour les commissions à Westminster. En effet, la Commission galloise ne formule que des recommandations, le gouvernement demeure libre d'agir comme il l'entend. En outre, la Commission n'a aucune maîtrise de la procédure législative et voit son pouvoir entamé quand des procédures accélérées ou d'urgence sont déclenchées. C'était le cas pour le

of such information. It is not appropriate simply to indicate that an assessment has been undertaken and then not to identify the outcome of that assessment in the EM.”

²²⁸² “Wales’ Changing Constitution”, *Senedd Cymru-Welsh Parliament*, 2020, [en ligne], [consultée le 26/04/2021], <https://business.senedd.wales/mgIssueHistoryHome.aspx?IId=25963>: “*In July 2019, the Legislation, Justice and Constitution Committee* began an inquiry with the following terms of reference: -To consider the current scope and application of the Sewel convention in the context of the process of leaving the EU, including (...) -To consider the implications of new levels of UK governance as a result of Brexit on the Welsh devolution settlement, including (...) -To review, as required, the recommendations of the Committee’s Brexit-related reports; and -To consider any other matters relating to the UK’s constitutional arrangements post Brexit including constitutional reform*”.

*Welsh Elections (Coronavirus) Bill*²²⁸³. Enfin, le *Legislation, Justice and Constitution Committee* effectue un contrôle des projets de loi qui est loin d'être intensif dans sa fréquence, en témoignent les 23 rapports rendus entre décembre 2016 et février 2021. Son activité de consultation ne semble pas lui donner de rôle plus actif, comme le suggèrent les 4 rapports qu'elle a rendus entre octobre 2016 et juillet 2018.

1649. L'Assemblée galloise n'est pas la seule à impliquer des commissions parlementaires dans la justice constitutionnelle. Les Parlements écossais et nord-irlandais font de même.

2) *Les commissions en Irlande du Nord et en Écosse, outils d'expression constitutionnelle*

1650. Tant en Irlande du Nord (a) qu'en Écosse (b) sont établies des commissions destinées à intervenir au cours de la procédure législative, afin de permettre l'expression et la responsabilité constitutionnelles des gouvernants, ainsi que l'expression constitutionnelle des citoyens.

a) *Les interventions limitées des Commissions nord-irlandaise*

1651. En Irlande du Nord, deux commissions retiennent particulièrement l'attention : la Commission pour la Justice (*Committee for Justice*) et la Commission *Ad Hoc* pour une déclaration de droits (*Ad Hoc Committee on a Bill of Rights*).

1652. La Commission pour la Justice a pour mission de « *conseiller et aider le ministre sur les questions relevant de sa responsabilité* »²²⁸⁴. Elle exerce « *un rôle d'examen, d'élaboration de politiques et de consultation à l'égard du ministère de la Justice et joue un*

²²⁸³ *Legislation, Justice and Constitution Committee. Report on the Welsh Elections (Coronavirus) Bill, op. cit.*, p. 4: “*One of the consequences of dealing with the Bill as an Emergency Bill is that there is limited time in which to fully understand the implications of its provisions, or to hear the views of stakeholders.*”.

²²⁸⁴ “*Committee for Justice*”, *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 26/04/2021], <http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/committees/2017-2022/justice/>: “*The Committee was established to advise and assist the Minister on matters within their responsibility.*”.

rôle clé dans l'examen et l'élaboration de la législation »²²⁸⁵. Cette Commission se doit également de contrôler les mémorandums de consentement législatif dans le cadre de la convention Sewel. Elle assume donc un rôle de conseil relatif à la répartition du pouvoir entre l'Assemblée et Westminster. Son activité de 2020 s'est d'ailleurs essentiellement focalisée à cela : sur les 6 rapports qu'elle a rendus entre mai et octobre 2020, 5 concernaient des *legislative consent motions*.

1653. L'intervention de la Commission aide également le débat parlementaire, notamment lorsqu'elle donne son avis sur l'opportunité de voter une *legislative consent motion*, et ainsi notamment quand elle accepte de soutenir le gouvernement devant l'Assemblée pour le dépôt d'une telle motion.

1654. De plus, la Commission suscite les expressions constitutionnelles des autres acteurs de l'ordre constitutionnel. Dans son rapport de contrôle du *Domestic Abuse and Family Proceedings Bill*, la Commission rappelle bien son pouvoir de permettre l'expression des autres acteurs de l'ordre constitutionnel. Dans le paragraphe 5, elle précise qu'elle a recueilli des témoignages des organisations et individus intéressés mais aussi du ministère de la Justice. Elle précise, dans ce cadre, qu'elle a reçu 66 témoignages écrits et organisé 11 sessions de témoignages oraux²²⁸⁶.

1655. Cette Commission souffre également des mêmes faiblesses que celles qui sont régulièrement soulignées : aucun pouvoir de contrainte sur l'exécutif et aussi une activité de contrôle très peu intense sur les projets de loi (en témoigne le seul rapport dans cette optique en 2020).

1656. La Commission *Ad hoc* pour une déclaration de droits joue également un rôle dans la justice constitutionnelle, en stimulant l'expression constitutionnelle des acteurs de l'ordre constitutionnel à l'occasion d'une consultation publique. Cette dernière porte sur la question de la nécessité d'une déclaration de droits non-irlandaise et sur les droits que cette

²²⁸⁵ *Ibid.* : “The Committee undertakes a scrutiny, policy development and consultation role with respect to the Department of Justice and plays a key role in the consideration and development of legislation”.

²²⁸⁶ Committee for Justice. *Report on the Domestic Abuse and Family Proceedings Bill*, n°48/17-22, 15th October 2020, 221 p., pp. 7-8: “The Committee requested evidence from interested organisations and individuals as well as the Department of Justice as part of its deliberations on the Bill and the proposed amendments. 66 written submissions were received and the Committee held eleven oral evidence sessions with organisations as well as exploring the issues raised in the written and oral evidence with Department of Justice and PSNI officials both in writing and in oral briefings. The Committee also met privately with a number of individuals to discuss their personal experiences of domestic abuse”.

dernière pourrait inclure. Cette Commission a été créée par l'Assemblée le 24 février 2020 et lui incombe de rendre un rapport en 2022.

1657. Cette consultation a été mobilisatrice, et a donné lieu à l'envoi de plus de 2400 témoignages écrits, ainsi qu'à l'organisation de 35 sessions de témoignages oraux pendant lesquelles tant des institutions que des associations et des citoyens sont venus livrer leur avis sur des sujets variés, à fortes implications constitutionnelles, et dont beaucoup concernaient la place et les droits des minorités (minorité asiatique) ou des catégories de personnes vulnérables (personnes âgées, femmes) dans la société²²⁸⁷. Ici aussi néanmoins, il faut relativiser la participation citoyenne qui demeure faible et qui est surtout l'œuvre de citoyens ayant déjà exercé une fonction en rapport avec l'édiction et l'application du droit. En effet, la majorité d'entre eux étaient soit des professeurs, soit des anciens membres d'une juridiction ou d'une institution (comme l'*Equality and Human Rights Commission*).

1658. Comme le Parlement irlandais, l'assemblée législative d'Écosse prévoit également l'intervention de commissions dans l'exercice de la justice constitutionnelle.

b) L'intervention réelle mais limitée de la Commission écossaise sur les égalités et les droits de l'Homme :

1659. L'Écosse a également mis en place des commissions parlementaires devant intervenir sur des questions à dimension constitutionnelle. La Commission sur les Égalités et les droits de l'Homme (*Equalities and Human Rights Committee*) en fait partie. Elle a trois objectifs principaux : « examiner et émettre des rapports sur les questions relatives à l'égalité des chances et à leur respect au sein du Parlement », « examiner et faire des rapports sur les questions relatives aux droits de l'Homme »²²⁸⁸ et enfin prévenir, éliminer ou encadrer la discrimination entre les personnes sur le fondement des 9 caractéristiques protégées.

1660. Cette Commission a, comme les autres, deux grandes facultés : celle de contrôler les projets de loi au sein du Parlement écossais et celle d'organiser des consultations sur des problématiques constitutionnelles majeures.

²²⁸⁷ “Ad Hoc Committee on a Bill of Rights”, *Northern Ireland Assembly*, [en ligne], [consultée le 26/04/2021], <http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/committees/2017-2022/ad-hoc-committee-on-a-bill-of-rights/>.

²²⁸⁸ “Committee reports- Aithisgean Chomataidh”, *The Scottish Parliament- Pàrlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 26/04/2021], <https://digitalpublications.parliament.scot/Committees#equalitiesandhumanrightscommittee>.

1661. En contrôlant les projets de lois déposés au Parlement écossais, la Commission joue un rôle d'appui de la procédure parlementaire et entre dans un dialogue direct avec le gouvernement. C'est le cas dans le rapport sur le *Civil Partnership (Scotland) Bill* rendu en 2020, dans lequel la Commission donne son avis sur les dispositions du projet de loi qui lui semblent intéressantes et formule des conseils et des recommandations à destination de l'exécutif²²⁸⁹. Ce faisant, la Commission active la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, en l'invitant à se justifier sur les choix et les implications de sa politique. Dans ce même rapport, elle invita ainsi l'exécutif à approfondir sa réflexion afin de trouver les moyens permettant la conversion des unions maritales en unions civiles²²⁹⁰.

1662. En organisant des consultations, la Commission encourage l'expression constitutionnelle des membres de la société civile. En témoignent la consultation et le rapport relatifs à l'impact du Covid-19 sur les égalités et les droits de l'Homme. Lors de la consultation qui s'est déroulée du 27 avril au 31 décembre 2020, la Commission a reçu 187 témoignages, dont 105 provenaient d'individus et 82 d'organisations. Les processus d'enquête, en plus de stimuler l'expression citoyenne, permet à la Commission d'activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement. En témoignent les nombreuses recommandations formulées par l'organisme parlementaire dans son rapport de janvier 2021, dans lesquelles la Commission demande régulièrement à l'exécutif de rendre des comptes sur les démarches en cours ou envisagées pour résoudre des situations problématiques. C'est ainsi que la Commission demanda expressément au gouvernement quelle démarche serait entreprise afin que les mesures d'urgence relatives à la distribution de nourriture correspondent effectivement aux besoins de la population²²⁹¹. Parfois, même elle va viser, par ses recommandations, à rendre effectives celles émises par une autre commission. Dans le rapport précité, il est ainsi demandé au gouvernement « *quels progrès ont été réalisés par rapport aux 24 recommandations formulées par la Commission écossaise des droits de l'homme dans son rapport intitulé Social Care and Human Rights : Impact Monitoring Report* »²²⁹².

²²⁸⁹Equalities and Human Rights Committee - Comataidh Co-ionannachd agus Còraichean Daonna. *Civil Partnership (Scotland) Bill Stage 1 Report*, 2020 (Session 5), 1st report, 45 p.

²²⁹⁰ *Ibid.*, p. 23: “The Committee invites the Cabinet Secretary to explore what more would need to be done to overcome some of these legal challenges.”

²²⁹¹ Equalities and Human Rights Committee - Comataidh Co-ionannachd agus Còraichean Daonna. *Report on the impact of the COVID-19 pandemic on equalities and human rights*, 2021 (Session 5), 1st report, 79 p., p. 21: “The Committee asks what monitoring the Scottish Government is undertaking to ensure the emergency provision of food meets people’s needs.”

²²⁹² *Ibid.*, p. 5: “The Committee asks the Scottish Government and COSLA what progress has been made in relation to the 24 recommendations made in the Scottish Human Rights Commission’s *Social Care and Human Rights: Impact Monitoring Report*.”

1663. En dépit de ses missions directement liées aux questions constitutionnelles, cette Commission n'intervient pas si fréquemment : entre mai 2017 et mars 2021, elle a rendu 23 rapports toute activité (projet de lois, consultation) confondue. Elle n'a, en outre, rendu que 6 rapports relatifs au contrôle des projets de loi entre 2017 et 2019.

1664. Les commissions relatives au contrôle des projets de loi ont, malgré leurs imperfections et insuffisances, une importance fondamentale dans l'exercice de la justice constitutionnelle qui se déroule au Parlement. Elles ne sont néanmoins pas les seules à remplir d'évidentes missions de justice constitutionnelle, en témoigne l'intervention des commissions de surveillance de la législation déléguée.

II) Le rôle actif des commissions de surveillance de la législation déléguée dans la justice constitutionnelle

1665. La Chambre des Lords réunit deux commissions qui, en contrôlant l'exercice par le législateur de la délégation de compétence, exercent la justice constitutionnelle. Comme l'a observé le *Liaison Committee* de la Chambre des Lords dans son 6^{ème} rapport de la session 2017-2019, ces commissions influencent fortement le débat au sein des Chambres, leurs rapports étant souvent cités dans les discussions au sein de la Chambre des Communes et de la Chambre des Lords.

1666. La première d'entre elles est la Commission des pouvoirs délégués et de la réforme de régulation (*Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*) (A). La deuxième est la Commission de contrôle de la législation secondaire (*Secondary Legislation Scrutiny Committee*) (B).

A) L'intervention fréquente et cruciale du Delegated Powers and Regulatory Reform Committee

1667. Cette Commission a été créée en 1992 par la Chambre des Lords sur la base des recommandations formulées par la Commission Jellicoe. Sa création a été encouragée par le

recours en forte augmentation, de la part des gouvernants, des Clauses Henry VIII. Elle est composée de 10 membres issus de la Chambre des Lords²²⁹³.

1668. Sa mission est de contrôler la conformité de tout *bill* (*public* ou *private*) dont l'objectif est de déléguer les compétences du Parlement à l'exécutif ou à tout autre organisme. Entre 1997 et 2020, la Commission a rendu un total de 541 rapports dont la plupart concernent l'examen de projets de législations primaires et pour une infime minorité, l'examen de projets de législations secondaires²²⁹⁴. Cette Commission surveille les modalités de fabrication de la loi, ce qui est une mission de justice constitutionnelle.

1669. La Commission va contrôler le *bill* au moment de son introduction à la Chambre des Lords. L'objectif assigné à la Commission est "*de signaler si les dispositions d'un projet de loi délèguent de manière inappropriée le pouvoir législatif, ou si elles soumettent l'exercice du pouvoir législatif à un degré inapproprié de contrôle parlementaire*"²²⁹⁵.

1670. Le degré du contrôle parlementaire dépend notamment du type de législation secondaire mis en place par la loi. S'il s'agit d'instruments dits « *négatifs* » alors ils ne sont soumis à aucun débat parlementaire, sauf si un membre du Parlement en fait expressément la demande. S'il s'agit d'instruments dits « *affirmatifs* » ou « *super-affirmatifs* » alors le débat parlementaire est nécessaire et ces instruments doivent être adoptés par les deux Chambres. La Commission contrôle également les *Legislative Reform Orders*. Ces derniers sont des mesures de législation secondaire « *que le gouvernement peut utiliser pour supprimer ou réduire les charges qui résultent directement ou indirectement de la législation, ou pour promouvoir les principes d'une meilleure réglementation* »²²⁹⁶. Ces *Legislative Reform Orders* sont adoptés dans le cadre dessiné par le *Legislative and Regulatory Reform Act 2006*²²⁹⁷. En plus du contrôle de la Commission de la Chambre des Lords, ces mesures sont également soumises à celui d'une Commission de la Chambre des Communes²²⁹⁸.

²²⁹³ « Committees – Delegated Powers and Regulatory Reform Committee », www.parliament.uk, [en ligne], consultée le 28/05/2020, <https://committees.parliament.uk/committee/173/delegated-powers-and-regulatory-reform-committee/membership/>.

²²⁹⁴ « Publications – Lord Select Committee », www.parliament.uk, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/delegated-powers-and-regulatory-reform-committee/hldprcpublications/>.

²²⁹⁵ « Role - Committees », *UK Parliament*, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://committees.parliament.uk/committee/173/delegated-powers-and-regulatory-reform-committee/role/>.

²²⁹⁶ « Legislative Reform Orders (LROs) », *UK Parliament*, [en ligne], consultée le 28/05/2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/legislative-reform-orders/>.

²²⁹⁷ *Ibid.*

²²⁹⁸ *Ibid.*

1671. Cette Commission assure ainsi la répartition entre législation primaire et secondaire. La Commission se donne comme objectif de publier son rapport avant l'étape du processus législatif de l'examen par une commission²²⁹⁹. Comme l'affirme Robert Hazell, la Commission examine chaque *bill* et vérifie l'étendue et la justification de la délégation de pouvoirs que le Parlement opère. Cette justification est souvent contenue dans *le memorandum* rédigé par le gouvernement²³⁰⁰ pour chaque projet de loi incluant des délégations de pouvoir. Le gouvernement a d'ailleurs l'obligation de joindre à ses projets de loi un *delegated powers memorandum*. Ce dernier sera joint aux *Explanatory Notes* présentées par le gouvernement pour chaque projet de loi²³⁰¹. Cette obligation témoigne du caractère supposé réfléchi, rationnel et argumenté de l'activité des *Select Committees* et de leur conséquence. Le *memorandum* représente une invitation faite à l'exécutif d'argumenter par écrit en faveur de leurs projets de lois.

1672. Le rapport rendu par le *Liaison Committee* de la Chambre des Lords rappelle le contenu d'un tel *memorandum*²³⁰². Dans ce dernier, l'initiateur du projet de loi doit identifier chacune des délégations envisagées, exposer l'objectif poursuivi, et justifier des raisons pour lesquelles la ou les matières concernées devraient être régies par la législation secondaire. Il doit également expliquer en quoi le degré actuel de contrôle parlementaire lui semble approprié²³⁰³. Tout cela nécessite donc que le gouvernement réfléchisse aux implications

²²⁹⁹ House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee. *Special Report : Quality of Delegated Powers Memoranda*, session 2014-2015, 7th report, 49 p., p. 43: "The Committee aims to report before the start of committee stage and reports are usually available within one to two days after the Committee has met (see paragraph 7 above).".

²³⁰⁰ La confection du *Memorandum* est souvent commandée par le directeur de l'équipe et cette dernière qui sont associés au projet de loi en question. En effet, il faut rappeler que tout projet de loi émis par le gouvernement est pris en charge par un directeur (*bill manager*) et une équipe (*bill team*) qui auront la responsabilité de gérer la transmission et la progression du projet au Parlement. L'équipe en question est composée d'un juriste qui aura un rôle important dans la supervision de la commande du *Memorandum*.

²³⁰¹ Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, *op. cit.*, art. 11.121, p. 103: "This section of the notes should list the documents that are relevant to the bill and provide a web address at which the documents can be accessed. Typically this will be: Impact assessment Delegated powers memorandum Any draft regulations that have been published."

²³⁰² House of Lords Liaison Committee. *Review of House of Lords Investigative and Scrutiny Committees : towards a new thematic committee structure*, session 2017-2019, 6th report, 2019, 104 p., p. 32: "The Committee considers Bills when they are introduced into the Lords (at present there is no equivalent committee in the Commons). The Government provides a memorandum for each Bill, identifying each of the delegations, its purpose, the justification for leaving the matter to delegated legislation, and explaining why the proposed level of Parliamentary control is thought appropriate. The Committee examines whether the delegations in each Bill are appropriate. The Committee is careful to restrict its consideration to the delegation in question, and not the merits of the overall policy."

²³⁰³ *Ibid.*: "The Government provides a memorandum for each Bill, identifying each of the delegations, its purpose, the justification for leaving the matter to delegated legislation, and explaining why the proposed level of Parliamentary control is thought appropriate."

constitutionnelles de sa politique ; ici aux implications quant à la répartition du pouvoir entre le législateur primaire et le législateur secondaire.

1673. L'un des objectifs de la Commission est d'éviter l'adoption de *bills* dans lesquels le Parlement se défait de toute compétence et « *permet au gouvernement de légiférer* »²³⁰⁴ par le biais de législation secondaire. Dans le cadre de ses rapports, la Commission après avoir rappelé le contenu du projet de loi dans un premier temps et l'argumentation du gouvernement dans le *memorandum* dans un deuxième temps, en vient, enfin, à une ou plusieurs des conclusions suivantes : la première consiste à affirmer que certaines délégations de pouvoirs sont injustifiées, inappropriées ou que leur étendue en elle-même est injustifiée ; une autre à proposer des amendements au projet de loi ; une autre à recommander la procédure à laquelle les différentes dispositions du projet doivent être soumises (la procédure négative, affirmative ou super-affirmative) ; enfin, elle peut inviter la Chambre à demander plus d'explications de la part du gouvernement sur certains aspects du projet de loi. Comme pour la Commission de la Constitution ou la Commission mixte, son intervention aiguise le débat parlementaire et la responsabilité constitutionnelle du gouvernement devant le Parlement.

1674. La Commission se fixe comme objectif de rendre ses rapports avant l'étape de la procédure législative de l'examen en commission dans la Chambre des Lords²³⁰⁵. Robert Hazell note néanmoins que, bien souvent, la Commission parvient à rendre son rapport avant même l'étape de la seconde lecture à la Chambre des Lords.

1675. Cette Commission est assez active et avait rendu 10 rapports entre janvier et fin avril 2020²³⁰⁶. De manière générale, sur la décennie 2010-2020 la Commission a produit 12 à 31 rapports par an²³⁰⁷. Son intervention était nécessaire dans le cadre de l'adoption du *Coronavirus Act 2020*, pendant laquelle elle a contrôlé le *Coronavirus Bill* présenté à la Chambre des Communes le 13 mars 2020²³⁰⁸. Elle dénonçait le fait qu'un nombre élevé de

²³⁰⁴ HAZELL Robert. "Who is the guardian of legal values in the legislative process: Parliament or the Executive?", *Public Law*, 2004, pp. 495-500, p. 496: "*The committee's main role is to police the boundary between primary and secondary legislation. Shortly before he stepped down as chairman, Lord Alexander of Weedon Q.C. described its work as follows: The committee looks at every single Bill to scrutinise what powers are proposed. We guard against what are simply enabling, or, as the jargon calls them 'skeleton' Bills which would simply enable the government to legislate by statutory instrument.*".

²³⁰⁵ *Ibid.*

²³⁰⁶ «Committees – All reports», www.parliament.uk, [en ligne], consultée le 28/05/2020, <https://committees.parliament.uk/committee/173/delegated-powers-and-regulatory-reform-committee/publications/reports/>.

²³⁰⁷ *Ibid.*

²³⁰⁸ House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee. *Coronavirus Bill, Fisheries Bill [HL] : Government Response*, session 2019-2021, 9th report, 9 p.

clauses Henry VIII prévues dans le projet de loi n'étaient pas expressément liées à la crise du coronavirus²³⁰⁹. Elle pointait également du doigt le risque de permanence de ces clauses créant des pouvoirs de législation secondaire.

1676. À la manière des deux autres Commissions étudiées précédemment, l'intervention de cette Commission sert également les parlementaires. Elle aide le débat parlementaire en mettant en exergue les sujets délicats du projet de loi qui devront retenir son attention. Elle active ainsi l'exercice de la justice constitutionnelle par les parlementaires. Le rapport publié le 11 février 2020 sur le *Pension Schemes Bill* en est une parfaite illustration. La Commission considérait en l'espèce que le gouvernement n'avait pas fourni de justification suffisante à la création du vaste pouvoir contenu dans la clause 6(2) du projet de loi. En outre, la Commission invita la Chambre à chercher de la part du gouvernement davantage d'explication sur des points précis du projet de loi en question²³¹⁰. Son intervention contribue à la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, que ce soit devant elle ou les autres parlementaires dans le cadre du débat.

1677. Cette Commission participe également à la justice constitutionnelle par le biais de son activité de recherche et de consultation.

1678. Le contrôle qu'elle exerce possède néanmoins des imperfections. Comme pour les deux autres commissions étudiées *supra*, elle est tributaire des règles de procédure législative et ne peut requérir un ralentissement de cette dernière pour des *bills* qui sont conséquents et qui nécessiteraient un contrôle.

1679. On retrouve l'équivalent de cette Commission au sein des assemblées législatives créées dans le cadre de la dévolution. Le *Delegated Powers and Law Reform Committee* existe ainsi en Écosse. Parmi ses missions figurent celles de dresser des rapports sur

²³⁰⁹ *Ibid.*, p. 2: "Clause 32 confers a power on Scottish Ministers by direction (rather than by statutory instrument subject to a parliamentary procedure) to disapply or modify primary legislation that prevents barred individuals from working with vulnerable adults and children. As with clause 23 (power to require information relating to food supply chains) clause 32 is not limited to circumstances occasioned by the coronavirus outbreak; indeed, there is no limit on the circumstances in which the power in clause 32 can be exercised. Clause 32 is too widely drawn and should be related to coronavirus."; p. 2: "We make a similar point in paragraphs 10, 11, 14 and 16 below. The House may wish to seek an explanation from the Minister about why these powers are not, on the face of each individual clause, explicitly linked to coronavirus. We anticipate that the House will look to the Minister to provide an ironclad assurance that the powers contained in the Bill will be exercisable in relation to the coronavirus outbreak only and in no other circumstances."

²³¹⁰ House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee. *Pension Schemes Bill* [HL], session 2019-2021, 4th report, 16 p., p. 5: "However, we recommend that the House seeks further explanation from the Minister as to why it is not feasible to set out on the face of the Bill the events that are to constitute significant events for the purposes of clause 28, even if this were to be coupled with a power to make changes in the future to the list of events."

les propositions de délégations de pouvoirs contenues dans les projets de loi, sur toute question générale relative à l'élaboration de la législation déléguée ou encore sur tout changement proposé relatif à la procédure d'élaboration de la législation déléguée au Parlement. Comme elle l'a précisée dans son rapport annuel de 2021, son objectif est de « *veiller à ce que l'équilibre approprié entre la législation primaire et secondaire dans les projets de loi soit maintenu et à ce que le Parlement ait un contrôle approprié de la législation subordonnée* »²³¹¹. Toutes ces questions présentent d'indéniables aspects constitutionnels. Cette Commission est également assez active et peut intervenir à différents moments dans la procédure législative. Ainsi, entre le 12 mai 2020 et le 24 mars 2021, elle a examiné 21 projets de lois lors de la première étape de la procédure législative (*stage 1*) et 13 lors de la seconde (*stage 2*). Certains projets ont été examinés pendant les deux étapes de la procédure²³¹².

1680. Parallèlement à l'intervention du *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* se fait celle du *Secondary Legislation Scrutiny Committee*, qui constitue un autre intervenant dans la justice constitutionnelle.

B) Le rôle actif de la Commission de contrôle de la législation secondaire dans la justice constitutionnelle:

1681. Une autre commission, établie par la Chambre des Lords, est compétente pour contrôler l'exercice de la législation déléguée. Il s'agit de la Commission de contrôle de la législation secondaire (*Secondary Legislation Scrutiny Committee*). Créée en 2003, elle est composée de 11 membres de la Chambre des Lords. Elle a plusieurs missions²³¹³ qui se résument en 6 compétences: (1) faire des rapports « *sur les projets d'actes et de mémorandums déposés devant le Parlement en vertu des articles 8, 9 et 23, paragraphe 1 de l'Acte de l'Union Européenne (retrait) de 2018* »²³¹⁴, (3) contrôler a) chaque instrument (qu'il soit des *statutory instruments* ou non) ou projet d'instrument présentés devant chacune des Chambres du

²³¹¹ Delegated Powers and Law Reform Committee - Comataidh Cumhachdan Tiomnaichte is Ath-leasachadhLagh. *Delegated Powers and Law Reform Committee Annual Report 2020-21*, 2021 (Session 5), 22nd report, 11 p., p. 2: "Through its scrutiny process, the Committee aims to ensure that the appropriate balance between primary and secondary legislation within bills is maintained and that the Parliament will have appropriate scrutiny of subordinate legislation."

²³¹² *Ibid.*, pp. 2-3.

²³¹³ "Terms of Reference", www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 28/05/2020], <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/secondary-legislation-scrutiny-committee/role/tofref/>.

²³¹⁴ *Ibid.*: "The Committee shall report on draft instruments and memoranda laid before Parliament under sections 8, 9 and 23(1) of the European Union (Withdrawal) Act 2018."

Parlement et sur la base desquels des délibérations peuvent être, ou auraient pu être, prises dans l'une ou l'autre Chambre du Parlement en vertu d'une loi primaire (*Act of Parliament*)²³¹⁵. (3) pour contrôler b) « *toute proposition qui se présente sous la forme d'un projet d'un tel instrument et qui est déposée devant chaque chambre du Parlement en vertu d'une loi du Parlement, en vue de déterminer si l'attention particulière de la chambre doit ou non être attirée sur elle pour l'un des motifs spécifiés au paragraphe (2).* »²³¹⁶.

1682. « (4) *Les motifs pour lesquels un acte, un projet ou une proposition peuvent être portés à l'attention particulière du Parlement sont a) qu'il est politiquement ou juridiquement important ou qu'il soulève des questions d'ordre public susceptibles d'intéresser le Parlement ; (b) qu'il peut être inapproprié compte tenu de l'évolution des circonstances depuis la promulgation de la loi mère ; (c) qu'il peut mettre en œuvre de manière inappropriée la législation de l'Union européenne ; (d) qu'il peut atteindre imparfaitement ses objectifs politiques ; (e) que le matériel explicatif fourni à l'appui ne fournit pas suffisamment d'informations pour permettre de bien comprendre l'objectif politique de l'instrument et la mise en œuvre prévue ; (f) que le processus de consultation relatif à l'instrument semble présenter des insuffisances ; (g) que l'instrument semble traiter de manière inappropriée les lacunes du droit communautaire retenu.* »²³¹⁷. Cette disposition montre bien en quoi cette Commission est appelée à exercer la justice constitutionnelle. Le (a) implique en effet qu'elle peut attirer l'attention du Parlement sur des instruments ou des projets d'instrument qui sont « *politiquement ou juridiquement* » importants. Cette faculté implique pour la Commission, la compétence de considérer les implications des dits instruments, parmi lesquelles figurent les implications constitutionnelles. Le (f) quant à lui implique pour l'organisme parlementaire un rôle de gardien de règles constitutionnelles « *procédurales* » relatives aux modalités de consultation.

²³¹⁵ *Ibid.*: “The Committee shall, with the exception of those instruments in paragraphs (5) and (6), scrutinize - (a) every instrument (whether or not a statutory instrument), or draft of an instrument, which is laid before each House of Parliament and upon which proceedings may be, or might have been, taken in either House of Parliament under an Act of Parliament”.

²³¹⁶ *Ibid.*: “- (b) every proposal which is in the form of a draft of such an instrument and is laid before each House of Parliament under an Act of Parliament, with a view to determining whether or not the special attention of the House should be drawn to it on any of the grounds specified in paragraph (2).”.

²³¹⁷ *Ibid.*: “(4) The grounds on which an instrument, draft or proposal may be drawn to the special attention of the House are-(a) that it is politically or legally important or gives rise to issues of public policy likely to be of interest to the House; (b) that it may be inappropriate in view of changed circumstances since the enactment of the parent Act; (c) that it may inappropriately implement European Union legislation; (d) that it may imperfectly achieve its policy objectives; (e) that the explanatory material laid in support provides insufficient information to gain a clear understanding about the instrument's policy objective and intended implementation; (f) that there appear to be inadequacies in the consultation process which relates to the instrument, (g) that the instrument appears to deal inappropriately with deficiencies in retained EU law.”.

1683. Entre 2003 et la fin de la session 2014-2015, la Commission a contrôlé 11.603 instruments de législations déléguées et a, grâce à la publication de ses rapports, attiré l'attention des Chambres sur 718 d'entre eux²³¹⁸. Entre janvier et mai 2020, la Commission a rendu 14 rapports.

1684. Si les mécanismes parlementaires jouent un rôle essentiel dans la justice constitutionnelle qui se déroule au sein des Parlements du Royaume-Uni, les mécanismes extra-parlementaires constituent également des outils importants d'expression constitutionnelle.

Section II : L'influence inégale des mécanismes « extra-parlementaires » de justice constitutionnelle

1685. La mise en place de ces commissions a été encouragée par les insuffisances du *Human Rights Act 1998*²³¹⁹. Cela a été mis en exergue dans la consultation que la Commission mixte sur les droits de l'Homme avait organisée en 2001²³²⁰ sur la question de l'opportunité de créer une commission spécialisée dans les droits de l'Homme. Comme le fait remarquer Corina Lacatus, lors de cette consultation, la Commission a reçu un nombre important de témoignages dénonçant l'insuffisance du seul *HRA 1998* pour faire appliquer et respecter les droits de l'Homme au Royaume-Uni²³²¹. La mise en place de ces commissions- et donc d'organismes indépendants par rapport aux organes traditionnels de pouvoir- a été motivée par l'idée que

²³¹⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution. *Delegated Legislation and Parliament : A Response to the Strathclyde Review*, op. cit., p. 9 : "From 2003 to the end of the 2014–15 Session, the Committee scrutinised 11,603 instruments and brought 718 of them to the special attention of the House in its reports."

²³¹⁹ LACATUS Corina. "Human rights networks and regulatory stewardship: An analysis of a multi-level network of human rights commissions in the United Kingdom", *The British Journal of Politics and International Relations*, 2018, vol 1, n°4, pp. 809-826, p. 818: "When they were established, none of the three human rights commissions enjoyed full support from central or devolved governments, although they did receive a lot of support from civil society organisations. (...) Government support was largely motivated by external pressures, such as the pressures to align national law with European human rights law (...)."

²³²⁰ House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The Case for a human rights commission: interim report*, session 2001-2002, 22nd report, 267 p.; House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The Case for a human rights commission*, session 2002-2003, vol. I, 100 p.

²³²¹ LACATUS Corina. "Human rights networks and regulatory stewardship: An analysis of a multi-level network of human rights commissions in the United Kingdom", op. cit., p. 819: "The Joint Committee began its activity in 2001, six months after the Human Rights Act had come into force, and received a significant body of evidence that a culture of respect for human rights within public services was missing and that the Human Rights Act alone was not sufficient for implementation of human rights law in the United Kingdom."

l'action des juges, du gouvernement et du Parlement n'était pas suffisante pour assurer une culture des droits de l'Homme au Royaume-Uni²³²².

1686. Dans un autre rapport en date de 2003, la Commission mixte se prononçait explicitement pour la mise en place d'une commission spécialisée dans les droits de l'Homme²³²³. C'est en conséquence de ce processus qu'en 2006 verra le jour la première de ces Commissions, la *Commission pour l'égalité et les droits de l'Homme*.

1687. Ces Commissions siègent dans des locaux extérieurs aux Parlements et ont un statut juridique bien différent de celui des *Select Committees*, ce qui leur garantit une certaine autonomie, notamment par rapport au gouvernement. Ce statut oscille entre celui « *d'organisme public non départemental* » (*NDPB*) et celui « *d'organisme public indépendant* ». Le premier type d'organisme correspond à un "*organisme qui joue un rôle dans les processus du gouvernement national, mais qui n'est pas un département gouvernemental ou une partie de celui-ci, et qui, par conséquent, fonctionne plus ou moins indépendamment des ministres*"²³²⁴. Le gouvernement leur a délégué une activité : elle est rattachée à ce dernier mais conserve une réelle autonomie. Les entités concernées par un tel statut, fonctionnent donc de manière plus autonome et détachée du gouvernement et du Parlement. Leur autonomie par rapport au processus parlementaires s'observe aussi par leur composition. Elles ne sont pas composées de membres du gouvernement ou d'autres membres du Parlement de Westminster. Certaines d'entre elles disposent également de moyens dont les commissions parlementaires ne disposent pas, comme celui d'agir en justice ou d'intervenir dans un procès pour protéger les règles constitutionnelles.

1688. Un *NDPB* a été récemment créé et s'avère particulièrement intéressant pour la protection des droits. Il s'agit de l'*IMA (Independent Monitoring Authority for the Citizens' Rights Agreements)* –évoquée dans la première partie de cette étude- dont l'objectif est de veiller à la protection des droits des citoyens de l'UE mais aussi d'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège qui sont établis au Royaume-Uni et à Gibraltar²³²⁵. Cette organisme n'ayant

²³²² House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The Case for a human rights commission*, *Op. Cit.*, p. 6: "*Litigation is an essential last resort in protecting the rights of the individuals or groups, but it is not the most effective means of developing a culture of human rights*"; "*Government cannot be the sole advocate of a culture of rights and responsibilities*"; "*Parliament must defend human rights and must stand at the centre of a culture of respect of human rights, but it cannot itself do the work of educating, informing, encouraging and promoting that is needed to establish this culture more widely*".

²³²³ *Ibid.*

²³²⁴ « *Guidance –Public bodies* », *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.gov.uk/guidance/public-bodies-reform#ndpbs-executive-agencies-and-non-ministerial-departments>.

²³²⁵ "New Independent Monitoring Authority goes live on 31 December 2020", *gov.uk*, [en ligne], [consultée le 05/03/2021], <https://www.gov.uk/government/news/new-independent-monitoring-authority-goes->

commencé à fonctionner qu'à la fin de la période de transition –le 31 décembre 2020- il semble encore difficile d'évaluer la place qu'il prendra dans la protection des droits au Royaume-Uni.

1689. Les commissions étudiées dans cette section sont des *SNHRIs*, des *sub national human rights institutions* qui sont des organismes indépendants en charge de la mise en application des droits de l'Homme à un niveau local²³²⁶. Pour ce faire, elles exercent des activités variées incluant celles de sensibilisation de la société civile, celles de conseil et d'assistance aux représentants ou encore celles de poursuites. La Commission mixte sur les droits de l'Homme souligna dans un rapport publié le 11 juillet 2018 le rôle crucial joué par ces différentes *SNHRIs* dans la mise en œuvre des droits de l'Homme²³²⁷.

1690. Tant les Commissions spécialisées sur les problématiques d'égalité et de non-discrimination (I) que les Commissions écossaises et nord-irlandaises de protection des droits de l'Homme (II) interviennent dans la justice constitutionnelle.

I) Les Commissions établies pour la promotion et la protection de l'égalité et les Ombudsmen

1691. La problématique de la promotion et de la protection de l'égalité a connu un essor important au Royaume-Uni au lendemain de la deuxième guerre mondiale. Celui-ci s'est opéré sur deux fronts : celui de l'égalité dite négative, et celui de l'égalité dite positive. Le principe d'égalité contient ainsi à la fois des « *devoirs négatifs d'égalité* » et des « *devoirs positifs d'égalité* »²³²⁸. Alors que les premiers renvoient au devoir pour les autorités politiques de ne pas pratiquer de discriminations, les seconds requièrent la mise en œuvre de politiques, d'actions²³²⁹. Ces « *devoirs positifs d'égalité* » sont affirmés au sein des lois de la dévolution

[live-on-31-december-2020](#) : “*Its purpose is to monitor how public bodies in the UK and Gibraltar implement and apply the citizens’ rights parts of the following agreements: EU UK Withdrawal Agreement, EEA EFTA Separation Agreement.*”.

²³²⁶ LACATUS Corina. “Human rights networks and regulatory stewardship: An analysis of a multi-level network of human rights commissions in the United Kingdom”, *op. cit.*

²³²⁷ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, *op. cit.*, p. 35: le rapport souligne le rôle “*crucial*” joué par ces différentes commissions dans la protection des droits.

²³²⁸ MC LAUGHLIN Eithne. “From Negative to Positive Equality Duties: The Development and Constitutionalisation of Equality Provisions in the UK”, *Social Policy and Society*, 2007, vol. 6, issue 1, pp. 111-121, p. 111: “*The paper reviews the limitations of non-discrimination or negative equality duties. It documents the expansion of equality law at the turn of the twentieth/twenty-first century, when seven UK Acts and two European Directives introduced additional negative equality duties, provided for a new enforcement authority and introduced positive equality duties in respect of some social statuses.*”.

²³²⁹ *Ibid.*, p. 115: “*The term ‘positive equality duty’ can be attributed to Sandra Feldman (2001, 2002). Feldman pointed out that a new wave or generation of equality law was developing, in which the duties required*

de 1998 : à l'annexe 5 du *Scotland Act 1998*²³³⁰, la section 77 du *Government of Wales Act 2006*²³³¹ et la section 75 du *Northern Ireland Act 1998*²³³². À l'échelle de l'Angleterre, le devoir général positif d'égalité résulte de plusieurs dispositions contenues dans différents textes de lois²³³³. La plupart de ces injonctions à l'égalité se trouvent consacrées dans des lois, qui, selon la jurisprudence, ont une nature constitutionnelle, confirmant par ailleurs que le principe d'égalité fait bien partie de la Constitution britannique.

La mise en œuvre de ces « *devoirs d'égalité* » est encadrée par deux Commissions spécialement établies (A).

Les services publics sont également surveillés par les *Ombudsmen* qui veillent au principe de bonne administration, à implications constitutionnelles certaines (B).

A) Le rôle important des Commissions pour l'égalité dans la justice constitutionnelle

1692. Le Royaume-Uni connaît deux commissions spécialisées sur les problématiques d'égalité et de lutte contre les discriminations : l'*Equality and Human Rights Commission* pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Écosse (1) et l'*Equality Commission for Northern Ireland* pour l'Irlande du Nord (2).

1) Le rôle actif de l'Equality Human Rights Commission

1693. Elle a été créée par l'*Equality Act* de 2006²³³⁴. Si elle n'est pas une Commission parlementaire, elle est néanmoins rattachée au législateur. Elle jouit du statut d'organisme public non départemental (*NDPB*). Elle a été mise en place pour remplacer et unir en une seule

anticipatory actions on the part of the duty bearers. In contrast to negative duties, positive equality duties seek to prevent (...) inequality, by requiring and encouraging certain potentially preventative behaviours and practices.”.

²³³⁰ *Scotland Act 1998*, schedule 5.

²³³¹ *Government of Wales Act 2006*, section 77: “(1)The Welsh Ministers must make appropriate arrangements with a view to securing that their functions are exercised with due regard to the principle that there should be equality of opportunity for all people.”.

²³³² *Northern Ireland Act 1998*, section 75: “A public authority shall in carrying out its functions relating to Northern Ireland have due regard to the need to promote equality of opportunity—(a)between persons of different religious belief, political opinion, racial group, age, marital status or sexual orientation; (b)between men and women generally; (c)between persons with a disability and persons without; and (d)between persons with dependants and persons without.”.

²³³³ MC LAUGHLIN Eithne. “From Negative to Positive Equality Duties: The Development and Constitutionalisation of Equality Provisions in the UK”, *op. cit.*

²³³⁴ *Equality Act 2006*, section 1: “There shall be a body corporate known as the Commission for Equality and Human Rights.”.

les anciennes commissions sur les égalités des chances²³³⁵, sur le handicap²³³⁶ et sur les relations entre les « *racés* »²³³⁷. L'idée était de donner plus de force à la promotion et à la protection de l'égalité en Grande-Bretagne, en les confiant à une seule et unique institution.

1694. Les règles de désignation et de composition de la Commission sont spécifiées à l'annexe 1 de la loi de 2006. Le *Secretary of State* peut, selon l'article 1 de l'annexe 1, désigner de 10 membres au minimum et 15 au maximum²³³⁸. Elle est actuellement composée de 10 *commissionners* dont 1 *Chair Commissioner*²³³⁹ et 1 *Deputy Chair Commissioner*²³⁴⁰ qui sont désignés par la Ministre pour les Femmes et les Égalités²³⁴¹. L'*Equality and Human Rights Commission* est financée par le *Government Equalities Office*, composante du gouvernement britannique chargée de l'égalité sociale²³⁴². Cette Commission dépend donc dans son fonctionnement de financements gouvernementaux, qui dessinent les contours de son autonomie.

1695. Sa mission est d'assurer l'effectivité de l'*Equality Act* de 2010 en Angleterre, au Pays de Galles et en Écosse. L'*Equality Act* 2010 constitue une législation constitutionnelle ambitieuse en ce qu'elle codifie 116 dispositions législatives différentes et poursuit l'objectif d'assurer la protection des droits des individus et de garantir l'égalité pour chacun et chacune²³⁴³. « L'*Equality Act* vient remplacer l'*Equal Pay Act* de 1970 ainsi que le *Sex Discrimination Act* de 1975, le *Race Relation Act* de 1976, le *Disability Discrimination Act* de 1995 mais aussi l'*Employment Equality Regulation* de 2003 concernant la religion et les

²³³⁵ Dans ce domaine existait, en effet, la *Commission pour l'Égalité des Chances* qui avait été créée par le *Sex Discrimination Act* adopté en 1975.

²³³⁶ Dans ce domaine existait, en effet, la *Commission sur les droits relatifs au Handicap* qui avait été créée par le *Disability Discrimination Act* voté en 1995.

²³³⁷ Dans ce domaine existait, en effet, la *Commission pour l'Égalité Raciale* qui a été remplacée par la Commission sur l'égalité et les droits de l'Homme. Cette Commission avait été créée par l'adoption du *Race Relations Act* en 1976.

²³³⁸ *Ibid.*, schedule 1, section 1(1): "The [F]Secretary of State shall appoint not less than 10 or more than 15 individuals as members of the Commission (to be known as Commissioners).".

²³³⁹ *Ibid.*, schedule 1, section 4(2): "The Chairman shall-(a)preside over meetings of the Commission, (b)perform such functions as may be specified in the terms of his appointment, and (c)perform such other functions as may be assigned to him by the Commission.".

²³⁴⁰ *Ibid.*, schedule 1, section 4(3): "A deputy Chairman-(a)may act for the Chairman when he is unavailable, and (b)shall perform— (i)such functions as may be specified in the terms of his appointment, and (ii)such other functions as the Chairman may delegate or assign to him.".

²³⁴¹ "Our Commissioners, committees and governance", *Equality and Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/who-we-are/our-commissioners-committees-and-governance>.

²³⁴² « How we work with government », *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/who-we-are/how-we-work-government>.

²³⁴³ "What is the Equality Act?", *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/equality-act-2010/what-equality-act>.

croyances , l'orientation sexuelle et enfin l'Employment Equality Regulation de 2006 concernant l'âge. »²³⁴⁴.

1696. Pour prendre en compte les besoins locaux divers et spécifiques, cette Commission pour l'Égalité et les droits de l'Homme comporte en son sein une Commission pour l'Écosse²³⁴⁵ et une Commission pour le Pays de Galles²³⁴⁶. La mise en place et les fonctions de ces deux commissions sont régies par l'annexe 1 de la loi de 2006. La première est composée de 8 membres et la seconde de 7. Leur objectif est d'assurer les missions de la Commission nationale auprès des gouvernements et Parlements écossais et gallois. Une Commission spécifique pour l'égalité existe pour l'Irlande du Nord. Elle sera étudiée après.

1697. La Commission dispose également de moyens lui permettant d'exercer une contrainte sur les acteurs du régime politique et de l'ordre constitutionnel. La Commission peut utiliser ses pouvoirs de contraintes pour : clarifier le droit existant afin de fournir aux individus et aux organisations une meilleure représentation de leurs droits, remettre en question des politiques ou des pratiques ayant de sérieux impacts pour l'ensemble d'une industrie ou d'un secteur. De tels pouvoirs peuvent ainsi lui permettre de contrôler et de remettre en cause les politiques décidées par le gouvernement et/ou le Parlement et cela au nom des droits des individus. La Commission exerce donc bien la justice constitutionnelle.

1698. La Commission revêt d'ailleurs un rôle important dans la mise en valeur, la prise en compte et la protection des droits et libertés²³⁴⁷. En effet, elle agit afin de renforcer la protection de ces droits et l'adoption de lois sur l'égalité. Ses trois grandes missions sont : « *promouvoir la sensibilisation, la compréhension et la protection des droits de l'homme* », « *encourager les autorités publiques à se conformer au HRA 1998* » et « *protéger les personnes*

²³⁴⁴ DIENG Nogoye. « L'article 14 de l'Equality Act 2010 (Royaume-Uni) : vers une reconnaissance des discriminations multiples ? », *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre*, 2011, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <https://blogs.parisnanterre.fr/content/l'article-14-de-lequality-act-2010-royaume-uni-vers-une-reconnaissance-des-discriminations-mu>.

²³⁴⁵ *Equality Act 2006*, schedule 1, sections 16-23; voir aussi "Meet the Scotland Committee", *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/about-commission-scotland/meet-scotland-committee> : "The Scotland Committee is responsible for making sure our work meets the needs and priorities of people in Scotland."

²³⁴⁶ *Ibid.*, sections 24-31; voir aussi "About the Commission in Wales", *Equality and Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/commission-wales/about-commission-wales> : "Our purpose is to make sure that the Commission's policy-making in Great Britain reflects the needs of Wales and to deliver our programme of work in Wales."

²³⁴⁷ « Our human rights work », *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/human-rights/our-human-rights-work>.

les plus exposées aux violations des droits de l'homme »²³⁴⁸. Cela correspond notamment aux missions d'information et de conseil contenues à la section 13 de la loi de 2006²³⁴⁹. Pour remplir ce rôle de promoteur et de défenseur des droits de l'Homme, la section 9 dispose d'ailleurs que la Commission a le pouvoir de coopérer avec toute personne se trouvant au Royaume-Uni ou même ailleurs, intéressée par les droits de l'Homme. Afin de remplir cette mission de promotion et de protection des droits de l'Homme, tout en exerçant la justice constitutionnelle, la Commission a plusieurs biais d'intervention²³⁵⁰ : elle peut intervenir par des moyens non contraignants (a) comme la publication de rapports mais aussi par des procédés contraignants comme la saisine du juge pour violation des droits (b).

a) Les pouvoirs de sensibilisation, de recommandation et de recherche de la Commission

1699. Parmi les pouvoirs non contraignants dont elle dispose, la Commission pourra émettre des rapports lui permettant de « *surveiller la situation des droits de l'homme en Grande-Bretagne* » et de communiquer ses « *conclusions et recommandations à l'ONU, au gouvernement et au Parlement* »²³⁵¹. Elle pourra également « *donner des conseils sur les implications des politiques et des propositions de législation en matière de droits de l'homme, par exemple en organisant des réunions d'information parlementaires et en répondant aux consultations du gouvernement* »²³⁵². Donner des conseils sur les implications des politiques sur les droits nécessite que la Commission ait confronté ces dernières aux droits en question. Cela requiert qu'elle ait étudié la conformité ou la compatibilité des politiques concernées avec les règles constitutionnelles. Ce faisant, elle exerce un contrôle de constitutionnalité et ainsi la justice constitutionnelle. L'exercice de la justice constitutionnelle par la Commission permettra en outre de guider la réflexion constitutionnelle des parlementaires et membres du

²³⁴⁸ *Ibid.*: “We operate independently to strengthen human rights protection and equality legislation, including: promoting awareness, understanding and protection of human rights, encouraging public authorities to comply with the Human Rights Act, protecting those most at risk of human rights abuses”.

²³⁴⁹ Equality Act 2006, section 13 : “In pursuance of its duties under sections 8 [F1 and 9] the Commission may-(a) publish or otherwise disseminate ideas or information; (b) undertake research; (c) provide education or training; (d) give advice or guidance (whether about the effect or operation of an enactment or otherwise); (e) arrange for a person to do anything within paragraphs (a) to (d); (f) act jointly with, co-operate with or assist a person doing anything within paragraphs (a) to (d).”.

²³⁵⁰ *Ibid.*

²³⁵¹ “Our human rights work”, *op. cit.*: “The way we do this includes: (...) monitoring the human rights situation in Britain, then reporting our findings and recommendations to the UN, the government and Parliament”.

²³⁵² *Ibid.*: “The way we do this includes: (...) advising on the human rights implications of policies and proposed legislation, for example by providing parliamentary briefings and responding to government consultations”.

gouvernement. Enfin elle peut « *faire des rapports sur les progrès de la Grande-Bretagne en matière de protection de l'égalité et des droits de l'homme dans le cadre de notre devoir au titre de la loi sur l'égalité de 2006* »²³⁵³ ; notamment auprès d'organisations internationales comme les Nations-Unies. Ainsi, dans un rapport publié en mars 2020 et destiné à la Commission des droits de l'Homme des Nations-Unies, la Commission britannique faisait un bilan de l'application et donc de l'effectivité du Pacte international des droits civils et politiques²³⁵⁴.

1700. La Commission tient également un rôle fondamental de recherche dans le domaine de la promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations. Pour ce faire, elle a comme mission de diffuser l'information pertinente dans la société civile. L'objectif est d'exposer aux membres de la société civile les pratiques et normes requises pour que les droits soient appliqués et effectifs. Il s'agit d'exposer les conditions selon lesquelles les pratiques et normes peuvent être considérées comme constitutionnellement justes.

1701. C'est dans une telle perspective que, par exemple, la Commission publia le 15 janvier 2020 un guide à destination des employeurs afin de prévenir les situations de harcèlement sexuel sur le lieu de travail²³⁵⁵. L'objectif est de donner aux employeurs les conditions permettant de lutter contre le harcèlement et simultanément d'assurer l'effectivité de certaines règles constitutionnelles, comme la préservation de la dignité d'une personne. Par cette activité de conseil et de sensibilisation, la Commission espère assurer l'effectivité de règles constitutionnelles par un autre biais que celui de la sanction ; celui de la communication et du dialogue.

1702. La Commission est également compétente pour faire de la recherche et, selon la section 16 de l'*Equality Act* 2006, pour mener des enquêtes. Au 4 novembre 2019, la Commission avait émis 131 rapports (ce chiffre comprend à la fois les rapports de recherche incluant ou non la conduite d'enquête)²³⁵⁶. La recherche contribue également à l'exercice de la justice constitutionnelle, aux représentations qu'ont les acteurs d'un système de l'ordre constitutionnel, ainsi qu'aux défauts et changements qu'il faudrait lui apporter. Dans cette perspective, en octobre 2019, la Commission publia un rapport sur le harcèlement racial dans

²³⁵³ *Ibid.*: "The way we do this includes: (...) reporting on Britain's progress in protecting equality and human rights as part of our duty under the Equality Act 2006".

²³⁵⁴ Equality and Human Rights Commission. *Civil and Political Rights in Great Britain*, March 2020, 93 p.

²³⁵⁵ Equality and Human Rights Commission. *Preventing sexual harassment at work: a guide for employers*, 2020, 6 p.

²³⁵⁶ "List of all our research reports", *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-research/list-all-our-research-reports>.

les universités afin d'en mesurer l'importance mais aussi d'évaluer dans quelle mesure les *HEIs* (*Higher education institutions*) répondent efficacement au problème du harcèlement racial²³⁵⁷. En juin 2019, la Commission présenta l'état actuel de l'accès à la justice pour les victimes de discrimination. L'objet de son enquête était plus précisément de savoir si l'aide juridictionnelle permet aux victimes de discrimination d'accéder à la justice²³⁵⁸. Dans ce rapport, la Commission présenta plusieurs conseils au gouvernement afin de permettre cet accès à la justice. Ce faisant, elle contribuait ainsi à la justice constitutionnelle, c'est à dire à l'application et à l'effectivité des règles constitutionnelles. Ces rapports présentent les mêmes inconvénients que pour les commissions parlementaires : ils sont dépourvus de tout caractère obligatoire et contraignant. Le gouvernement et les parlementaires demeurent libres de leurs actions.

1703. Néanmoins, la Commission dispose de prérogatives qui lui permettent de sortir de l'activité purement recommandatoire, et d'intervenir de manière beaucoup plus contraignante dans la prise de décision constitutionnelle.

b) Les pouvoirs contraignants de la Commission : des atouts aux répercussions limitées

1704. La Commission dispose de moyens qui se rapprochent des modes juridictionnels de résolution des conflits. Ils sont posés par les sections 20 à 32 de l'*Equality Act* 2006. La section 20 lui donne le pouvoir de mener des investigations afin de savoir si une personne est l'auteur d'un acte non conforme au droit²³⁵⁹. Ici, il s'agit d'apprécier la compatibilité d'un agissement avec les règles constitutionnelles. Si elle est convaincue que la personne a bien commis un tel acte, alors, elle doit lui remettre un « *avis d'acte illégal* »²³⁶⁰ ; selon la section 21. Un tel avis peut exiger d'une personne « *qu'elle prépare un plan d'action afin d'éviter la répétition ou la poursuite de l'acte illégal* »²³⁶¹. Il peut également « *recommander les mesures à prendre par la personne à cette fin* »²³⁶².

²³⁵⁷ “Racial harassment in higher education: our inquiry”, *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 22/06/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/inquiries-and-investigations/racial-harassment-higher-education-our-inquiry>.

²³⁵⁸ Equality and Human Rights Commission. *Access to Legal aid for discrimination cases*, June 2019, 49 p.

²³⁵⁹ *Equality Act* 2006, section 20(1): “The Commission may investigate whether or not a person-(a)has committed an unlawful act,(b)has complied with a requirement imposed by an unlawful act notice under section 21, or (c)has complied with an undertaking given under section 23.”.

²³⁶⁰ *Ibid.*, section 21(1)(b): “The Commission may give a person a notice under this section (an “unlawful act notice”) if— (b)the Commission is satisfied that he has committed an unlawful act.”.

²³⁶¹ *Ibid.*, section 21(4)(a): “A notice may-(a)require the person to whom the notice is given to prepare an action plan for the purpose of avoiding repetition or continuation of the unlawful act; (...)”.

²³⁶² *Ibid.*, section 21(4)(b): “(...) (b)recommend action to be taken by the person for that purpose.”.

1705. Son principal pouvoir de contrainte est la saisine du juge, prévue à la section 24(1). Cette disposition prévoit que « *Si la Commission estime qu'une personne est susceptible de commettre un acte illégal, elle peut demander (a) en Angleterre et au Pays de Galles, aux county courts d'obtenir une injonction empêchant la personne de commettre l'acte, ou (b) en Écosse, au shérif, une interdiction de commettre l'acte.* »²³⁶³.

1706. Les liens entre la Commission et la justice ne s'arrêtent pas là. La section 30 lui confère, en effet, le pouvoir d'instituer ou d'intervenir au cours d'une procédure juridictionnelle, notamment lors d'une procédure en *judicial review*²³⁶⁴. Elle peut ainsi intenter une action en justice (et notamment en *judicial review*) si une autorité publique viole une disposition du *HRA* 1998 ou de l'*Equality Act* 2010²³⁶⁵.

1707. La Commission peut utiliser tous les fondements traditionnels pour intenter son action en *judicial review*. Elle n'a même pas besoin de prouver un statut de « victime » d'une violation, comme c'est le cas pour une procédure de *judicial review* intentée dans le cadre du *HRA* 1998²³⁶⁶. La seule exigence est que l'objet de l'action en justice soit lié à une fonction qu'elle exerce selon la loi²³⁶⁷. Cette hypothèse est régie par la section 30 de l'*Equality Act* 2006.

1708. Elle peut intenter par exemple une action en justice si elle considère qu'une réforme législative souhaitée par le gouvernement entraînerait des violations des droits de l'Homme²³⁶⁸. La Commission peut alors menacer d'intenter une action en justice soit avant que la loi ne soit adoptée soit dans les trois mois qui suivent sa promulgation. Dans un tel cas, la Commission a bien exercé la justice constitutionnelle avant de saisir le juge en confrontant la politique conduite par le gouvernement avec les droits de l'Homme. La possibilité de saisir le juge constitue pour elle un moyen de consolider sa place dans le jeu institutionnel, la décision de justice pouvant conférer à son expression constitutionnelle une valeur contraignante.

²³⁶³ *Equality Act* 2006, section 24(1): "If the Commission thinks that a person is likely to commit an unlawful act, it may apply-(a)in England and Wales, to [F]the county court] for an injunction restraining the person from committing the act, or (b)in Scotland, to the sheriff for an interdict prohibiting the person from committing the act."

²³⁶⁴ *Ibid.*, section 30(1): "The Commission shall have capacity to institute or intervene in legal proceedings, whether for judicial review or otherwise, if it appears to the Commission that the proceedings are relevant to a matter in connection with which the Commission has a function."

²³⁶⁵ « Court action », *Equality Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/court-action>.

²³⁶⁶ *Ibid.*

²³⁶⁷ *Ibid.*

²³⁶⁸ « Court action », *Equality Human Rights Commission*, *op. cit.*

1709. Cette entité protectrice de l'égalité peut également fournir une assistance juridique aux individus qui sont ou seront parties à un procès selon des conditions posées à la section 28²³⁶⁹. Au titre de cette prérogative d'assistance, la Commission peut, au titre de la section 28(4), fournir ou faire fournir : a) des conseils juridiques, b) une représentation juridique lors d'un procès, c) des facilités pour le règlement d'un litige ou d) toute autre forme d'assistance²³⁷⁰.

1710. La présence de la Commission au sein des instances juridictionnelles n'est pas négligeable. Elle est ainsi intervenue dans plus de 300 cas « *d'importance nationale* »²³⁷¹. L'institution indique sur son site avoir remporté les deux tiers des affaires dans lesquelles elle est intervenue depuis avril 2013²³⁷². Elle souligne même que depuis 2011, la Commission a fait jouer la responsabilité du gouvernement et d'autres organismes publics dans plus de 70 cas²³⁷³. L'exercice de la justice constitutionnelle par un organisme de nature extra-juridictionnelle contribue ainsi à la dynamisation (ou stimulation) de la responsabilité constitutionnelle du gouvernement et du Parlement. L'intervention de la Commission dans une action en justice permet ainsi de rappeler aux gouvernants qu'ils ne peuvent œuvrer que dans le cadre du respect des droits et libertés. La Commission identifie même 10 affaires dans lesquelles elle est intervenue et qui ont bouleversé la Grande-Bretagne. La première date de 2008 et la dernière de 2015.

1711. La Commission est notamment intervenue dans l'affaire *Bracking and Others*²³⁷⁴ auprès de la Cour d'appel en 2013. Cette intervention fait suite à la décision prise par la *High Court* de rejeter une action en *judicial review* contre la décision du *Secretary of State for Work and Pensions* de fermer le Fond pour la Vie Autonome (*Independent Living Fund*). Ce fond permettait aux personnes handicapées de vivre de manière indépendante. La Commission arguait du fait que la réponse fournie par le *Secretary of State* avait agi en contradiction avec « *l'obligation d'égalité* » contenue à la section 149 de l'*Equality Act* de

²³⁶⁹ *Equality Act* 2006, section 28(1): “*The Commission may assist an individual who is or may become party to legal proceedings if-(a)the proceedings relate or may relate (wholly or partly) to a provision of the [F1Equality Act 201], and (b)the individual alleges that he has been the victim of behaviour contrary to a provision of the [F2that Act].*”.

²³⁷⁰ *Ibid.*, section 28(4) : “*In giving assistance under this section the Commission may provide or arrange for the provision of-(a)legal advice; (b)legal representation; (c)facilities for the settlement of a dispute; (d)any other form of assistance.*”.

²³⁷¹ « Our legal work in action », Equality Human Rights Commission, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/legal-casework/our-legal-work-action>.

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ *Ibid.*

²³⁷⁴ *Stuart Bracking and others v. Secretary of State for Work and Pensions* [2013] EWCA Civ 1345.

2010. La Commission fondait son intervention sur deux grands arguments : d'abord « *que la partie défenderesse n'a pas correctement répondu aux besoins d'égalité statutaires dans le contexte d'une modification majeure de la structure des dispositions visant à permettre aux personnes handicapées de vivre de manière indépendante ; une modification qui est susceptible d'affecter leurs droits protégés par la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées de 2006 ("UNCRPD")* ». ²³⁷⁵.

1712. La Commission soulignait alors un défaut d'effectivité du principe d'égalité, qui impliquait qu'elle ait confronté la politique adoptée aux exigences d'un tel principe. La Commission soulignait ensuite « *que le savant juge n'a pas corrigé cette erreur. En particulier, il a dissimulé l'absence de preuve que la ministre avait mené une réflexion rigoureuse et ciblée ("due regard") sur les implications de sa décision en matière d'égalité pour les personnes handicapées, parce que le contexte 'nivelait par le bas' les dispositions pour certaines personnes handicapées par rapport à ce que d'autres pourraient attendre à l'avenir, ce qu'il a considéré comme une considération compensatoire pertinente (décision [53v], AB/1/53)* ». ²³⁷⁶. La Cour d'appel donna raison à la Commission ; son intervention dans la justice constitutionnelle a donc porté ses fruits. Elle annula la décision de fermeture prise par le gouvernement.

1713. La section 30(3) dispose que la Commission peut, à tout moment au cours d'une requête en *judicial review* qu'elle initie ou au cours de laquelle elle intervient, s'appuyer sur la section 7(1) du *Human Rights Act* 1998 qui dispose qu'une personne affirmant qu'une autorité publique a violé l'obligation formulée à la section 6 de ladite loi peut s'appuyer sur les droits conventionnels ou les droits concernés dans une action en justice. Ce fut le cas dans l'affaire *Detention Action* devant la *High Court* ²³⁷⁷ en 2014. Le requérant intentait une action en *judicial review* contre « *la politique, la pratique et la procédure en matière de détention des demandeurs*

²³⁷⁵ Voir "Human Rights legal cases - Bracking and others v Secretary of State for Work and Pensions- Read the case submission", *Equality and Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], <https://www.equalityhumanrights.com/en/legal-casework/human-rights-legal-cases>: "This aspect of the claim raises significant issues of wider public importance. The Commission is concerned: a) that the Respondent failed properly to address the statutory equality needs in the context of a major changes to the structure of provision to enable disabled people to live independently; a change which is likely to affect their rights protected by the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006 ("UNCRPD"). (...)".

²³⁷⁶ *Ibid.*: "(...) and b) that the learned judge did not correct this error. In particular, he glossed over the absence of evidence that the Minister had conducted any focused rigorous thought ("due regard") to equality implications of her decision for disabled people, because the context was 'levelling down' of provision for some disabled people to that which others could in future expect, which he regarded as a relevant countervailing consideration (decision [53v], AB/1/53)".

²³⁷⁷ *Detention Action v. Secretary of State for the Home Department* [2014] EWHC 2245 (Admin).

d'asile » adoptées par le *Secretary of State for the Home Department*²³⁷⁸. Ces derniers faisaient l'objet d'un système accéléré de détention (DFT). Ce système permettait, en effet, de maintenir en détention les demandeurs d'asile dès le départ, au processus de sélection (à l'asile) jusqu'à l'expiration des voies de recours. Cela pouvait entraîner une détention allant de 28 à 44 jours. Le requérant considérait qu'un tel système violait à la fois les droits et principes issus du *common law* ainsi que l'article 5(1) de la CEDH. La Commission a ainsi pu légitimement intervenir dans l'affaire en s'appuyant sur les implications que cette affaire avait sur plusieurs droits contenus dans la CEDH : les articles 3, 5, 13 et 14 de la Convention. Elle est donc intervenue dans la justice constitutionnelle comme les requérants, les défendeurs et les juges. La Commission qui intervient dans une affaire s'insère alors dans un réseau d'acteurs participant tous à la justice constitutionnelle.

1714. Le contrôle de constitutionnalité est ici mené par un organe à origine parlementaire, non juridictionnel. En intervenant dans une procédure juridictionnelle, le contrôle de la Commission va également activer le contrôle juridictionnel de constitutionnalité. Les différents exercices de justice constitutionnelle sont là aussi complémentaires et se stimulent.

1715. En dépit de l'atout que représente pour la Commission le pouvoir d'intenter ou de prendre part à une action en justice, il semble qu'elle n'en tire pourtant la force attendue. C'est ce que déplorait dans le rapport *-Enforcing Human Rights-* publié en 2018 par la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords²³⁷⁹. En outre, le président de la Commission, David Isaac constatait une inégalité dans l'efficacité de l'intervention de l'*EHRC*, du fait de ses pouvoirs moins importants pour des problématiques touchant aux droits de l'Homme que pour celles relatives à l'égalité. De ce fait, le Chairman déplorait une capacité bien moins importante de la Commission pour se faire protectrice des droits quand aucune dimension relative à l'égalité ou à la lutte contre la discrimination n'était présente. La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords allait clairement dans son

²³⁷⁸ Voir "Human Rights legal cases - Bracking and others v Secretary of State for Work and Pensions- Read the case submission", *Equality and Human Rights Commission*, *op. cit.*: "The Claimant has brought a judicial review challenging the Secretary of State for the Home Department's (Defendant's) current policy, practice and procedure in respect of the detention of applicants for asylum (asylum seekers) in the detained fast track system (DFT).".

²³⁷⁹ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, *op. cit.*, p. 36:

sens en affirmant que l'incapacité de l'EHRC à intenter des procès pour des raisons purement liées aux droits de l'homme²³⁸⁰ limitait considérablement son efficacité.

1716. Enfin, une faiblesse de la Commission s'explique par sa dépendance financière vis-à-vis des représentants. Le rapport précité *Enforcing Human Rights* mettait ainsi clairement en avant cet aspect, affirmant que l'efficacité de l'EHRC pourrait être encore bien plus importante si elle disposait de fonds plus importants. Le rapport déplorait d'ailleurs les importantes restrictions budgétaires dont la Commission a fait l'objet.

1717. Les deux limites à l'action de la Commission soulignées ici témoignent encore une fois de la trop grande dépendance de ce genre d'organisme aux volontés gouvernementales.

2) *Le rôle actif de la Commission nord-irlandaise sur l'égalité*

1718. Cette Commission a été créée par le *Northern Ireland Act* en 1998, pour remplacer et exercer les fonctions de différents organismes publics mentionnés à la section 74 : la *Fair Employment Commission for Northern Ireland*, l'*Equal Opportunities Commission for Northern Ireland*, la *Commission for Racial Equality for Northern Ireland* et le *Northern Ireland Disability Council*²³⁸¹. Elle a également le statut d'organisme public non départemental (NDPB). Elle est composée de 20 commissaires, tous nommés par le *Secretary of State for Northern Ireland*²³⁸². En son sein se trouvent un *Chief Commissioner*, un *Deputy Chief Commissioner* et 18 autres commissaires²³⁸³. Elle est prévue par la section 73 de ladite Loi.

1719. Cette Commission exerce un rôle dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Elle veille à ce que les droits et lois relatifs au principe d'égalité soient appliqués et respectés par les autorités publiques, les organisations et les individus. Dans son guide en ligne, la Commission affirme en effet que « *chacun qui vit et travaille en Irlande du Nord, qu'il soit né*

²³⁸⁰ *Ibid.*: "David Isaac, Chair of the EHRC, expressed frustration that the Commission's enforcement powers in relation to human rights were not as robust as they were in the context of equality. The consequence is that the Commission cannot provide legal assistance to individuals in a human rights case unless there is also an equality element in the case."

²³⁸¹ *Northern Ireland Act 1998*, section 74: "(1) The functions exercisable by the bodies listed in subsection (2) shall instead be exercisable by the Equality Commission; and the bodies listed are hereby dissolved. (2) Those bodies are—(a) the Fair Employment Commission for Northern Ireland; (b) the Equal Opportunities Commission for Northern Ireland; (c) the Commission for Racial Equality for Northern Ireland; (d) the Northern Ireland Disability Council."

²³⁸² « Our structure », *Equality Commission for Northern Ireland*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.equalityni.org/HeaderLinks/About-Us/Our-structure>.

²³⁸³ *Ibid.*

ou non dans ce pays, ont des droits issus du principe d'égalité et des lois anti-discrimination. »²³⁸⁴. L'institution dresse par ailleurs une liste des dispositions juridiques nord-irlandaises essentielles relatives à l'exigence d'égalité et de non-discrimination : le *Northern Ireland Act 1998*, le *Equality Pay Act (NI) 1970*, le *Sex Discrimination (NI) Order 1976*, le *Disability Discrimination Act 1995*, le *Race Relations (NI) Order 1997*, le *Fair Employment and Treatment (NI) Order 1998* ; le *Special Educational Needs and Disability (NI) Order 2005*, les *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations (NI) 2003*, les *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (NI) 2006*, les *Employment Equality (Age) Regulations (NI) 2006*.

1720. La Commission a d'abord pour mission de fournir conseil et assistance aux personnes qui formulent des plaintes dans le cadre des lois anti-discriminations²³⁸⁵. Elle donne également information et assistance aux employeurs et aux fournisseurs de services sur les bonnes pratiques à adopter en la matière. C'est ainsi que chaque année plus de 3500 employeurs contactent la Commission²³⁸⁶.

1721. La Commission exerce aussi une mission de conseil auprès des représentants. Elle encourage les autorités publiques à promouvoir l'égalité des chances, et s'assure que des considérations d'égalité sont au centre du processus de prise de décision en attirant l'attention sur des points clés de politique publique²³⁸⁷. L'intervention de la Commission va ainsi dans le sens de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants, de leur obligation de rendre des comptes sur les implications constitutionnelles de leur politique. La Commission émet ainsi auprès des représentants des recommandations dont l'objectif est de renforcer la protection juridique contre la discrimination²³⁸⁸. C'est dans cette perspective que la Commission publia en novembre 2016 des recommandations pour réformer le droit des genres²³⁸⁹ et qu'en mai 2016 elle rendit publiques celles relatives au budget et au Programme du gouvernement (PfG)²³⁹⁰. Ici aussi il ne s'agit que de conseils et non de dispositions contraignantes pour le

²³⁸⁴ Equality Commission for Northern Ireland. *Promoting Equality Challenging Discrimination – A short guide to the role and services of the Equality Commission*, 2019, 7 p., p. 2: “Everyone who lives or works in Northern Ireland, regardless of whether or not they were born here, has rights under equality and anti-discrimination laws.”.

²³⁸⁵ *Ibid.*

²³⁸⁶ *Ibid.*

²³⁸⁷ *Ibid.*

²³⁸⁸ “Law reform – Delivering Equality”, *Equality Commission for Northern Ireland*, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.equalityni.org/LawReform>: “We have a duty to keep equality laws under review and advise government on ways they could be improved. This section looks at our recommendations for strengthening legal protection against discrimination.”.

²³⁸⁹ Equality Commission for Northern Ireland. *Gender law reform – Key point briefing: Policy Priorities and Recommendations*, November 2016, 6 p.

²³⁹⁰ Equality Commission for Northern Ireland. *Recommendations: Programme for Government (PfG) and Budget*, May 2016, 26 p.

gouvernement et les parlementaires qui demeurent maîtres de ce qu'il est constitutionnellement juste de prévoir et de décider.

1722. Les interventions de cette institution auprès des représentants se comprennent également à l'aune de la section 75 de la loi de 1998. Cette disposition impose aux autorités publiques un « *devoir* ». Parmi les autorités publiques concernées ici figurent les conseils locaux, les départements gouvernementaux et les organismes financés par ces derniers. La notion « *d'autorité publique* » est définie à la section 75(3)²³⁹¹. La section 75(1) dispose ainsi, que « *dans l'exercice de ses fonctions relatives à l'Irlande du Nord, une autorité publique tient dûment compte de la nécessité de promouvoir l'égalité des chances- a) entre personnes de convictions religieuses, d'opinions politiques, de groupes raciaux, d'âge, d'état civil ou d'orientation sexuelle différents ;(b) entre hommes et femmes en général ;(c) entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées ;et (d) entre les personnes à charge et les personnes non à charge.* »²³⁹². Au regard de cette disposition, toute autorité publique doit prévoir « *un programme d'égalité approuvé qui définit leurs dispositions pour se conformer à l'obligation principale de l'article 75* »²³⁹³.

1723. Comme le précise la section 2(1) de l'annexe 9 du *Northern Ireland Act 1998*, l'autorité publique doit, dans les 6 mois qui suivent l'entrée en vigueur de la loi de 1998 ou dans les 6 mois suivant sa création, remettre à la Commission ledit programme d'égalité²³⁹⁴. Comme le précise le guide de fonctionnement en ligne de la Commission, la première mission

²³⁹¹ *Northern Ireland Act 1998*, section 75(3): “*In this section “public authority” means—(a)any department, corporation or body listed in Schedule 2 to the MIParliamentary Commissioner Act 1967 (departments, corporations and bodies subject to investigation) and designated for the purposes of this section by order made by the Secretary of State; [F1(b)any authority (other than the Equality Commission, the board of governors of a grant-aided school, the Comptroller and Auditor General, a general health care provider or an independent provider of health and social care) listed in Schedule 3 to the Public Services Ombudsman Act (Northern Ireland) 2016 (listed authorities);] [F2(cc)F3... the Chief Constable of the Police Service of Northern Ireland and the Police Ombudsman for Northern Ireland;]; [F4(cd)the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland, (d)any other person designated for the purposes of this section by order made by the Secretary of State.*”.

²³⁹² *Northern Ireland Act 1998*, section 75(1): “*A public authority shall in carrying out its functions relating to Northern Ireland have due regard to the need to promote equality of opportunity—(a)between persons of different religious belief, political opinion, racial group, age, marital status or sexual orientation; (b)between men and women generally; (c)between persons with a disability and persons without; and(d)between persons with dependants and persons without.*”.

²³⁹³ Equality Commission for Northern Ireland. *Promoting Equality Challenging Discrimination – A short guide to the role and services of the Equality Commission*, op. cit., p. 4: “*All designated public authorities are also required to have an approved equality scheme which sets out their arrangements for complying with the main Section 75 duty. An equality scheme provides the main mechanism for ensuring that a public authority complies with its Section 75 duties*”.

²³⁹⁴ *Northern Ireland Act 1998*, schedule 9, section 2: “*A public authority to which this sub-paragraph applies shall, before the end of the period of six months beginning with the commencement of this Schedule or, if later, the establishment of the authority, submit a scheme to the Commission.*”.

qui lui incombe est de veiller à l'effectivité et donc au respect et à la mise en application des obligations formulées dans la section 75. Une telle mission correspond aux ambitions de la justice constitutionnelle, notamment l'objectif d'assurer l'effectivité des règles constitutionnelles et de faire en sorte que le gouvernant se conforme au devoir d'agir dans le sens de la protection des règles constitutionnelles. La Commission ne joue pas qu'un rôle de contrôle et de répression par rapport aux obligations formulées dans la section 75. Elle peut également avoir un rôle d'aide et de conseil sur les implications de ces obligations à l'égard des autorités publiques²³⁹⁵. La Commission a également la mission d'approuver les programmes d'égalité que les autorités publiques doivent adopter. Ces missions correspondent aux ambitions de la justice constitutionnelle, qui sont de permettre l'application et le respect par le droit national et par les institutions des droits et libertés. Comme une juridiction le ferait, la Commission veille à ce que les règles constitutionnelles soient appliquées par les autorités publiques. Les sections 10 et 11 de l'annexe 9 du *Northern Ireland Act 1998* permettent aux personnes directement affectées par l'échec d'une autorité publique d'agir en conformité avec son programme d'égalité de porter plainte auprès de la Commission.

1724. La Commission veille également au respect par les lois votées par l'Assemblée nord-irlandaise des droits relatifs au principe d'égalité. Une de ses missions est alors de veiller à la bonne application des droits et lois relatives à l'égalité et à la lutte contre les discriminations et d'adresser au gouvernement des recommandations sur les manières d'améliorer la prise en compte de ces dispositions sur l'égalité. Cette activité relève encore de la justice constitutionnelle car elle suppose de se poser la question de la mise en application et de l'effectivité de règles constitutionnelles.

1725. En outre, la Commission agit auprès des particuliers en donnant « *un conseil confidentiel et gratuit* »²³⁹⁶ à ceux qui en font la demande. Chaque année, la Commission fournit un conseil juridique gratuit à environ 4000 personnes qui estiment avoir fait l'objet de discriminations²³⁹⁷. L'assistance que la Commission peut apporter peut aller de la fourniture d'un conseil à une représentation juridique à un procès. Le site de la Commission précise que

²³⁹⁵ Equality Commission for Northern Ireland. *Promoting Equality Challenging Discrimination – A short guide to the role and services of the Equality Commission*, op. cit., p. 4.

²³⁹⁶ *Ibid.*, p. 3: “We give free and confidential advice and information to everyone who asks for it. Most people are able to resolve their cases without going to court or tribunal, by using our discrimination advice service.”

²³⁹⁷ « Our legal work – Delivering Equality », *Equality Commission for Northern Ireland*, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.equalityni.org/Delivering-Equality/Legal>: “The Equality Commission provides free legal advice to around 4,000 individuals every year who believe they have been discriminated against.”

10% des individus qui s'adressent à elle chaque année le font pour obtenir son soutien dans l'enclenchement et le déroulement d'une action en justice devant la *county court* ou les *industrial tribunals*²³⁹⁸. L'affaire en date du 14 novembre 2019 qui concernait Damian Anysz devant les *industrial tribunals*²³⁹⁹ en est un exemple. Le demandeur avait fait l'objet d'un traitement discriminant de la part de ses employeurs, fondé sur des motifs raciaux. La Commission précise même que nombre des plaignants peuvent régler leur litige sans avoir à aller devant une juridiction, simplement grâce aux conseils fournis par la Commission²⁴⁰⁰.

1726. Si la Commission dispose de prérogatives lui permettant d'être un acteur efficace et actif de la justice constitutionnelle, elle est tout de même confrontée à des limites, expliquées par sa trop grande dépendance vis-à-vis des volontés gouvernementales. Ainsi, le financement de la Commission dépend, comme la Commission pour la Grande-Bretagne, de l'exécutif. L'article 7 de l'annexe 8 du *Northern Ireland Act 1998* précise ainsi que « *la Commission tient des comptes et des registres financiers sous une forme approuvée par le Department of Economic Development.* ».

1727. Outre les Commissions spécialisées sur la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations, les Ombudsmen exercent également la justice constitutionnelle en luttant contre les risques de « *mauvaise administration* ».

B) Les ombudsmen : l'exercice de la justice constitutionnelle par la lutte contre la « mauvaise administration »

1728. L'*Ombudsman*, en veillant au bon fonctionnement du service public, exerce une mission qui est directement liée à la protection des droits et ainsi à la justice constitutionnelle (1). Les modalités d'intervention des cinq *Ombudsmen* du secteur public méritent ainsi d'être étudiées (2).

1) Les Ombudsmen, acteurs indéniables de la protection des droits

²³⁹⁸ *Ibid.*: "Around 10% apply for assistance to pursue a legal case in the county court or the Industrial Tribunals, and of these, around one third is granted support by the Commission."

²³⁹⁹ *Damian Anysz v. Sizzlers NI Ltd and Kate Clarke* The INDUSTRIAL TRIBUNALS [2019] 9858/18.

²⁴⁰⁰ Equality Commission for Northern Ireland. *Promoting Equality Challenging Discrimination – A short guide to the role and services of the Equality Commission*, op. cit., p. 3: "Most people are able to resolve their cases without going to court or tribunal, by using our discrimination advice service."

1729. Même si leur objectif n'est pas expressément de recevoir des plaintes fondées sur la violation des droits, les *Ombudsmen* veillent, à travers leur mission de surveillance du service public, à ce que ce dernier respecte les droits des individus. Ils exercent ainsi une mission de justice constitutionnelle. L'adoption du *Human Rights Act* en 1998 a même renforcé cette exigence de respect par les autorités publiques des droits des individus, notamment avec l'obligation posée à la section 6 de se conformer aux droits conventionnels²⁴⁰¹.

1730. Ann Abraham²⁴⁰² observait en 2008 que la publication des *Principes de Bonne Administration*, parmi lesquels figure l'obligation pour les autorités publiques de respecter le droit et les droits des individus conduit l'*Ombudsman* à apprécier des cas relatifs à la protection des droits, et cela même s'il ne dispose pas d'un mandat explicitement formulé en ce sens²⁴⁰³. Elle précise ainsi que l'objectif de l'*Ombudsman* n'est pas de statuer sur des points précis du droit relatif aux droits et libertés, mais plutôt de veiller à ce que les autorités publiques agissent conformément à ce qu'on attend d'elles au regard des implications de l'importance des droits et libertés²⁴⁰⁴. Pour Ann Abraham, il y a une corrélation à la fois d'un point de vue pratique et théorique entre droits des individus et principes de bonne administration²⁴⁰⁵. La corrélation entre protection des droits et garantie de bonne administration assurée par les *Ombudsman* s'observe en effet dans les *Principes de Bonne Administration* de 2009 qui sont au fondement du travail et des interventions de l'*Ombudsman* du Parlement et des services de santé²⁴⁰⁶. Ces *Principes* sont réunis dans un document qui exprime l'opinion de l'Ombudsman du Parlement sur les valeurs qui doivent guider l'administration. Il pose ainsi 6 principes de base : « *faire les choses correctement* », « *être centré sur le client* », « *être accessible et responsable* », « *agir*

²⁴⁰¹ ABRAHAM Ann. « The Future in International Perspective : The Ombudsman as Agents of Rights, Justice and Democracy », *Parliamentary Affairs*, 2008, vol. 61, n°4, pp. 681-693, p. 688: “There is nothing in the Parliament Commissioner Act 1967 that creates an explicit ‘rights mandate’ for the Parliamentary Ombudsman, and indeed, (...), the domestic Ombudsman scene has not traditionally been any more marked by recourse to rights talk than the domestic political and legal culture generally. Of course, the implementation of the Human Rights Act 1998 has gone some way to change all that.”.

²⁴⁰² Ann Abraham était Ombudsman pour le Parlement et le service de santé entre 2002 et 2011.

²⁴⁰³ *Ibid.*, p. 690: “Even in the absence of that formal recognition, my publication of *Principles of Good Administration*, including the obligation on public authorities to respect the law and the rights of the individual, already implicates the Ombudsman in consideration of rights matters and in the use of rights language when appropriate.”.

²⁴⁰⁴ ABRAHAM Ann. “The Ombudsman and Individual Rights”, *Parliamentary Affairs*, 2008, vol. 61, n° 2, pp. 370-379, p. 377: “It is not for the Ombudsman to determine points of human rights law; it is for the Ombudsman, however, to make adverse findings when a public authority fails to live up to the expectations laid down by the human rights principle.”.

²⁴⁰⁵ *Ibid.*

²⁴⁰⁶ « Principles of Good Administration », *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.ombudsman.org.uk/about-us/our-principles/principles-good-administration/introduction>

de manière équitable et proportionnelle », « *remettre les choses en ordre* » et enfin « *la recherche de l'amélioration continue* »²⁴⁰⁷.

1731. Ces différents principes peuvent être considérés comme des implications nécessaires à certains droits. Les protéger, c'est donc protéger des outils qui permettent la réalisation concrète des droits. Les principes et les Ombudsmen sont des outils de concrétisation des droits et libertés au Royaume-Uni. Ainsi l'exigence de « *faire les choses correctement* » nécessite pour les organismes concernés de « *se conformer à la loi* » et de « *respecter les droits des personnes concernées* »²⁴⁰⁸. Il y a donc nécessité de respecter les droits tels qu'ils ressortent du HRA 1998, de l'héritage du droit de l'UE ou encore du *common law*. L'exigence « *d'agir de manière équitable et proportionnelle* » implique de « *traiter les gens de manière égale et impartiale.* »²⁴⁰⁹. Ce principe permet donc la concrétisation du principe d'égalité et de l'interdiction des discriminations. Le document poursuit ainsi que cette exigence nécessite pour les organismes en question de « *comprendre et respecter la diversité de leurs clients* »²⁴¹⁰ et de « *garantir l'égalité d'accès aux services* » (...) « *quelque soit les antécédents ou les circonstances* »²⁴¹¹. De même, l'exigence d'accessibilité et de responsabilité implique non seulement la transparence des organismes publics en charge des services mais aussi le respect du « *caractère privé des informations personnelles et confidentielles* »²⁴¹². Cette exigence peut être rattachée au droit du respect à la vie privée.

1732. Dans tous les cas, les missions incombant à un *Ombudsman* sont les mêmes. Ils offrent leurs services gratuitement et sont accessibles aux individus/personnes qui n'ont pas les moyens de porter plainte devant les tribunaux²⁴¹³. Par ailleurs, « *ils s'engagent à obtenir réparation pour l'individu, mais aussi, lorsqu'ils identifient des défaillances systémiques, à rechercher des changements dans le travail des organes de leur juridiction, à la fois*

²⁴⁰⁷ *Ibid.*: “Good administration by public bodies means: 1) Getting it right, 2) Being customer focused, 3) Being open and accountable, 4) Acting fairly and proportionately, 5) Putting things right, 6) Seeking continuous improvement”.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*: “All public bodies must comply with the law and have regard for the rights of those concerned.”.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*: “Public bodies should treat people equally and impartially.”.

²⁴¹⁰ *Ibid.*: “They should understand and respect the diversity of their customers and ensure equal access to services and treatment regardless of background or circumstance.”.

²⁴¹¹ *Ibid.*

²⁴¹² *Ibid.*: “Public bodies should handle and process information properly and appropriately in line with the law. So while their policies and procedures should be transparent, public bodies should, as the law requires, also respect the privacy of personal and confidential information.”.

²⁴¹³ « The role of an Ombudsman », *Ombudsman association*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.ombudsmanassociation.org/about-the-role-of-an-ombudsman.php>: “An ombudsman is an independent service that investigates and resolves complaints. Ombudsman schemes are free to use and impartial in their investigations – so they don't take sides. They make decisions based on what is fair. As well as providing redress for an individual, an ombudsman also identifies any systemic issues and provides feedback to help improve services and complaint handling.”.

individuellement et collectivement. »²⁴¹⁴. Ils sont d'ailleurs compétents pour examiner plusieurs plaintes portant sur le même sujet dans une seule enquête²⁴¹⁵. Ils vont encourager le plaignant et l'organisme concerné à chercher une solution à l'amiable à leur litige et ce avant le début de toute enquête²⁴¹⁶. Ils cherchent ainsi à résoudre les plaintes en évitant au maximum d'avoir recours à une enquête. L'*ombudsman* tranchera la plainte qui lui est soumise par une décision qu'il prendra en fonction de ce qui lui semble « *juste en toutes circonstances* »²⁴¹⁷. Pour ce faire, il devra prendre en compte le droit existant mais aussi les règles élaborées par les régulateurs ou les *codes of practice*²⁴¹⁸.

1733. Les missions qui incombent aux Ombudsmen sont indéniablement liées à la justice constitutionnelle. À ce titre, l'intervention des Ombudsmen du secteur public est importante et constitue un outil de plaintes pour les administrés, et ainsi d'expression constitutionnelle citoyenne probable.

2) Les Ombudsmen du secteur public, des outils de plaintes pour les administrés

1734. Plusieurs *Ombudsmen* existent au Royaume-Uni. Un *Ombudsman* est une « *personne qui a été nommée afin d'étudier les plaintes formulées* »²⁴¹⁹ à l'encontre tant d'organismes relevant du secteur privé que du secteur public. Il existe des *Ombudsmen* qui agissent dans le secteur privé et d'autres dans le secteur public²⁴²⁰. Les premiers agissent suite à des plaintes formulées à l'encontre de certaines entreprises privées²⁴²¹. Les seconds, sur lesquels ce paragraphe se concentrera, reçoivent les plaintes des particuliers à l'encontre des départements gouvernementaux, d'un conseil local ou encore d'un organisme qui fournit des services locaux²⁴²². Le premier *Ombudsman* du secteur public a vu le jour en 1967 par l'adoption du *Parliament Commissioner Act*. Il existe 5 *Ombudsmen* intervenant dans le

²⁴¹⁴ *Ibid.*

²⁴¹⁵ *Ibid.*

²⁴¹⁶ *Ibid.*

²⁴¹⁷ « Basis of Ombudsman decisions », *Ombudsman association*, 2020, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.ombudsmanassociation.org/about-basis-of-ombudsman-decisions.php>.

²⁴¹⁸ *Ibid.*

²⁴¹⁹ « Complaining to an Ombudsman », *Citizens advice*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.citizensadvice.org.uk/consumer/get-more-help/how-to-use-an-ombudsman-in-england/>.

²⁴²⁰ *Ibid.*

²⁴²¹ *Ibid.*, il existe par exemple des *Ombudsmen* dans les secteurs de l'énergie (*Ombudsman Services : Energy*), dans le secteur automobile (*Motor Ombudsman*), dans le secteur ferroviaire (*Rail Ombudsman*) ou encore dans le domaine financier et bancaire (*Financial Ombudsman Service*).

²⁴²² *Ibid.*

secteur public : l'*Ombudsmen* du Parlement et des services de santé²⁴²³, celui des collectivités locales et des aides sociales²⁴²⁴, celui du logement²⁴²⁵, celui des prisons et de la probation²⁴²⁶ et enfin celui qui intervient sur les questions européennes²⁴²⁷. De manière générale ils reçoivent les plaintes relatives au fonctionnement des services publics.

1735. L'*Ombudsman* du Parlement et des services de santé a reçu 6 606 plaintes du public en 2017-2018 à l'encontre des départements gouvernementaux, de leurs agences et d'autres organismes publiques britanniques²⁴²⁸. L'*Ombudsman* n'a réellement instruit que 321 d'entre elles, qui concernaient 403 organisations²⁴²⁹.

1736. L'*Ombudsman* du gouvernement local et de l'aide sociale a également reçu un nombre considérable de plaintes : en 2018-2019, 29 841 plaintes²⁴³⁰ ont été déposées et concernaient l'aide sociale, les pensions et les impôts, l'éducation et les services relatifs à l'enfance, les services environnementaux, les autoroutes et le transport, le logement ou encore l'urbanisme. Comme c'est le cas pour l'*Ombudsman* relatif au Parlement et au service de santé, il n'enquête effectivement que sur une faible part de ces plaintes²⁴³¹. Sur les 29 841 plaintes, seules 5658 ont donné suite à une décision prise par l'*Ombudsman*²⁴³².

1737. L'*Ombudsman* relatif aux prisons et à la probation a, quant à lui, reçu 4 968 plaintes en 2018/2019²⁴³³, sur lesquelles 2 569 furent effectivement examinées. L'*Ombudsman* avançait dans son rapport rendu pour l'année 2018/2019 qu'il avait traité plus de plaintes plus rapidement, qu'il avait enquêté sur 9% de plaintes en plus et qu'il avait eu à faire à 15 cas

²⁴²³ Sa mission principale est d'enquêter sur les plaintes concernant les services gouvernementaux et certains autres organismes publics. Elle est également compétente pour examiner les plaintes qui concernent le NHS ou les services de santé communautaire, voir *Ibid.*

²⁴²⁴ Sa mission principale est d'examiner les plaintes concernant les conseils locaux, les maisons de soins et certaines autres organisations fournissant des services publics locaux, voir *Ibid.*

²⁴²⁵ Sa mission principale est d'aider les locataires et les titulaires d'un bail, notamment en cas de litige avec le propriétaire, voir *Ibid.*

²⁴²⁶ Sa mission principale est d'enquêter sur les décès et les plaintes se déroulant dans le cadre de la détention, voir *Ibid.*

²⁴²⁷ Sa mission principale est d'examiner les plaintes relatives aux organes et aux institutions de l'Union européenne, voir *Ibid.*

²⁴²⁸ « Complaints about UK government departments and agencies in 2017-2018 », *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.ombudsman.org.uk/publications/complaints-about-uk-government-departments-and-agencies-2017-18-0>.

²⁴²⁹ *Ibid.*

²⁴³⁰ Parliamentary and Health Service Ombudsman. *The Ombudsman's Annual Report and Accounts 2018-2019*, 22 July 2019, 118 p., p. 27.

²⁴³¹ *Ibid.*

²⁴³² *Ibid.*

²⁴³³ Prisons and Probation Ombudsman. *Annual Report 2018-2019*, October 2019, 102 p., p. 15: Les sujets sur lesquels les plaintes portent le plus étaient la propriété (36%), l'administration (9%) et le comportement du personnel pénitentiaire (6%).

sérieux supplémentaires par rapport à l'année précédente²⁴³⁴. Tout cela va dans le sens d'une plus grande efficacité de cet *Ombudsman*. Cela est à nuancer néanmoins dans la mesure où le nombre de plaintes confirmées sur le fond par l'Ombudsman a, lui, diminué par rapport à l'année précédente, 2017/2018²⁴³⁵.

1738. L'*Ombudsman* relatif au logement a, lui, reçu au total 16 883 plaintes et enquêtes en 2018-2019²⁴³⁶. Sur ce nombre, seulement 2 217 rentraient dans ses attributions²⁴³⁷. Même si ces plaintes ne portent pas en premier lieu sur des questions constitutionnelles, elles ont parfois des répercussions sur des droits ou des problématiques d'ordre constitutionnel. C'est le cas quand une plainte est relative au droit de propriété pour les prisonniers²⁴³⁸, aux manquements relatifs aux conditions de soins apportés à un patient²⁴³⁹ ou encore à certaines décisions prises par des autorités locales relatives au logement. Certains *Ombudsman*, comme l'*Ombudsman parlementaire et du service de santé*, peuvent également intervenir pour donner leur point de vue sur un projet de loi²⁴⁴⁰ et sur sa compatibilité avec les principes qu'ils défendent ou encore pour donner son opinion dans le cadre d'une consultation²⁴⁴¹.

1739. L'*Ombudsman* du secteur public se rapproche d'une juridiction dans la mesure où il rendra une décision après avoir été saisi d'une plainte et après avoir réuni les éléments de preuve nécessaires tant du côté du demandeur que du défendeur. Bien plus, l'exercice de la fonction d'*Ombudsman* est entouré d'exigences d'indépendance, de liberté. Ces exigences sont également au fondement de la fonction juridictionnelle²⁴⁴². L'*Ombudsman* obéit ainsi à des règles de fonctionnement de nature « *quasi juridictionnelle* » et constitue un acteur « *quasi juridictionnel* » de la justice constitutionnelle.

²⁴³⁴ *Ibid.*, p. 19.

²⁴³⁵ *Ibid.*

²⁴³⁶ « Performance – Housing Ombudsman Service », [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.housing-ombudsman.org.uk/about-us/corporate-information/performance/>.

²⁴³⁷ Housing Ombudsman Service. *The Housing Ombudsman – Annual Report and Accounts 2018-2019*, July 2019, 80 p., p. 8: “*This was in line with expectations for enquiries and complaints but the rate of increase was markedly above recent levels for cases entering our formal remit. The number of cases has increased by 26% from 1,763 in 2017-18 to 2,217 in 2018-19, shown in the graph below.*”.

²⁴³⁸ Prisons and Probation Ombudsman. *Annual Report 2018-2019*, *Op. Cit.*

²⁴³⁹ Voir p. ex “Hospital unfairly detained man under the Mental Capacity Act”, *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, [en ligne], [consultée le 22/06/2020], <https://www.ombudsman.org.uk/about-us/how-our-case-work-makes-difference/case-summaries/1065>.

²⁴⁴⁰ Voir par ex. “Briefing for peers on the Health Service Safety Investigations Bill”, *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.ombudsman.org.uk/publications/briefing-peers-health-service-safety-investigations-bill>.

²⁴⁴¹ Voir par ex. “Submission to PACAC's follow up inquiry on Ignoring the Alarms”, *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, [en ligne], consultée le 22/06/2020, <https://www.ombudsman.org.uk/publications/submission-pacacs-follow-inquiry-ignoring-alarms>.

²⁴⁴² Cela est mis en avant sur les sites internet des différents *Ombudsmen* du secteur public.

1740. D'importantes différences demeurent néanmoins. Ses décisions n'ont, en effet, pas de valeur contraignante contrairement à celles des juridictions : elles ne sont que recommandations. Si le plaignant n'est pas satisfait des recommandations il peut alors saisir un juge²⁴⁴³. Comme le rappelle Ann Abraham citant les propos de la Convention des *Ombudsman* à Strasbourg, le rôle de ces derniers correspond à un « *mandat d'influence* » et non « *un mandat de sanction* »²⁴⁴⁴. Comme les autres mécanismes et institutions étudiés dans ce chapitre, l'*Ombudsman* intervient dans l'exercice de la justice constitutionnelle mais la force de son intervention est limitée par l'absence d'un pouvoir de sanction. La différence entre l'*Ombudsman* et le juge est, d'ailleurs, souvent mise en avant dans les décisions de refus d'enquête rendues par les *Ombudsmen*. Ainsi, l'*Ombudsman* sur les collectivités locales et l'aide sociale justifie souvent son refus d'enquête par le fait que le plaignant dispose d'un droit d'appel ou de *judicial review*²⁴⁴⁵. Il rappelle ainsi que dans certains cas, l'intervention d'un juge est nécessaire et qu'il ne saurait remplacer ce dernier. Le même *Ombudsman* a aussi refusé d'enquête sur une plainte formulée à l'encontre d'une décision de justice, dans la mesure où la demande s'avérait « *inextricablement liée aux procédures devant la juridiction* ».

1741. Même si les décisions émises par les *Ombudsmen* du secteur public ne sont pas juridiquement contraignantes, elles sont néanmoins quasiment tout le temps acceptées par les parties dans les faits (dans 99% des cas). Et dans le cas où elles ne le sont pas, l'*Ombudsman* n'est pas sans pouvoir. Il peut en effet adresser un rapport au Parlement, ce faisant il pourra activer la responsabilité constitutionnelle du gouvernement²⁴⁴⁶. On retrouve ainsi l'importance de stimuler le débat parlementaire pour permettre une meilleure prise en compte des intérêts des gouvernés.

1742. Les Commissions et *Ombudsmen* spécialisés dans la promotion de l'égalité et dans le bon déroulement de l'administration ne sont pas les seuls intervenants « extra-

²⁴⁴³ « Complaining to an Ombudsman - citizens advice », [en ligne], [consultée le 22/06/2020], <https://www.citizensadvice.org.uk/consumer/get-more-help/how-to-use-an-ombudsman-in-england/>.

²⁴⁴⁴ ABRAHAM Ann. « The Future in International Perspective : The Ombudsman as Agents of Rights, Justice and Democracy », *op. cit.*, p. 690 : « *As the convention of Ombudsmen last year made quite clear, (...), the Ombudsman's role derives from a mandate of influence and not a mandate of sanction, and so is constituted quite differently from that of the courts and tribunals.* ».

²⁴⁴⁵ *Norwich City Council* (19 017 842), 16 March 2020: « *The Ombudsman will not investigate Ms B's complaint about housing benefit and council tax support. This is because it would have been reasonable for Ms B to have used her appeal rights.* ».

²⁴⁴⁶ « What is an Ombudsman », *Ombudsman association*, [en ligne], [consultée le 30/05/2021], <https://www.ombudsmanassociation.org/what-ombudsman>: « *It is not common for the recommendations of ombudsman schemes that deal with complaints about public services to be binding. Usually, over 99% of those recommendations are accepted. If they are not, an ombudsman usually has a power for their report to be considered by parliament. This allows parliament to carry out their duty of scrutinising government and holding them to account.* ».

parlementaires » dans la justice constitutionnelle. En effet, les commissions spécialisées dans la protection des droits de l'Homme de manière générale jouent également un rôle particulièrement actif.

II) Le rôle actif des commissions spécialisées dans la protection des droits de l'Homme

1743. Des commissions spécialisées sur la question des droits de l'Homme en général existent également en dehors des enceintes et procédures parlementaires. Elles sont, *a priori*, moins freinées que leurs homologues parlementaires, dans la mesure où elles n'ont pas à se fondre dans les temps de la procédure législative. Ces Commissions existent en Irlande du Nord avec la Commission nord-irlandaise sur les droits de l'Homme (*Northern Ireland Human Rights Commission*) (A) et en Écosse avec la Commission écossaise sur les droits de l'Homme (*Scottish Human Rights Commission*) (B).

A) Le rôle de la Commission nord-irlandaise sur les droits de l'Homme dans la justice constitutionnelle

1744. La Commission nord-irlandaise sur les droits de l'Homme a été créée par le Parlement de Westminster à travers l'adoption du *Northern Ireland Act* en 1998. Elle a le statut d'organisme public non départemental (*NDPB*). Elle bénéficie, en tant qu'Institution Nationale des droits de l'Homme (*NHRI*), du « Statut A »²⁴⁴⁷ décerné par la Sous-Commission aux Accréditations (*Sub-Committee on Accreditations*) de l'Alliance Globale des institutions nationales des droits de l'Homme (*GANHRI*). Son existence est expressément prévue par la section 68 de la loi de 1998²⁴⁴⁸ et résulte d'un engagement pris par le gouvernement britannique lors de la signature du *Belfast Agreement* le 10 avril 1998.

1745. Cette Commission est composée d'un *Chief Commissioner* qui travaille à plein temps. Ce *Chief* est accompagné de 6 *Commissionners* qui eux sont à mi-temps²⁴⁴⁹. La section

²⁴⁴⁷ Le Statut "A" est décerné par la *GANHRI* aux Institutions Nationales des droits de l'Homme qui se conforment complètement aux Principes de Paris. Le Statut « B » lui est réservé à celles qui s'y conforment en partie, et le « C » à celles qui ne les respectent pas.

²⁴⁴⁸ *Northern Ireland Act* 1998, section 68: "There shall be a body corporate to be known as the Northern Ireland Human Rights Commission."

²⁴⁴⁹ "Who we are", *Northern Ireland Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.nihrc.org/about-us/who-we-are>.

68(2) de la loi de 1998 dispose qu'ils sont nommés par le *Secretary of State*²⁴⁵⁰. Les modalités de réunion et de prise de décision des membres de cette Commission sont régies par des *Standing orders*²⁴⁵¹. L'article 9 prévoit qu'elle se réunit une fois par mois. Le *Chief Commissioner* a néanmoins la possibilité de prévoir des séances exceptionnelles selon les modalités prévues par l'article 12²⁴⁵².

1746. Cette Commission dépend également financièrement des volontés gouvernementales et parlementaires. L'article 6 de l'annexe 7 du *Northern Ireland Act 1998* précise ainsi que « *le secrétaire d'État peut accorder des subventions à la Commission à partir de fonds fournis par le Parlement.* »²⁴⁵³.

1747. La Commission arrête ses opinions, recommandations et décisions sur la base du consensus. Selon l'article 25²⁴⁵⁴ des *standing orders* relatifs aux modalités de réunion de la Commission, le « *consensus* » signifie que l'ensemble des membres qui prennent part à la discussion se rallient à la décision qui est proposée. Si le consensus ne peut être atteint, alors le *Chief* tranchera en faveur de l'opinion de la majorité. Ne sont comptées que les voix des membres qui sont présents lors de la discussion ou qui y participent à distance par le biais de la technologie (téléphones ou autres)²⁴⁵⁵.

1748. La Commission dispose de différentes prérogatives lui permettant d'exercer la justice constitutionnelle. Les pouvoirs actuels de cette Commission proviennent du *Justice and Security (Northern Ireland) Act* voté en 2007²⁴⁵⁶ qui a modifié la loi de 1998. La Commission mixte sur les droits de l'Homme affirmait même, dans le rapport précité publié le 11 juillet 2018, que cette Commission était celle qui était la plus établie parmi les autres commissions et

²⁴⁵⁰ *Northern Ireland Act 1998*, section 68(2): “*The Commission shall consist of a Chief Commissioner and other Commissioners appointed by the Secretary of State.*”

²⁴⁵¹ Northern Ireland Human Rights Commission. *Standing Orders for Commission Meetings (Extract from the Code of Governance – September 2019)*, 9 p.

²⁴⁵² *Ibid.*, p. 3, art. 9: “*The Commission will normally meet formally as a Board on a monthly basis*”; p. 4, art. 12: “*The Chief Commissioner may convene additional ‘special’ Board meetings as deemed necessary. Such special meetings will normally be arranged during an ordinary meeting, but may be called at any time by the Chief Commissioner, or if the Chief Commissioner receives a request to that end from a majority of the other Commissioners.*”

²⁴⁵³ *Northern Ireland Act 1998*, schedule 7, section 6: “*The Secretary of State may make grants to the Commission out of money provided by Parliament.*”

²⁴⁵⁴ Northern Ireland Human Rights Commission. *Standing Orders for Commission Meetings (Extract from the Code of Governance – September 2019)*, *op. cit.*, p.5, art. 25: “*The Commission will strive to reach decisions by consensus on points discussed at meetings. ‘Consensus’ means that all Commissioners taking part in the discussion accept the proposed decision. If, after thorough discussion consensus is not reached the Chairperson will rule in favour of the majority view.*”

²⁴⁵⁵ *Ibid.*, p.5, art. 26: “*Decisions to be made by the Commission will only proceed to a vote if necessary. A Commissioner who is not present at the meeting, nor attending by telephone or through other technology, at the time a vote is taken is not entitled to have their vote counted.*”

²⁴⁵⁶ *Justice and Security (Northern Ireland) Act 2007*, sections 14-20.

qu'elle avait exercé les pouvoirs les plus complets en ce qui concerne les droits de l'Homme²⁴⁵⁷. Ses principales fonctions sont présentées à la section 69 du *Northern Ireland Act* 1998. Certaines sont non contraignantes et correspondent aux pouvoirs traditionnels reconnus aux commissions (1) ; d'autres sont contraignantes (2).

1) Les pouvoirs de contrôle, de recommandation et de recherche de la Commission : une mise en application timide

1749. La mission essentielle de cette institution est résumée dans la section 69(1) de la loi de 1998 : « *La Commission examine régulièrement l'adéquation et l'efficacité en Irlande du Nord de la législation et des pratiques relatives à la protection des droits de l'Homme* »²⁴⁵⁸. Elle le fait en publiant des rapports issus de recherches et de consultations sur des sujets à implications constitutionnelles. Cela résulte de la section 69(6)²⁴⁵⁹. Cette mission est néanmoins très timide dans la pratique. De 2000 à 2020, la Commission a émis entre un et quatre rapports par an²⁴⁶⁰. L'année 2018 fait figure d'exception avec l'émission de dix rapports. La section 69(6) met l'accent sur le rôle d'influenceur que la Commission doit jouer en Irlande du Nord. Elle doit à ce titre « *promouvoir la compréhension et la prise de conscience de l'importance des droits de l'Homme en Irlande du Nord* »²⁴⁶¹. À ce titre, la disposition précise qu'elle peut « *entreprendre, commander ou fournir une aide financière ou autre* »²⁴⁶² pour : « *la recherche* » ou « *les activités éducatives* »²⁴⁶³. De ce fait, précise le site officiel de la

²⁴⁵⁷ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, op. cit., p. 37: "The NIHRC is the most well-established of the UK's NHRIs, and historically it has exercised the most comprehensive human rights powers of the three UK Commissions."

²⁴⁵⁸ *Northern Ireland Act*, section 69(1): "The Commission shall keep under review the adequacy and effectiveness in Northern Ireland of law and practice relating to the protection of human rights."

²⁴⁵⁹ *Northern Ireland Act* 1998, 69(6): "The Commission shall promote understanding and awareness of the importance of human rights in Northern Ireland; and for this purpose it may undertake, commission or provide financial or other assistance for—(a)research; and (b)educational activities."

²⁴⁶⁰ « Publications – Research and investigations », *Northern Ireland Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.nihrc.org/publication/category/Research-and-investigations>.

²⁴⁶¹ *Northern Ireland Act* 1998, section 69(6): "The Commission shall promote understanding and awareness of the importance of human rights in Northern Ireland; and for this purpose it may undertake, commission or provide financial or other assistance for—(a)research; and (b)educational activities."

²⁴⁶² *Ibid.*

²⁴⁶³ *Ibid.*

Commission, cette dernière propose des « *programmes de formation* »²⁴⁶⁴ et « *travail en partenariat avec des ministères et des agences gouvernementales, ainsi qu'avec des organisations communautaires et bénévoles pour aider à intégrer les droits de l'Homme dans leur travail.* »²⁴⁶⁵. Le rôle de sensibilisation joué par la Commission passe aussi par l'outil internet qui lui permet de mettre en ligne des documents et vidéos d'informations sur les droits et libertés²⁴⁶⁶. La sensibilisation est un moyen, non contraignant pour la Commission, de stimuler l'exercice de la justice constitutionnelle dans la société civile, dans la mesure où elle vise à ce que cette dernière ait une meilleure connaissance de ses droits. La Commission a un rôle de promotion interne mais aussi internationale des droits de l'Homme. Elle produit régulièrement des rapports à l'intention des Nations Unies et du Conseil de l'Europe sur la conformité du droit et des pratiques nord-irlandais avec les instruments régionaux et internationaux de protection des droits de l'Homme. Cela concerne neuf instruments internationaux²⁴⁶⁷. Dans ces rapports, la Commission fournit des recommandations permettant d'accroître la protection et l'effectivité des droits.

1750. La Commission exerce aussi la justice constitutionnelle en fournissant des conseils aux représentants sur les mesures qui doivent être prises pour que le droit soit conforme à l'exigence de protection des droits de l'Homme. Si une telle mission constitue, en théorie, un exercice important de la justice constitutionnelle, la réalité est toute autre et confirme un rôle très timide. Cette activité de conseil est mentionnée aux 3) et 4) de la section 69 du *Northern Ireland Act* 1998. La section 69(3) indique ainsi que la Commission peut conseiller l'exécutif nord-irlandais²⁴⁶⁸ mais aussi le gouvernement britannique et le Parlement de Westminster sur les mesures qui doivent être adoptées afin de protéger les droits de l'Homme. La section 69(4)

²⁴⁶⁴ « Education », *Northern Ireland Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], <https://www.nihrc.org/education>: “The Commission has a duty to promote understanding and awareness of the importance of human rights in Northern Ireland. To do this we may undertake or support research and educational activities. We provide training programmes (...)”.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*: “(...) and work in partnership with government departments and agencies, and community and voluntary organisations to help mainstream human rights in their work.”.

²⁴⁶⁶ “Resources”, *Northern Ireland Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], <https://www.nihrc.org/education/resources>.

²⁴⁶⁷ La Convention internationale des droits de l'Enfant (CIDE), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; la Convention relative aux droits des personnes handicapées ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ; la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et enfin la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

²⁴⁶⁸ *Northern Ireland Act*, section 69(3): “The Commission shall advise the Secretary of State and the Executive Committee of the Assembly of legislative and other measures which ought to be taken to protect human rights—(a) as soon as reasonably practicable after receipt of a general or specific request for advice; and (b) on such other occasions as the Commission thinks appropriate.”.

de la loi de 1998 concerne l'activité de conseil de la Commission auprès de l'Assemblée nord-irlandaise. Ces dispositions montrent en quoi cet organisme nord-irlandais de protection des droits contribue à la responsabilité constitutionnelle des gouvernants.

1751. Il s'agit pour la Commission d'informer l'organe législatif de la compatibilité ou non de la législation proposée avec les droits de l'Homme. Soit la Commission est saisie par le *Secretary of State* pour conseil comme prévu par la section 69(7), soit la Commission agit de sa propre initiative quand elle l'estime « *approprié* »²⁴⁶⁹. La disposition souligne bien que la Commission « *shall advise* » les organes concernés, l'avis de la Commission n'est donc pas contraignant en la matière. Dans les deux cas, il y a nécessité de confronter l'état du droit existant avec des règles constitutionnelles souhaitées ou existantes. Au titre de cette activité de conseil des représentants, la Commission intervient dans un grand éventail de domaines ; elle peut ainsi intervenir sur des problématiques constitutionnelles ayant des répercussions sur les droits de l'Homme mais aussi sur des problématiques non constitutionnelles mais qui ont des implications en termes de droits. Elle peut intervenir dans les thématiques de la culture, de l'éducation, des services sociaux et de santé, la sécurité sociale, l'emploi, l'immigration, la justice ou encore l'environnement²⁴⁷⁰. La mission de conseil au gouvernement a néanmoins une réalité pratique très timide. En 2019, seize publications ont été comptabilisées²⁴⁷¹. En 2020, toutes activités confondues, la Commission n'est intervenue qu'à trois reprises entre janvier et avril²⁴⁷². Deux fois dans le cadre d'un avis demandé par le *NIO (Northern Ireland Office)* ; une fois dans le cadre de la lutte contre le coronavirus.

1752. La Commission exerce la justice constitutionnelle non seulement dans ses relations avec les organes exécutifs et législatifs d'Irlande du Nord et du Royaume-Uni, mais aussi dans ses rapports avec le milieu juridictionnel.

2) *Les pouvoirs contraignants de la Commission : la saisine du juge ou l'atout pour le rôle de la Commission dans la justice constitutionnelle*

²⁴⁶⁹ *Ibid.*, section 69(7): “*The Secretary of State shall request the Commission to provide advice of the kind referred to in paragraph 4 of the Human Rights section of the Belfast Agreement.*”; section 69(4): “*The Commission shall advise the Assembly whether a Bill is compatible with human rights-(a) as soon as reasonably practicable after receipt of a request for advice; and (b) on such other occasions as the Commission thinks appropriate.*”.

²⁴⁷⁰ “Publications – Advice to government”, Northern Ireland Human Rights Commission, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.nihrc.org/publication/category/advice-to-government>.

²⁴⁷¹ *Ibid.*

²⁴⁷² *Ibid.*

1753. Le *Northern Ireland Act 1998* donne également à la Commission des prérogatives permettant de revêtir ses opinions d'une force contraignante. La loi lui donne la possibilité d'agir en justice soit au soutien d'un particulier, soit en son nom propre. De tels pouvoirs sont de nature à conférer une force contraignante aux opinions et jugements constitutionnels formulés par la Commission et à faire de cette dernière, un organe dynamisant la responsabilité constitutionnelle des représentants. C'est dans cette perspective qu'en février 2021, la *High Court* a déclaré recevable une action en *judicial review* intentée à l'encontre du *Secretary of State and Department of Health for Northern Ireland*, afin de contester les modalités insuffisantes de fonctionnement et de financement des services chargés de l'avortement en Irlande du Nord²⁴⁷³. La Commission a ici saisi la justice afin de contraindre le ministre à adopter les dispositions législatives nécessaires afin de permettre l'accès aux services chargés de l'avortement. Au support de son action en justice, la Commission invoquait l'article 8 de la CEDH relatif au droit à une vie privée et familiale. Cet exemple montre en quoi l'action de la Commission stimule la responsabilité constitutionnelle du gouvernement, cherchant à le contraindre d'agir dans le sens des droits des gouvernés.

1754. La section 69(5)(a) donne à la Commission la mission d'apporter son soutien à un individu dans une action en justice et cela conformément aux dispositions de la section 70²⁴⁷⁴. La section 70(1) permet à la Commission d'apporter son soutien aux personnes qui souhaitent intenter une action en justice spécifiquement fondée sur un problème lié aux droits - selon le 70(1)(a)- et aux personnes qui en cours de procès soulèvent des moyens relevant des droits de l'Homme -selon le 70(1)(b)-. La Commission, pour accepter d'apporter son assistance au requérant, peut se fonder sur trois grands motifs d'après le 70(2). Elle peut d'abord considérer que le cas « *soulève une question de principe* »²⁴⁷⁵. Elle peut aussi considérer qu'au regard de la complexité du cas, ou des positions du requérant par rapport à une autre personne ou pour toute autre raison, il serait déraisonnable de ne pas apporter son assistance²⁴⁷⁶. Enfin,

²⁴⁷³ Voir "Update on Human Rights Commission's legal challenge on access to abortion services", *Northern Ireland Human Rights Commission*, 23rd February 2021, [en ligne], [consultée le 30/05/2021], <https://nihrc.org/news/detail/update-on-human-rights-commissions-legal-challenge-on-access-to-abortion-services>.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*, section 69(5)(a): "*The Commission may—(a) give assistance to individuals in accordance with section 70 (...)*".

²⁴⁷⁵ *Ibid.*, section 70(2)(a): "*Where the person applies to the Northern Ireland Human Rights Commission for assistance in relation to proceedings to which this section applies, the Commission may grant the application on any of the following grounds-(a) that the case raises a question of principle. (...)*".

²⁴⁷⁶ *Ibid.*, section 70(2)(b): "*(...)that it would be unreasonable to expect the person to deal with the case without assistance because of its complexity, or because of the person's position in relation to another person involved, or for some other reason; (...)*".

elle peut soulever l'existence d'autres circonstances spéciales qu'elle considère appropriées pour fonder son intervention²⁴⁷⁷. Dans tous les cas, décider pour la Commission d'apporter ou non, assistance suppose indéniablement l'exercice de la justice constitutionnelle. Cela suppose en effet d'évaluer le cas du requérant et donc le grief qui l'anime. Quand la Commission accepte d'apporter son aide à un individu requérant, elle peut le faire de trois manières différentes. La section 70(3) dispose ainsi qu'elle peut (a) « *fournir des conseils juridiques* »²⁴⁷⁸, (b) « *organiser la fourniture d'une représentation juridique* »²⁴⁷⁹, ou (c) « *apporter toute autre assistance qu'elle juge appropriée* »²⁴⁸⁰.

1755. Récemment, la Commission a ainsi apporté son soutien à un individu requérant afin de contester la législation relative à la réhabilitation des délinquants en Irlande du Nord qui prévoyait l'obligation de divulgation de toute condamnation de peine de prison de plus de 2 ans et demi. Le requérant n'ayant pas commis d'infraction depuis 40 ans était néanmoins toujours soumis à cette obligation de divulgation ce qui, selon la Commission, le freinait considérablement dans sa vie professionnelle et portait atteinte de manière disproportionnée à son droit à une vie privée et familiale²⁴⁸¹.

1756. La section 69(5)(b) reconnaît à la Commission la possibilité d'intenter elle-même une action en justice à l'encontre d'une loi ou d'une pratique en relation avec les droits de l'Homme²⁴⁸². Ce qui est vrai pour le citoyen-justiciable, l'est pour tout autre type de requérant. Contester une mesure au regard de sa compatibilité avec des règles constitutionnelles suppose que le requérant ait préalablement fait un exercice de confrontation des mesures ou comportement contestés avec les règles constitutionnelles.

1757. L'influence que la Commission peut exercer dans la protection des droits doit néanmoins être nuancée au regard de l'arrêt rendu par la Cour suprême en 2018. Dans cet arrêt *In Re Northern Ireland Human Rights Commission's Application for Judicial Review*²⁴⁸³ une majorité des juges considéra que la Commission n'était pas recevable à agir à l'encontre de la

²⁴⁷⁷ *Ibid.*, section 70(2)(c): “(...)that there are other special circumstances which make it appropriate for the Commission to provide assistance.”

²⁴⁷⁸ *Ibid.*, section 70(3)(a): “Where the Commission grants an application under subsection (2) it may - (a) provide, or arrange for the provision of, legal advice (...)”.

²⁴⁷⁹ *Ibid.*, section 70(3)(b): “(...)arrange for the provision of legal representation; (...)”.

²⁴⁸⁰ *Ibid.*, section 70(3)(c): “(...)provide any other assistance which it thinks appropriate.”.

²⁴⁸¹ Voir “Human Rights Commission challenges law on Rehabilitation of Offenders”, *Northern Ireland Human Rights Commission*, 06th May 2021, [en ligne], [consultée le 30/05/2021], <https://nihrc.org/news/detail/human-rights-commission-challenges-law-on-rehabilitation-of-offenders-1>.

²⁴⁸² *Ibid.*, section 69(5)(b): “The Commission may—(b)bring proceedings involving law or practice relating to the protection of human rights.”.

²⁴⁸³ *In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland)* [2018] UKSC 27.

législation nord-irlandaise sur l'avortement. La majorité des juges considérait que cette Commission n'avait pas d'intérêt à agir contre cette législation, cela tout en invoquant son incompatibilité avec les articles 3, 8 et 14 de la CEDH. La Commission estimait que cette législation violait ces droits conventionnels dans la mesure où elle ne prévoyait pas d'avortements en cas d'anomalie fœtale grave, ou lorsque la grossesse résultait d'un viol ou d'un inceste. Si une majorité considérait que la Commission n'était pas recevable à faire une telle demande, une autre estimait que la législation était bien incompatible avec la CEDH. L'irrecevabilité de la requête formée par la Commission empêcha néanmoins logiquement les juges de pouvoir prononcer une déclaration d'incompatibilité à l'encontre de cette législation sur l'avortement.

1758. Cette Commission est financée par le gouvernement du Royaume-Uni par le biais du *Northern Ireland Office (NIO)*. Son effectivité et donc l'ampleur de son rôle de promotion et protection des droits sont conditionnées par les volontés gouvernementales. C'est au *Secretary of State for Northern Ireland* que revient la responsabilité de financer la Commission avec le montant consenti et souhaité par le Parlement de Westminster. Cet aspect est d'autant plus problématique que la Commission a fait récemment l'objet d'importantes coupes budgétaires. Les fonds de la Commission ont ainsi été réduits de 37% depuis 2011²⁴⁸⁴.

1759. Une Commission pour les droits de l'Homme a également été créée en Écosse.

B) Les prérogatives plus timides de la Commission écossaise pour les droits de l'Homme dans la justice constitutionnelle

1760. La Commission écossaise pour les droits de l'Homme a été créée en 2006 par une loi votée au Parlement de Westminster, le *Scottish Commission for Human Rights Act 2006*. Cette Commission est un « *organisme public indépendant* ».

1761. Les termes de son indépendance sont clairement posés à la section 3 de l'annexe 1 à la loi de 2006 qui dispose que: « *la Commission, dans l'exercice de ses fonctions, ne doit*

²⁴⁸⁴ House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, op. cit., p. 37: "The extent to which the Commissions are able to utilise the powers they have is inevitably constrained by their resources. All three Commissions have experienced significant budget cuts over recent years. The EHRC's expenditure reduced by 68% between its first full year in operation in 2008–09 to £20.3 million in 2015–16, the NIHRC's grant-in-aid from the Northern Ireland Office has been reduced to £1,099,000, which amounts to an approximate 37% decrease in real terms since 2011 and the SHRC has experienced budget cuts in recent years leaving its current budget standing at just short of £1 million."

pas être soumise à la direction ou au contrôle de...a) tout membre du Parlement, b) tout membre de l'exécutif écossais, ou c) la corporation parlementaire. »²⁴⁸⁵. Cette indépendance est aussi marquée par un régime d'incompatibilité de la fonction de commissaire avec celle de membre de la Chambre des Communes, du Parlement écossais ou encore du Parlement européen²⁴⁸⁶. La section 1 de la même annexe précise qu'elle doit être composée de cinq personnes au plus dont un *Chairman*²⁴⁸⁷. La Commission affirme même que son rattachement au Parlement d'Écosse la rend responsable devant le peuple écossais²⁴⁸⁸. La Commission a une responsabilité d'un point de vue interne mais aussi sur le plan international. Elle peut adresser des rapports aux Nations Unies sur des problématiques touchant aux droits de l'Homme²⁴⁸⁹. Elle est même le seul organisme écossais qui a le pouvoir de faire des contributions directes auprès du Conseil pour les droits de l'Homme des Nations Unies²⁴⁹⁰. Cette Commission est d'ailleurs soutenue et accréditée par le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme. Comme la Commission nord-irlandaise étudiée précédemment, la Commission écossaise bénéficie du « *Statut A* » en tant que *NHRI*.

1762. La loi de 2006 met clairement l'accent sur l'indépendance de cette Commission par rapport au gouvernement et au Parlement écossais, néanmoins elle n'est pas absolue. Le mode de financement de ses activités en est un révélateur. La section 14 de l'annexe 1 de la loi de 2006 précise en effet que « *la Commission doit, avant le début de chaque exercice financier, préparer des propositions pour l'utilisation de ses ressources et de ses dépenses au cours de l'année et envoyer ces propositions à la corporation parlementaire pour approbation à la date que celle-ci peut déterminer.* »²⁴⁹¹. La Commission est donc liée, quant à l'utilisation de ses ressources, à l'approbation d'un organisme rattaché au Parlement écossais.

²⁴⁸⁵ *Scottish Commission for Human Rights Act 2006*, schedule 1, section 3: “*The Commission, in the exercise of its functions, is not to be subject to the direction or control of—(a) any member of the Parliament, (b) any member of the Scottish Executive, or (c) the Parliamentary corporation.*”.

²⁴⁸⁶ *Ibid.*, schedule 1, section 4: “*(1) A person is disqualified from appointment, and from holding office, as a member of the Commission if that person is—(a) a member of the House of Commons, (b) a member of the Scottish Parliament, or (c) a member of the European Parliament.*”.

²⁴⁸⁷ *Ibid.*, schedule 1, section 1: “*(1) The Commission consists of the following members— (a) a member appointed to chair the Commission, and (b) not more than 4 other members.*”.

²⁴⁸⁸ « About the Commission”, *Scottish Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.scottishhumanrights.com/about/>: “*The Scottish Human Rights Commission is an independent public body, accountable to the people of Scotland through the Scottish Parliament.*”.

²⁴⁸⁹ *Ibid.*

²⁴⁹⁰ *Ibid.*

²⁴⁹¹ *Scottish Commission for Human Rights Act 2006*, schedule 1, section 14: “*(2) The Commission must, before the start of each financial year, prepare proposals for its use of resources and expenditure during the year and send the proposals to the Parliamentary corporation for approval by such date as the Parliamentary corporation may determine.*”.

1763. La mission de la Commission est décrite à la section 2 de la loi de 2006. Il s'agit de « *promouvoir les droits de l'Homme* » et « *d'encourager les meilleures pratiques par rapport aux droits de l'Homme* »²⁴⁹². La section 3 précise que, pour remplir ce rôle, la Commission peut avoir recours à quatre activités différentes²⁴⁹³ : a) la publication et diffusion d'informations²⁴⁹⁴, b) une activité de guide et de conseil²⁴⁹⁵, c) une activité de recherche et enfin d) une activité d'éducation auprès des acteurs de l'ordre constitutionnel. À ce titre, la Commission donne souvent son opinion dans le cadre de consultations organisées par d'autres organismes sur des questions touchant les droits²⁴⁹⁶. Ainsi, le 4 juin 2020, la Commission communiqua son avis à la Commission sur la Justice (*Justice Committee*) portant sur les droits de l'Homme et l'utilisation de pouvoirs exceptionnels par la police écossaise dans le cadre de la crise du Covid-19²⁴⁹⁷. Elle a aussi donné son avis à la Commission écossaise au sein de la Commission sur l'égalité et les droits de l'Homme de Grande-Bretagne, dans le cadre de la crise de Covid-19. Cette dernière commission avait en effet sollicité l'analyse de la Commission écossaise sur les droits de l'Homme quant aux implications en matière de droits de l'Homme de la législation d'urgence écossaise relative à la crise sanitaire²⁴⁹⁸.

1764. Comme le précise la Commission sur son site elle a également comme prérogative de « *mener des enquêtes sur les politiques et les pratiques des autorités publiques écossaises.* »²⁴⁹⁹.

²⁴⁹² *Ibid.*, section 2(1): “*The Commission's general duty is, through the exercise of its functions under this Act, to promote human rights and, in particular, to encourage best practice in relation to human rights.*”.

²⁴⁹³ *Ibid.*, section 3(1): “*For the purposes of its general duty, the Commission may— (a)publish or otherwise disseminate information or ideas, (b)provide advice or guidance, (c)conduct research, (d)provide education or training.*”.

²⁴⁹⁴ C'est dans le cadre de cette mission que la Commission délivra un rapport sur les réalités pratiques des droits au logement. Scottish Human Rights Commission. *Housing Rights in Practice-Lessons learned from Leith*, Scottish Human Rights Commission, May 2020, 38 p.

²⁴⁹⁵ À ce titre, la Commission guide souvent les représentants écossais sur la démarche à suivre dans certaines situations à risque pour les droits. Dans le cadre de la crise de Covid-19, la Commission a ainsi publié des conseils relatifs à la prise de décision clinique. Scottish Human Rights Commission. *COVID-19 Guidance: Clinical Advice*, 9th April 2020, 7 p.; Voir aussi. Scottish Human Rights Commission. *COVID –19: Human Rights implications of digital contact tracing technology*, 18th May 2020, 9 p.

²⁴⁹⁶ Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: Evidence to Justice Committee – Human Rights and Police Scotland's use of temporary powers*, 3rd June 2020, 12 p.; Scottish Human Rights Commission. *Human Rights and Economic Recovery: Submission to Advisory Group on Economic Recovery*, 29th may 2020, 40 p.; Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: Committee Call for Evidence on Refining and Reducing Lockdown*, 29th May 2020, 8 p.

²⁴⁹⁷ Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: Evidence to Justice Committee – Human rights and Police Scotland's use of temporary powers*, 3rd June 2020, 12 p.

²⁴⁹⁸ Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: emergency legislation*, 27th April 2020, 11 p.

²⁴⁹⁹ « About the Commission », *Scottish Human Rights Commission, op. cit.*: “*The Commission has powers to recommend changes to law, policy and practice; promote human rights through education, training and publishing research; and to conduct inquiries into the policies and practices of Scottish public authorities.*”.

1765. La section 4 de la loi de 2006 précise que pour mener à bien sa mission, la Commission peut contrôler tout ou partie du droit écossais ainsi que toute politique ou pratique endossées par les autorités publiques écossaises²⁵⁰⁰. Elle est également en mesure de recommander la mise en œuvre de réformes²⁵⁰¹. Ces missions relèvent bien de la justice constitutionnelle qui implique la confrontation de la politique ordinaire avec les exigences portées par les règles constitutionnelles et spécifiquement les droits et libertés. La Commission promeut et protège non seulement les droits dits civils et politiques, mais aussi les droits économiques et sociaux, ce qui lui laisse *a priori* un important rayon d'action. La section 2(2) dispose ainsi que par droits de l'Homme il faut entendre non seulement les droits de la CEDH tels qu'ils sont transposés en droit britannique par la section 1 du *HRA* 1998, mais aussi les autres droits de l'Homme résultant des traités internationaux ratifiés par le Royaume-Uni. La Commission intervient dans cinq grands thèmes présentés sur son site : a) « *les droits économiques, sociaux et culturels* », b) « *les services de santé et sociaux* », c) « *la justice* », d) « *l'international* » et e) « *les autres problématiques* »²⁵⁰². Ce dernier thème réunit les problématiques liées au *Human Rights Act*, à la sortie de l'UE, au commerce, à la justice climatique et la réforme foncière²⁵⁰³.

1766. La mission de contrôle des législations et politiques mentionnée à la section 4 de la loi de 2006 a amené la Commission à examiner le *Coronavirus (Scotland) Act* 2020 qui reçut la sanction royale le 6 avril 2020. Cette loi venait compléter celle votée au Parlement de Westminster, le *Coronavirus Act* 2020. La Commission a confronté la législation écossaise avec des règles constitutionnelles dans la mesure où elle a estimé que cette loi de 2020 « *contient des mesures relatives à des domaines dévolus supplémentaires qui ont un impact sur les droits de l'Homme* »²⁵⁰⁴. Un tel constat suppose l'exercice de la justice constitutionnelle, un rapprochement et une confrontation entre une politique et des règles constitutionnelles relatives aux droits. La Commission s'est penchée sur les dispositions relatives à l'expiration, à la suspension et la relance ; à l'obligation de rapport faite au gouvernement et enfin au fonctionnement de la justice. Dans son rapport, la Commission commence par présenter la ou

²⁵⁰⁰ *Scottish Commission for Human Rights Act* 2006, section 4 : "For the purposes of its general duty, the Commission may review and recommend changes to—(a) any area of the law of Scotland, or (b) any policies or practices of any Scottish public authorities."

²⁵⁰¹ *Ibid.*

²⁵⁰² "Information and Advice", *Scottish Human Rights Commission*, [en ligne], [consultée le 30/05/2020], <https://www.scottishhumanrights.com/information-advice/>.

²⁵⁰³ *Ibid.*

²⁵⁰⁴ *Scottish Human Rights Commission. Briefing: Coronavirus (Scotland) Act 2020*, 2nd April 2020, 7 p., p. 1: "The *Coronavirus (Scotland) Act 2020* contains measures relating to additional devolved areas which have an impact on human rights."

les dispositions juridiques examinées pour ensuite formuler ses recommandations. Ce rapport montre en quoi l'exercice de la justice constitutionnelle par une Commission peut venir encourager l'exercice de la justice constitutionnelle par les autres parlementaires. Elle peut le faire par exemple en stimulant la fonction de contrôle du gouvernement par les parlementaires et ainsi la responsabilité constitutionnelle du premier. La Commission estime ainsi que le « *Parlement a un rôle clé à jouer pour déterminer si des dispositions restent nécessaires* »²⁵⁰⁵. Elle poursuit et « *recommande que des mécanismes soient mis en place pour permettre un contrôle parlementaire significatif et continu, à la fois sur la question de savoir si les mesures doivent rester en vigueur et sur la manière dont elles sont mises en œuvre* »²⁵⁰⁶. Ce faisant, la Commission encourage la possibilité pour les parlementaires de contrôler la législation et donc également leur faculté de vérifier sa constitutionnalité. Elle stimule l'exercice parlementaire de la justice constitutionnelle tout en ravivant la dynamique du régime parlementaire.

1767. De plus, l'exercice de la justice constitutionnelle par cette Commission peut venir activer des mécanismes de contrôle du gouvernement et donc aussi de ses projets de législation qui n'ont pas qu'une nature parlementaire. L'examen par la Commission de la section 14 de la loi de 2020 le montre bien. L'institution rappelle ainsi l'importance de contrôler la mise en œuvre et la nécessité des pouvoirs d'urgence prévus par cette loi. Elle affirme alors « *l'importance d'une surveillance et d'un contrôle externes et indépendants sur l'utilisation et l'impact des pouvoirs d'urgence* ». Cette expression laisse supposer que d'autres types de contrôle de l'action parlementaire peuvent être établis.

1768. L'action de la Commission connaît néanmoins des limites. Parmi celles-ci figure l'impossibilité pour elle d'assister un justiciable lors d'une instance en cours²⁵⁰⁷, ce qui constitue ainsi une limite remarquable à son rayonnement. Figure parmi ces limites également, la dépendance budgétaire de la Commission vis-à-vis des représentants. Comme beaucoup de ses voisines, cette Commission a ainsi fait l'objet de restrictions budgétaires, la Commission

²⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 2: “The Commission largely supports the expiry, suspension and revival provisions in the Act; however, we believe that Parliament has a key role to play in determining whether provisions remain necessary”.

²⁵⁰⁶ *Ibid.*: “The Commission recommends that mechanisms are agreed to allow for meaningful and continued parliamentary scrutiny both as to whether measures should remain in force, and how measures are being implemented in practice.”.

²⁵⁰⁷ *Scottish Commission for Human Rights Act 2006*, section 6(1): “The Commission may not provide assistance to or in respect of any person in connection with any claim or legal proceedings to which that person is or may become a party”.

spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords notait ainsi, qu'en 2019, son budget s'élevait à un peu moins d'un million de livres sterling²⁵⁰⁸.

²⁵⁰⁸ House of Commons House of Lord Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, op. Cit., p. 37: "the SHRC has experienced budget cuts in recent years leaving its current budget standing at just short of £1 million".

Conclusion du chapitre II

1769. Les interventions de ces différentes institutions (commissions, ombudsmen) apparaissent particulièrement importantes, bien qu'entachées de faiblesses. Si elles sont des actrices indéniables de la justice constitutionnelle et stimulent l'expression constitutionnelle du peuple et des représentants, leur influence a des limites. Parmi celles-ci figure la position privilégiée des membres du gouvernement dans la prise de décision constitutionnelle, qui ne sont alors nullement contraints par les rapports formulés par ces divers organismes.

1770. Les mécanismes parlementaires de protection des règles constitutionnelles que constituent les commissions parlementaires spécialisées, montrent que les représentants membres de ces organismes ne peuvent que chercher à influencer sur la prise de décision gouvernementale. En l'absence de pouvoirs de contrainte ou de sanction et en l'absence de maîtrise suffisante de la procédure législative et de son rythme, la décision constitutionnelle demeure entre les mains du Cabinet et de la majorité à la Chambre des Communes.

1771. Les mécanismes extraparlimentaires sont eux plus contraignants, parce qu'ils sont le fait d'organismes disposant d'une forte autonomie par rapport au gouvernement, et en ce qu'ils permettent la mise en œuvre de moyens plus contraignants pour s'opposer à une politique, parmi lesquels figure la saisine d'un juge.

Chapitre III : L'implication des représentants dans la justice constitutionnelle par le *soft law*

1772. Les représentants (Parlement, monarque, gouvernement) exercent également la justice constitutionnelle en dehors de leur mission de création et d'adoption du droit législatif, dans le cadre de règles de *soft law* qui ont une nature constitutionnelle²⁵⁰⁹. Une caractéristique principale de ces règles est, le rappelle Eleonora Bottini, de dépendre du seul accord des destinataires pour être appliquées²⁵¹⁰. Elles peuvent être divisées en deux grandes catégories : les conventions de la Constitution et les codes de conduites (*Guides, Manuals, Codes, Codes of Conduct*). Toutes deux constituent des règles de moralité politique, c'est-à-dire des règles prescrivant des comportements qui, bien que juridictionnellement non contraignantes, sont considérées comme indispensables dans un régime démocratique et libéral. Par conséquent, si leur violation n'entraîne aucune sanction juridictionnelle, elle est susceptible d'emporter la mise en œuvre de sanctions d'ordre moral et extra-juridictionnel.

1773. Les conventions de la Constitution constituent des règles constitutionnelles non écrites considérées comme obligatoires par l'ensemble des acteurs institutionnels. John Stuart Mill les décrivait comme des « *maximes non écrites de la Constitution* »²⁵¹¹. Selon Albert Venn Dicey, les conventions constituent « *des coutumes, ou des usages, relatifs au mode dans lequel les différents membres du corps législatif souverain, qui, (...) est le « Roi en son Parlement » doivent exercer leur autorité discrétionnaire.* »²⁵¹². L'auteur précise bien que les conventions sont des « *coutumes, pratiques, maximes* » qui ne peuvent faire l'objet d'une protection juridictionnelle²⁵¹³.

²⁵⁰⁹ OLIVER Dawn. "Regulating Politics in Government" In *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O'Connell, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, 420 p., pp. 307-328, p. 308: « *One common feature of many of these norms is that they seek to regulate or constrain the exercise of party politics and inappropriate partisanship in decision-making by politicians* ».

²⁵¹⁰ BOTTINI Eleonora. « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *op. cit.*

²⁵¹¹ MILL John Stuart. *Le gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 113: « *Sans aucun doute; chacun des trois membres emploierait tous ses pouvoirs pour se défendre, s'il se trouvait attaqué par l'un des deux autres ou par tous deux ensemble. Qui est-ce qui l'empêche donc de s'en servir agressivement? Les maximes non écrites de la constitution, en d'autres termes la moralité positive et politique du pays c'est cette moralité positive et politique que nous devons considérer, si nous voulons savoir où réside le pouvoir vraiment suprême dans la constitution, (...).* ».

²⁵¹² DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, *op. cit.*, p 284.

²⁵¹³ *Ibid.*, p. 277 : « (...) and the 'conventions of the constitution,' which consisting (as they do) of customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognised by the Courts, (...). ».

1774. Geoffrey Marshall distingue deux grands types de conventions : celles imposant des obligations (« *duty-imposing conventions* ») et celles conférant des droits (« *entitlement-conferring conventions* »)²⁵¹⁴. Les conventions désignent à la fois une source du droit constitutionnel et un instrument de protection d’une interprétation de l’ordre constitutionnel. Selon Ivor Jennings, et contrairement à Albert Venn Dicey qui considère que les conventions ne peuvent être considérées comme étant du droit²⁵¹⁵ ; les conventions constituent donc bien du droit constitutionnel, en ce qu’elles sont des règles constitutionnelles dont l’objet est bien de prescrire des comportements aux institutions comme les autres règles constitutionnelles : « *Les conventions sont des règles dont la nature ne diffère pas fondamentalement de celle du droit positif d’Angleterre.* »²⁵¹⁶. Les conventions de la Constitution portent sur l’organisation des pouvoirs en général. Comme l’observait Geoffrey Marshall, elles concernent les pouvoirs de la Couronne, les relations entre le Cabinet et le Premier ministre, celles entre le gouvernement dans son ensemble et le Parlement, les relations entre les deux Chambres du Parlement, celles entre les ministres et le *Civil service*, entre les ministres et l’appareil judiciaire et enfin celles entre le Royaume-Uni et les pays membres du *Commonwealth*²⁵¹⁷. L’exercice de la justice constitutionnelle par les représentants trouve aussi sa source dans les règles issues des rapports interinstitutionnels. Les conventions de la Constitution sont, en effet, le résultat d’interprétations constitutionnelles du régime politique et de l’ordre constitutionnel en son entier qui se sont imposées par la pratique du pouvoir.

1775. Les codes de conduite sont des règles écrites et publiées dans l’objectif de contraindre -par un autre biais que la sanction juridictionnelle- les représentants à appliquer et protéger certains standards, certains principes dans le cadre de la vie politique. Les représentants se contraignent eux-mêmes en publiant ces codes qui sont de nature à dynamiser leur responsabilité constitutionnelle. Les documents écrits de *soft law* (*Codes, Manuals, Guides*) stimulent l’exercice de la justice constitutionnelle en ce qu’ils encouragent leur

²⁵¹⁴ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions - The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 261 p., pp. 7-8: “*It is useful therefore to separate duty-imposing conventions from entitlement-conferring conventions.*”.

²⁵¹⁵ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, *op. cit.*, p. cxli: « *the other set of rules consist of conventions(...)* ;”.

²⁵¹⁶ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, *op. cit.*, p. 74: “*The conventions are not ‘politics’, save in the sense that all law and all government are ‘politics’. They are rules whose nature does not differ fundamentally from that of the positive law of England.*”.

²⁵¹⁷ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, *op. cit.*, p. 4; sur la question spécifique de savoir s’il est établie une convention selon laquelle l’engagement de l’armée à l’étranger nécessite l’accord préalable des Communes voir PHILLIPSON Gavin. “Gavin Phillipson: “Historic” Commons Syria vote: the constitutional significance (Part 1)”, *UK Constitutional Law Association*, 19th September 2013, [en ligne], [consulté le 04 mai 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/09/19/gavin-phillipson-historic-commons-syria-vote-the-constitutional-significance-part-i/>.

destinataire à veiller à leur application, qui devient de par là même, gardien des règles et principes constitutionnels et responsable de la constitutionnalité de son action.

1776. Dans les deux cas, l'exercice de la justice constitutionnelle consiste en l'acceptation par les représentants d'appliquer les règles conventionnelles ou contenues dans les fameux codes de conduites. Les représentants protègent donc les règles constitutionnelles en contrôlant que leurs propres comportements s'y conforment. Tant les conventions de la Constitution que les codes de conduites sont révélateurs de l'exercice « *autorégulateur* » de la justice constitutionnelle, c'est-à-dire de la possibilité reconnue aux institutions d'évaluer la constitutionnalité de leurs propres comportements et d'appliquer à ces derniers des principes considérés comme essentiels. L'effectivité de la constitution passe ici par une activité d'auto-vigilance, d'autolimitation constitutionnelle des représentants. Cette justice constitutionnelle met à mal le principe selon lequel « *nul ne peut être juge de sa propre cause* ». Le concept même de responsabilité constitutionnelle écarte l'idée que l'exercice viable de la justice constitutionnelle ne peut se faire que par l'intervention d'un tiers. Cette autolimitation constitutionnelle témoigne d'un respect des représentants envers les règles constitutionnelles.

1777. Les conventions de la Constitution, constituent d'importants et forts outils d'exercice de la justice constitutionnelle (Section I). Les règles écrites formées par les différents *Cabinet Manuals*, *Code* ou encore *Guides* ont pour objectif de codifier les règles –notamment certaines règles de nature conventionnelle- qui ont trait à l'organisation des pouvoirs et à leurs relations et ce faisant encouragent l'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants (Section II).

Section I : L'importance et la force des conventions de la Constitution

1778. L'importance des conventions est particulièrement frappante au Royaume-Uni dans la mesure où beaucoup de règles constitutionnelles essentielles relatives au fonctionnement du régime politique, tant monarchique que parlementaire, sont de nature de conventionnelle.

1779. La formation et l'application constante dans le temps des conventions de la Constitution correspondent à la volonté de rendre conforme la pratique de la vie politique à des principes constitutionnels et sont ainsi d'importants outils de justice constitutionnelle. (I)

1780. Le rôle joué par les conventions dans l'exercice de la justice constitutionnelle est révélateur des dynamiques de la justice constitutionnelle britannique. Les rapports entre les règles conventionnelles et d'autres outils d'exercice de la justice constitutionnelle (décision de justice, loi) témoignent à la fois des forces et des fragilités des conventions en tant qu'outils de justice constitutionnelle (II).

I) Les conventions de la Constitution, d'importants outils de justice constitutionnelle

1781. La règle conventionnelle est un outil de justice constitutionnelle à deux égards : elle revient, d'une part, à déterminer un principe constitutionnel auquel le fonctionnement du régime politique doit répondre pour défendre des aspects essentiels de l'ordre constitutionnel (A). D'autre part, elle peut se former à l'issue d'une confrontation entre plusieurs interprétations de la constitution et en ce sens représente une solution apportée à un conflit institutionnel, un conflit d'interprétations constitutionnelles. La convention est ainsi un outil de résolution de litiges se déroulant en dehors de l'enceinte juridictionnelle (B).

A) La formation et l'application continue des conventions, outils permettant l'application de principes constitutionnels supérieurs

1782. Si la formation et l'objectif d'une convention révèlent en quoi cette dernière représente la défense d'une vision de l'ordre constitutionnel (1), l'application constante –dans

le temps- des conventions par les acteurs du régime revient à appliquer au jeu de la politique ordinaire des principes constitutionnels (2). Enfin, l'on s'attardera sur les conventions de la Constitution relatives aux pouvoirs du monarque et à sa place dans la justice constitutionnelle (3).

1) La formation et l'objectif des conventions ou la défense d'une vision constitutionnelle

1783. La formation des conventions dépend de la volonté des institutions qui les forgent. En ce sens, les conventions sont des outils d'autodéfinition et parfois d'autolimitation de ses auteurs. Les modalités de formation d'une convention ont fait l'objet de divergences dans la doctrine²⁵¹⁸. Une des questions importantes est celle de la nécessité et de la suffisance des précédents²⁵¹⁹.

1784. La doctrine présente en effet les Conventions comme des règles extra juridiques dont le but et/ou la justification reposent sur l'application de principes supérieurs, jugés fondamentaux. L'objectif des conventions, tel que souligné dans la doctrine, est bien un objectif de justice constitutionnelle, la convention permettant l'application de principes de nature constitutionnelle, car relatifs à la nature du régime politique et considérés comme fondamentaux pour son fonctionnement. Les conventions sont « *l'expression des principes qui régissent les rapports réciproques des institutions qui composent la constitution* »²⁵²⁰.

1785. Dicey considérait ainsi que l'objectif majeur des conventions est d'assurer que le Parlement et le Cabinet donnent effet à la volonté du souverain politique à savoir à la majorité

²⁵¹⁸ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., pp. 8-9: Pour cet auteur, la formation d'une convention peut emprunter trois voies différentes: celle de la répétition de précédents qui est considérée comme ayant donné naissance à une règle à caractère obligatoire. La deuxième voie est bien plus rapide et voit une convention apparaître par un simple accord entre les différentes institutions sur l'existence et le caractère obligatoire d'une règle de conduite. Cette dernière selon l'auteur ne prend alors pas sa source dans la coutume. La dernière voie est celle où une convention se forme sur la base d'un principe de gouvernement qui lui fournit une raison ou une justification. ; JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 136 : Pour cet auteur, une convention ne peut être formée que si 3 critères sont réunis. 1) il faut des précédents, 2) il faut que les acteurs se sentent liés par une règle et 3) il faut qu'une raison vienne justifier la règle. Ces trois éléments n'ont néanmoins pas la même importance dans sa vision, comme le fait remarquer Geoffrey Marshall ; voir MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 11: « *Jennings indeed allots some importance to reasons since he says that precedents may not decide the matter and that whilst a number of precedents may not establish a rule, a single precedent with a good reason can establish a rule.* ».

²⁵¹⁹ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 136: Jennings considère que si le précédent est nécessaire, il n'est pas suffisant: « *a single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedent without such a reason will be of no avail, (...)* ».

²⁵²⁰ BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non-écrite - une introduction au droit politique britannique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1^{ère} édition, 2008, 315 p., p. 177.

des électeurs ou encore à la Nation²⁵²¹. L'établissement des conventions de la Constitution sert ainsi à rendre le fonctionnement du pouvoir politique des représentants conforme à l'idée selon laquelle les électeurs sont les « *souverains politiques* »²⁵²². Geoffrey Marshall soulignait, quant à lui, que « *l'objectif majeur des conventions nationales est de donner effet aux principes de responsabilité gouvernementale qui constitue la structure du gouvernement responsable.* »²⁵²³. On retrouve à peu près la même idée chez Holdsworth pour qui les conventions ont toujours comme objectif de faire en sorte que la pratique constitutionnelle soit conforme à la théorie constitutionnelle prévalante de l'époque²⁵²⁴.

1786. Selon Jennings une convention existe si trois conditions sont réunies : 1) l'existence d'au moins un précédent, 2) les acteurs doivent se sentir liés par la règle, 3) la règle doit être justifiée par une raison légitime²⁵²⁵. L'auteur n'accorde néanmoins pas la même importance à ces trois critères et considère ainsi que ni l'établissement d'un précédent ni l'existence du sentiment d'être soumis à une contrainte ne sont suffisants pour établir l'existence d'une convention²⁵²⁶. L'élément indispensable est que la convention soit justifiée par une « *raison* » qui est celle de la mise en conformité de l'objet de la convention à une philosophie politique dominante²⁵²⁷. Les conventions, poursuit Jennings, permettent au système démocratique de fonctionner²⁵²⁸.

1787. Dans la doctrine contemporaine, David Feldman, endossant l'opinion de Peter Morton, rappelait ainsi que les conventions naissent et fonctionnaient dans le cadre d'une tradition constitutionnelle britannique²⁵²⁹. Cette tradition consiste, selon Feldman, dans le

²⁵²¹ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, op. cit., p. 285: "Their end is to secure that Parliament, or the Cabinet which is indirectly appointed by Parliament, shall in the long run give effect to the will of that power which in modern England is the true political sovereign of the State – the majority of the electors (...) or the nation."

²⁵²² *Ibid.*

²⁵²³ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 18: "(...), the major purpose of the domestic conventions is to give effect to the principles of governmental accountability that constitute the structure of government."

²⁵²⁴ HOLDSWORTH William Searle. « The Conventions of the Eighteenth Century Constitution », *Iowa Law Review*, Vol. XXVII, n°2, pp. 161-180.p. 163: "In the second place, these conventions are always directed to secure that the constitution works in practice in accordance with the prevailing constitutional theory of the time."

²⁵²⁵ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 136: "We have to ask ourselves three questions : first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule?"

²⁵²⁶ *Ibid.* : "For neither precedents nor dicta are conclusive. Something more must be added."

²⁵²⁷ *Ibid.*: "As in the creation of law, the creation of a convention must be due to the reason of the thing because it accords with the prevailing political philosophy."

²⁵²⁸ *Ibid.*: "It helps to make the democratic system operate; it enables the machinery of State to run more smoothly; and if it were not there friction would result."

²⁵²⁹ FELDMAN David. "Constitutional Conventions" In *The British Constitution: Continuity and Change*, A Festschrift for Vernon Bogdanor, edited by Matt Qvortrup, Oxford and Portland, Oregon, Hart

respect de certaines valeurs fondamentales -ou principes- comme l'idée de gouvernement par consentement, de liberté individuelle, de pluralisme et de la contestation en tant qu'essence de la vie politique et des règles éthiques de fonctionnement politique²⁵³⁰. Cette tradition, poursuit plus loin l'auteur, est essentielle car forme « *le cœur et l'essence de la constitution* »²⁵³¹. « *Les conventions constitutionnelles sont une expression-clé de cette tradition et elles donnent sa légitimité à la Constitution.* »²⁵³².

1788. Le lien entre convention et justice constitutionnelle est également exprimé par Jeffrey Goldsworthy, qui considère qu'une règle conventionnelle revient à appliquer à l'exercice de la vie politique des principes de moralité politique²⁵³³.

1789. Si la naissance et l'objectif d'une convention de la Constitution sont tous deux liés à la justice constitutionnelle, il en est de même pour l'application fidèle et continue des conventions dans le temps.

2) *L'application actuelle des conventions, un exercice de la justice constitutionnelle*

1790. Au niveau de son application, la convention s'affirme également comme un outil d'exercice de la justice constitutionnelle. En appliquant aux circonstances de la politique quotidienne les conventions de la Constitution les acteurs de ces dernières (ministres, parlementaires, juges) se font les défenseurs de l'ordre constitutionnel britannique et s'assurent que le déroulement de la politique se conforme bien à des principes constitutionnels supérieurs. De ce point de vue d'ailleurs la logique qui sous-tend les conventions de la Constitution trouve quelques points communs avec celle inhérente au contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'une constitution écrite et rigide voulue par le peuple. Il s'agit là aussi d'appliquer au

Publishing, 2013, 202 p., pp. 93-119, p. 95: "*Constitutional conventions are a key expression of that tradition, and they provide legitimacy to the Constitution.*"

²⁵³⁰ *Ibid.* : "*First, conventions arise from and operate within a constitutional tradition which, in the UK, is one of respect for fundamental values, including government by consent, individual freedom, diversity of opinion, contestation as the essence of political life and ethical standards of behaviours in politics.*"

²⁵³¹ *Ibid.* : "*It is this tradition, not law, which is the core and essence of the Constitution.*"

²⁵³² *Ibid.*

²⁵³³ GOLDSWORTHY Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 336 p., p. 252: "*These conventions are constituted by general agreement among government officials that, for reasons of political morality, they should exercise, or refrain from exercising, their legal powers in particular ways*".

fonctionnement du régime politique des règles et éléments constitutionnels jugés supérieurs, selon des modalités toutefois foncièrement différentes²⁵³⁴.

1791. L'analyse de quelques conventions fondamentales du régime politique britannique révèle aisément en quoi elles jouent un rôle dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Elle montre comment ces règles correspondent à l'application par les acteurs politiques étatiques de principes supérieurs au fonctionnement de la vie politique. Holdsworth notait ainsi que « *les conventions du XVIIIème siècle visaient à garantir le maintien d'un système de pouvoirs divisés et de freins et contrepoids* »²⁵³⁵ et que « *les conventions du XIXème siècle et XXème siècle visent à garantir la prédominance politique de la Chambre des Communes* »²⁵³⁶.

1792. Ainsi, la prérogative royale de sanction de la législation est le fait d'une convention selon laquelle le monarque se doit de donner son accord à la législation votée par le Parlement de Westminster. L'idée est bien de faire en sorte que le pouvoir monarchique ne s'exerce que dans le respect des principes du régime représentatif, démocratique et parlementaire²⁵³⁷.

²⁵³⁴ En outre, les conventions s'éloignent des décisions juridictionnelles en ce qui concerne leur caractère public et leur transparence. La différence existe aussi d'un point de vue temporel : alors que les décisions/arrêts rendus par les juridictions reçoivent une date certaine, la formation d'une convention, elle, s'effectue davantage sur le long terme et est donc plus difficile à dater. La différence tient ensuite aux modalités de résolution du conflit. Dans le cas d'une juridiction, c'est un tiers qui règle le litige. Dans le cas des conventions, c'est l'ensemble des acteurs directement concernés par le litige qui règle ce dernier. Dans le premier cas, le mode tryadique de résolution des conflits présenté par Alec Stone Sweet se réalise, dans le second non.

Une différence importante existe néanmoins entre le contrôle de constitutionnalité et les conventions de la Constitution en ce que les deuxièmes n'impliquent pas de contrôler un acte inférieur par rapport à la constitution mais plus de confronter une règle constitutionnelle écrite ou non écrite avec une autre règle constitutionnelle écrite ou non écrite. Ainsi, dans le domaine des prérogatives de la Couronne l'objectif des conventions est de rendre compatible ces prérogatives -qui sont par nature des règles constitutionnelles- avec des principes constitutionnels comme ceux de la représentation, du parlementarisme ou encore de la démocratie. Comme le précisait Dicey, si ces prérogatives sont par convention exercées par des ministres qui font partie d'une des deux Chambres du Parlement de Westminster et qui ont la confiance de la Chambre des Communes c'est pour faire en sorte que l'exercice des pouvoirs royaux entre en conformité avec ce que souhaite la Chambre des Communes et, par conséquent, la volonté des électeurs. Cela vient faire en sorte que les prérogatives royales entrent en conformité avec le principe -que l'on trouve écrit dans la plupart des constitutions- que le pouvoir de décision (pouvoir de suprématie) appartient au peuple qui l'exerce par le biais de ses représentants.

²⁵³⁵ HOLDSWORTH William Searle. « The Conventions of the Eighteenth Century Constitution », *op. cit.*, p. 162: "I shall show you in this lecture that conventions existed in the eighteenth century constitution, directed to the maintenance of that system of divided powers and of checks and balances, which are the characteristic marks of the constitution in that century."

²⁵³⁶ *Ibid.* : " (...) and that those conventions are necessarily very different from the nineteenth century conventions, which are directed to securing, through the system of cabinet government, that the will of the House of Commons shall ultimately prevail."

²⁵³⁷ BARBER Nick. "Nick Barber: Can Royal Assent Be Refused on the Advice of the Prime Minister?", *UK Constitutional Law Association*, 25th September 2013, [en ligne], [consultée le 11 mars 2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/09/25/nick-barber-can-royal-assent-be-refused-on-the-advice-of-the-prime-minster/> : "The point of the convention on royal assent is to uphold the primacy of the democratic element of the constitution in the making of law."

1793. Dans la même idée et comme l'affirme Dicey, la règle selon laquelle les prérogatives royales doivent être exercées par des ministres qui sont membres d'une des deux Chambres du Parlement et qui ont la confiance de la Chambre des Communes, a pour objectif de rendre conforme l'exercice des prérogatives royales avec les principes du régime parlementaire et démocratique. En effet, cette convention signifie que « *la portion élective de la législature, par un processus indirect, nomme le gouvernement, et, qu'en plus, la Couronne, (...), doit mettre en œuvre, (...), les souhaits de la Chambre des Communes.* »²⁵³⁸.

1794. La convention Salisbury illustre également bien en quoi une règle conventionnelle (et l'ensemble des acteurs qui la forgent) dans son existence contribue à l'exercice de la justice constitutionnelle. Comme le rappelle la Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des Lords, « *La Convention de Salisbury fait spécifiquement référence aux politiques qui ont été présentées à l'électorat et votées directement et, en tant que telles, sont perçues comme ayant une forme de la légitimité démocratique directe* »²⁵³⁹. En imposant à la Chambre des Lords de ne pas freiner l'examen et l'adoption d'un projet de loi qui met en œuvre un programme politique soutenu par le peuple lors d'élections générales, cette Convention a pour but de s'assurer que l'exercice de la fonction législative est conforme au principe démocratique. Ce faisant, elle contribue à l'exercice de la justice constitutionnelle et à la défense de l'ordre constitutionnel.

1795. En outre, comme il a été affirmé plus tôt, il est possible d'affirmer à la manière de Geoffrey Marshall que le principe constitutionnel de suprématie du Parlement est soumis à une convention selon laquelle ce dernier ne peut exercer le pouvoir de manière tyrannique ou oppressive²⁵⁴⁰. Cette convention repose sur les principes constitutionnels du constitutionnalisme et du *rule of law*. Cette règle conventionnelle est le fondement de la limitation du pouvoir du Parlement et ainsi de sa responsabilité constitutionnelle. L'idée de la convention est donc bien de s'assurer que l'exercice du pouvoir est conforme à des principes

²⁵³⁸ DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, op. cit., p. 286 : "The rule that the powers of the Crown must be exercised through Ministers who are members of one or other House of Parliament and who 'command the confidence of the House of Commons', really means, that the elective portion of the legislature in effect, though by an indirect process, appoints the executive government; and, further that the Crown (...) must ultimately carry out, or at any rate not contravene, the wishes of the House of Commons."

²⁵³⁹ House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Salisbury-Addison Convention*, op. cit., p. 2 : "The Salisbury Convention refers specifically to policies which have been put before the electorate and voted on directly and as such are perceived to have a form of direct democratic legitimacy."

²⁵⁴⁰ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 9: "Though it is rarely formulated as a conventional rule the most obvious and undisputed convention of the British constitutional system is that Parliament does not use its unlimited sovereign power of legislation in an oppressive or tyrannical way. That is a vague but clearly accepted conventional rule resting on the principle of constitutionalism and the rule of law."

constitutionnels fondamentaux. D'autres exemples sont possibles notamment dans le domaine de la dévolution, où certaines lois sont venues conditionner la modification des institutions dévolues à la tenue d'un référendum. Même si l'hypothèse de la sanction par un juge d'une loi qui ne respecterait pas cette condition est incertaine, celle de la sanction politique d'un gouvernement qui procéderait ainsi l'est moins. Il est possible d'en déduire l'existence d'une convention selon laquelle l'abolition des institutions dévolues ne peut se faire qu'après consultation du peuple. Là encore, il s'agit de rendre compatible la dévolution et le principe de souveraineté du Parlement avec les principes démocratiques.

1796. Si les conventions emportent, au moment de leur naissance ou de leur application dans le temps, exercice de la justice constitutionnelle, il en va ainsi de même pour les règles conventionnelles relatives au monarque. Ces conventions sont révélatrices de la place du monarque dans la justice constitutionnelle et des zones d'ombre qui l'entourent.

3) Les conventions relatives au monarque et l'exercice royal de la justice constitutionnelle

1797. Les conventions de la Constitution relatives à la prérogative royale et les débats qu'elles ont suscités nous éclairent sur le rôle joué par le ou la monarque dans le régime politique et dans la justice constitutionnelle britannique. La prérogative royale désigne un ensemble de pouvoirs du monarque relatifs à la fois aux affaires internationales et nationales. Dans la sphère internationale, la prérogative comprend : le pouvoir de faire des déclarations de guerre et de paix, le pouvoir de signer les traités, le pouvoir de reconnaître un État étranger, les relations diplomatiques et celui de disposer des forces armées à l'étranger²⁵⁴¹. Dans la sphère nationale, la prérogative comprend notamment²⁵⁴² : le pouvoir de désigner les ministres, de consentir aux projets de lois, d'attribuer des distinctions honorifiques et celui de convoquer le Parlement.

²⁵⁴¹ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law, op. cit.*, p. 93: L'auteur donne une liste complète des conventions dans le cadre international. Y figurent : « *the power to make declarations of war and peace* », « *power to enter into treaties* », « *the recognition of foreign states* », « *diplomatic relations* » and « *disposition of the armed forces overseas* ».

²⁵⁴² *Ibid.* L'auteur donne une liste complète des conventions dans le cadre national. Y figurent : « *the summoning of Parliament* », « *appointment of ministers* », « *royal assent to Bills* », « *the granting of honours* », « *defence of the realm* », « *the keeping of peace* », « *the protective jurisdiction of the courts in relation to children* », « *the power to stop criminal prosecutions* », « *reduction of sentences* », « *pardoning of offenders* », and « *the right to royal fish and swans* ».

1798. Même si juridiquement ces pouvoirs appartiennent au monarque, ils sont par Convention exercés exclusivement à la demande du conseil des ministres. Ce faisant, la prérogative semble ne pas pouvoir refléter la vision constitutionnelle du monarque sinon celle du gouvernement demandeur. Néanmoins, la question de savoir si cette convention prive le ou la monarque de toute autonomie dans la mise en œuvre de la prérogative s'est posée dans la doctrine.

1799. Comme le rappelle Geoffrey Marshall, alors que la « *théorie automatique* » semble rejeter l'idée que le monarque puisse refuser à un ministre d'utiliser la prérogative, la théorie défendue par Anson et Bagehot²⁵⁴³ revient à considérer que le monarque peut, dans certaines circonstances, se détacher des ministres et agir par sa propre volonté. Selon que l'on adopte la première ou la seconde théorie, les implications pour le rôle du monarque dans l'exercice de la justice constitutionnelle ne sont évidemment pas identiques. Ainsi, dans le cadre du pouvoir d'apporter la sanction royale à un projet de loi²⁵⁴⁴, le monarque est appelé à jouer un rôle différent dans la justice constitutionnelle selon que l'on raisonne dans le cadre de la première ou de la deuxième théorie.

1800. Dans la première, le monarque n'a pas le choix et doit sanctionner un projet de loi qui est passé par toutes les étapes de la procédure législative. Dans la seconde, celui-ci pourrait refuser d'apporter sa sanction par exemple, s'il considère que le *bill* viole outrageusement un pilier du droit constitutionnel britannique. Cette option a été abordée par Geoffrey Marshall²⁵⁴⁵. En dépit des possibilités laissées par les discussions académiques et doctrinales, il semble qu'aujourd'hui la « *théorie automatique* » l'ait emportée et que le rôle du monarque dans la justice constitutionnelle soit, de ce point de vue, moindre. Il exerce la justice constitutionnelle mais, contrairement aux autres acteurs étudiés, ne le fait que sur demande d'une autre institution ou dans le cadre d'une pratique politique lui enlevant tout pouvoir de volonté propre. Tant le déclenchement que le contenu de la décision du monarque sont déterminés par les conventions. Par convention, il est donc tenu d'apporter sa sanction aux *bills*

²⁵⁴³ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 21: « *Despite the authority of Bagehot and Anson some have rejected the constitutional property of such a course of action and propounded a so called 'automatic theory'. On this theory no rejection of the considered advice of Ministers currently in office is ever permissible.* ».

²⁵⁴⁴ BARBER Nick. "Nick Barber: Can Royal Assent Be Refused on the Advice of the Prime Minister?", op. cit.

²⁵⁴⁵ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 22 : l'auteur envisage possible l'hypothèse où la Reine refuse de sanctionner un *bill* introduit par le gouvernement qui ne respecterait pas les conditions de forme stipulées dans un *Bill of Rights*.

adoptés par les deux Chambres du Parlement²⁵⁴⁶. De manière générale, Hilaire Barnett rappelle qu'une majorité des pouvoirs de la prérogative est exercée par le gouvernement ou les juges de Sa Majesté en son nom²⁵⁴⁷.

1801. Le rôle du monarque dans la justice constitutionnelle se comprend essentiellement au regard des trois droits qui, selon Walter Bagehot, lui reviennent : « *le droit d'être consulté* », « *le droit d'encourager* » et « *le droit d'avertir* »²⁵⁴⁸. Ces trois droits permettent à la Reine de jouer un rôle indispensable dans l'application et le respect des règles constitutionnelles. Ce rôle bien qu'indispensable est néanmoins un rôle d'influence, la Reine ne peut contraindre le Cabinet à ne pas entreprendre une politique car elle serait inconstitutionnelle. Elle peut néanmoins en discuter avec lui, l'en avertir et faire jouer son influence.

1802. Du « *droit d'être consulté* », découle pour le Cabinet, et spécifiquement pour le Premier ministre, l'exigence d'informer la Reine. « *Il est tenu de veiller à ce qu'elle sache tout ce qu'il y a à savoir sur la politique éphémère de la nation.* »²⁵⁴⁹. « *Elle a, par un usage rigide, le droit de se plaindre si elle ne connaît pas tous les grands actes de son ministère, non seulement avant qu'ils ne soient accomplis, mais aussi pendant qu'il est encore temps de les examiner - alors qu'il est encore possible qu'ils ne soient pas accomplis.* »²⁵⁵⁰. Ce droit d'être consulté donnera au monarque les informations suffisantes pour évaluer les possibles répercussions que des agissements du Cabinet pourraient avoir sur la Constitution.

1803. Peut également être rapproché de ce droit d'être consulté, la convention de la Constitution selon laquelle la Reine est censée donner son consentement pour que certains projets de lois soient déposés au Parlement. C'est la procédure du *Queen's consent* selon laquelle « *les projets de loi qui affectent directement les intérêts privés ou les prérogatives du souverain (qui sont relativement peu nombreux et lointains) sont censés obtenir le consentement*

²⁵⁴⁶ D'ailleurs, le monarque n'a plus refusé d'apposer la sanction royale à un *bill* depuis le XVIIIème siècle où la Reine Anne refusa de sanctionner un *Militia Bill* en 1707.

²⁵⁴⁷ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law, op. cit.*, p. 92: "First, by convention, the majority of powers are exercised by Her Majesty's government or Her majesty's judges in her name."

²⁵⁴⁸ BAGEHOT Walter. *The English Constitution, op. cit.*, p. 85: "To state the matter shortly, the sovereign has, under a constitutional monarchy such as ours, three rights - the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn."

²⁵⁴⁹ *Ibid.*: "He is bound to take care that she knows every thing which there is to know as to the passing politics of the nation."

²⁵⁵⁰ *Ibid.*: "She has by rigid usage a right to complain if she does not know of every great act of her ministry, not only before it is done, but while there is yet time to consider it - while it is still possible that it may not be done."

de la Reine à la Chambre »²⁵⁵¹. Même si ce droit pour la Reine d’être consultée ne peut être considéré comme un droit de veto, il pose néanmoins questions sur les influences que le monarque peut exercer sur la législation -et notamment sur la législation de nature constitutionnelle- au titre de cette procédure. Cela a fait l’objet d’une polémique récente, portée par le journal *the Guardian* dans plusieurs articles, dont un publié le 8 février 2021²⁵⁵². Le journal révèle ainsi que le monarque aurait exercé une influence sur plusieurs lois à l’aide de cette procédure qui aurait été utilisée dans un sens contraire à celui attendu. C’est ainsi qu’en 1970, la Reine aurait persuadé les ministres du gouvernement de modifier une loi sur la transparence afin de dissimuler sa richesse privée au public. Ce genre de révélations – troublantes et entourées de nombreuses zones d’ombre- rend difficile l’évaluation précise de l’influence de la Reine sur la législation et ce faisant les modalités précises de son intervention dans la justice constitutionnelle.

1804. Le « *droit d’encourager* » peut avoir des répercussions sur la justice constitutionnelle quand il mène à l’application d’une règle constitutionnelle. Ainsi, quand le monarque reçoit le Premier ministre, issu d’une majorité nouvellement élue à la Chambre des Communes, et l’invite à former un gouvernement en son nom, elle ne fait qu’appliquer une convention de la Constitution, une règle constitutionnelle.

1805. Le « *droit d’avertir* » permet également au monarque de tenir un rôle dans la justice constitutionnelle, il lui permet par exemple d’avertir des répercussions constitutionnelles d’une politique ou d’un agissement ministériel.

1806. Le statut de monarque constitutionnel, limité et encadré fortement par les règles constitutionnelles, lui confère une place de « *partie digne* » de la Constitution selon Walter Bagehot²⁵⁵³.

²⁵⁵¹ EVANS Paul. *Braking the Law – Is There, and Should There be, an Executive Veto Over Legislation in the UK Constitution?*, The Constitution Unit, October 2020, 46 p., p. 13 : “*Bills which directly affect the sovereign’s private interests or prerogative powers (which are relatively few and far between) are expected to have Queen’s consent signified to the House by a Privy Counsellor before their third reading can be moved.*”.

²⁵⁵² PEGG David, EVANS Rob, BARTON Michael. “*Royals vetted more than 1,000 laws via Queen’s consent*”, *The Guardian*, 8th February, [en ligne], [consultée le 05/03/2021], <https://www.theguardian.com/uk-news/2021/feb/08/royals-vetted-more-than-1000-laws-via-queens-consent>.

²⁵⁵³ EVANS Paul. *Braking the Law – Is There, and Should There be, an Executive Veto Over Legislation in the UK Constitution?*, *op. cit.*, p. 44: “*No one can approach to an understanding of the English institutions, or of others which, being the growth of many centuries, exercise a wide sway over mixed populations, unless he divide them into two classes. In such constitutions there are two parts (not indeed separable with microscopic accuracy, for the genius of great affairs abhors nicety of division) first, those which excite and preserve the reverence of the population - the dignified parts, if I may so call them; and next, the efficient parts - those by which it, in fact, works and rules.*”.

1807. Les conventions constituent des outils de justice constitutionnelle dans la mesure où elles reviennent, nous l'avons dit, à appliquer aux circonstances de la politique ordinaire des principes constitutionnels. Mais les règles conventionnelles peuvent présenter un autre point de connexion de la justice constitutionnelle puisque certaines d'entre elles ont été utilisées comme des outils de résolution de conflits d'interprétations constitutionnelles.

B) Les conventions, outils de résolution de conflits d'interprétations constitutionnelles

1808. Les Conventions sont des outils d'exercice de justice constitutionnelle dans la mesure où elles peuvent être le résultat de conflits institutionnels relatifs à l'interprétation de la Constitution²⁵⁵⁴. L'élaboration d'une convention correspond ainsi à la victoire d'une interprétation constitutionnelle sur d'autres.

1809. Comme le rappelle David Feldman, chaque institution tend à interpréter la constitution d'une manière qui lui est favorable ou qui est centrée intégralement sur sa propre position dans le système considéré²⁵⁵⁵. Cette tendance des institutions à n'interpréter la constitution qu'en fonction de leur situation respective conduit alors à l'apparition de conceptions de la constitution qui vont entrer en conflit²⁵⁵⁶.

1810. La formation d'une convention correspond ainsi, selon Carlos-Miguel Pimentel, à un « *conflit surmonté* », à un conflit entre différentes interprétations constitutionnelles qui a été résolu. Cette résolution est passée par la victoire d'une des interprétations constitutionnelles en présence, finalement acceptée et érigée en obligation par ceux qui y étaient opposés. Cette acceptation par les « *perdants* » doit être volontaire et relève du choix, selon Carlos-Miguel Pimentel²⁵⁵⁷.

²⁵⁵⁴ FELDMAN David. "Constitutional Conventions", *op. cit.*, p. 94: "Secondly, constitutions are concerned with managing disagreement and tension between institutions. Each institution builds up its own picture of the constitution as viewed from its own position within it (...). Constitutional conventions are among the instruments for managing those conflicts, as well as for implementing consensus on the occasions (rare in democracies) where it can be found."

²⁵⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁵⁷ PIMENTEL Carlos-Miguel. "Les conventions de la constitution ou le conflit surmonté", *Encyclopédie de droit politique*, [en ligne], [consultée le 29 mars 2014], <http://droitpolitique.com/publications/article/367/les-conventions-de-la-constitution-ou-le-conflit-surmonte>: « dans le cas de la convention, celui qui observe la règle est parfaitement conscient de ce qu'il pourrait aussi envisager de l'enfreindre. Son attitude relèvera d'un choix, conscient et délibéré, tandis qu'à contrario, dans le cas des mœurs constitutionnelles, la règle aura été à ce point intériorisée qu'il ne viendra à personne l'idée de la remettre en cause, même à titre purement hypothétique. ».

1811. Pour d'autres auteurs, comme Jennings ou Marshall, les acteurs du système doivent se sentir contraints par la règle conventionnelle²⁵⁵⁸. Les conventions représentent, selon Marshall, la « *moralité critique de la constitution* »²⁵⁵⁹. C'est cette interprétation constitutionnelle victorieuse qui acquiert le statut de convention de la Constitution. Cette dernière requiert ainsi l'établissement d'un consensus quant à son existence et à la nécessité de s'y conformer²⁵⁶⁰.

1812. C'est le cas par exemple de la convention selon laquelle un cabinet ne disposant pas de la confiance parlementaire est contraint à la démission. Avant que cette convention n'apparaisse, tant la majorité, que l'opposition, et le monarque, étaient en profond désaccord sur la question de savoir si « *la chambre basse a (...) le droit de contraindre les ministres à démissionner* » ou bien s'ils sont « *libres de tenter de se maintenir* »²⁵⁶¹. Plusieurs interprétations de la constitution -étaient en conflit : une interprétation parlementaire dans laquelle la confiance de la Chambre basse était indispensable à la survie d'un gouvernement ; une interprétation royaliste où l'établissement et la résignation d'un gouvernement découlaient des seuls souhaits du monarque.

1813. La date de sa résolution est incertaine même si la date souvent citée est celle de 1782 et de la démission de Lord North²⁵⁶². Cette date ne semble néanmoins pas être celle de la naissance de la règle conventionnelle selon Carlos-Miguel Pimentel, dans la mesure où si la majorité de Lord North et l'opposition s'accordaient sur le principe qu'un vote de défiance à la Chambre des Communes contraindrait le Premier ministre à la démission, le Roi Georges III, lui, refusait d'accorder un tel effet au vote de défiance. Georges III voyait le régime parlementaire comme « *une forme intolérable d'oligarchie, usurpant à la fois le pouvoir du roi et celui des sujets* »²⁵⁶³. Pour le Roi, le Cabinet était un « *organe autoproclamé et*

²⁵⁵⁸ JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 135: « *It is clear, in the first place, that mere practice is insufficient. The fact that an authority has always believed in a certain way is no warrant for saying that is ought to behave in that way. But if the authority itself and those connected with it believe that they ought to do so, then the convention does exist.* ».

²⁵⁵⁹ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 12: « *The alternative possibility is that conventions are the rules that the political actors ought to feel obliged by, if they have considered the precedents and reasons correctly. This permits us to think of conventions as the critical morality of the Constitution.* ».

²⁵⁶⁰ PIMENTEL Carlos-Miguel. « Les conventions de la constitution ou le conflit surmonté », op. cit.: « (...) *la convention se distingue de la simple prétention juridique dans la mesure où cette dernière n'est pas reconnue par les autres acteurs institutionnels, et ne recueille pas le consensus qui nous semble indispensable pour qu'on puisse parler de convention.* ».

²⁵⁶¹ Ibid.

²⁵⁶² Ibid. : « *On donne, dans à peu près tous les manuels, la date de 1782 comme celle de l'inauguration du parlementarisme, avec la démission de Lord North et de son cabinet.* ».

²⁵⁶³ Ibid.

inconstitutionnel, conçu pour usurper ses pouvoirs par la coalition inadmissible de quelques puissants pairs du royaume avec leurs affidés aux Communes »²⁵⁶⁴. Ainsi, si 1782 ne marqua pas la résolution du conflit, il s'atténuera dans les décennies suivantes selon l'auteur, au profit de l'interprétation royaliste. Dans les années 1790, la thèse de la responsabilité parlementaire était ainsi encore marginale.

1814. La formation d'une convention peut, comme pour une décision juridictionnelle de justice constitutionnelle, trouver sa source dans l'affrontement de plusieurs interprétations constitutionnelles opposées issues d'institutions différentes. Comme une juridiction constitutionnelle, l'arène politique dans laquelle se forment les règles conventionnelles est un lieu de résolution de litiges sur l'interprétation constitutionnelle. C'est un lieu de rencontre institutionnelle et d'exercice de la justice constitutionnelle.

1815. Si les conventions sont d'importants d'outils d'exercice justice constitutionnelle c'est aussi parce qu'elles permettent aux représentants d'exercer une influence considérable sur cette même justice. Cette influence a néanmoins ses limites.

II) Les conventions, une influence des représentants forte mais limitée

1816. Par le prisme des conventions de la Constitution les représentants interviennent depuis longtemps dans la définition et la protection de règles constitutionnelles. Par le biais des conventions, les représentants exercent une emprise capitale sur la justice constitutionnelle (A). Cette emprise n'est néanmoins pas exempte de limites (B).

A) Les conventions de la Constitution et l'emprise des représentants sur la justice constitutionnelle

1817. Par le biais des conventions de la Constitution, les représentants exercent une influence capitale sur l'exercice de la justice constitutionnelle au Royaume-Uni. Cela s'observe notamment par le nombre important de règles constitutionnelles essentielles (comme celles relatives à l'exercice des pouvoirs de la Couronne ou au fonctionnement du régime

²⁵⁶⁴ *Ibid.*

parlementaire) qui ont une nature conventionnelle. Les conventions constituent un outil important de justice constitutionnelle au regard de l'ancienneté de certaines d'entre elles. Elles constituent des interprétations constitutionnelles qui -avec l'évolution des rapports de force entre parlementaires et monarques et entre Cabinet et monarque- se sont imposées dans le paysage politique et constitutionnel et qui font l'objet d'un consensus.

1818. Les conventions fixent des règles constitutionnelles assorties de sanctions, toutefois différentes de celles relatives aux règles constitutionnelles justiciables. Quirino Carmelengo précise ainsi que « *l'inobservation des règles conventionnelles n'est pas dépourvue de conséquences négatives pour les sujets qui ont mis en œuvre cette transgression.* »²⁵⁶⁵. La sanction est de nature politique et réside, comme le précise Pierre Avril²⁵⁶⁶, dans le principe de responsabilité. Celui ou celle qui va à l'encontre d'une convention de la Constitution risque de voir sa responsabilité constitutionnelle engagée. Cette dernière peut se faire à travers tout mécanisme politique permettant de renverser un gouvernant. La responsabilité politique ici, ne saurait se réduire à la responsabilité propre au régime parlementaire (donc à la seule responsabilité du Cabinet devant le Parlement) mais bien plus englober tout mécanisme formel ou informel menant à la destitution d'un gouvernant. Ainsi, cela pourrait concerner les révolutions qui seraient déclenchées par l'irrespect de conventions, considérées comme consubstantielles au régime politique britannique. Il est possible d'imaginer la situation où le monarque anglais violerait la convention d'assentiment royal automatique à la législation en y apposant constamment son veto. Cela pourrait mener à une révolution populaire ou à une redéfinition des pouvoirs du monarque au travers d'une loi parlementaire comme en 1688. C'est au travers de la sanction de l'irrespect d'une convention que pourrait être observée la nécessaire interaction entre les différents acteurs de la justice constitutionnelle : le peuple, les gouvernants, les juges.

1819. Néanmoins, et comme l'affirme Hilaire Barnett, il est difficile d'identifier, pour toutes les conventions, une conséquence unique en cas de violations²⁵⁶⁷. Tout dépendra de la

²⁵⁶⁵ CAMERLENGO Quirino. « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, vol. 1, n°101, pp. 3-25, p. 8.

²⁵⁶⁶ AVRIL Pierre. *Les conventions de la constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 202 p. p. 154 : « Si les conventions présentent un caractère normatif, leur sanction est exclusivement politique. D'un point de vue strictement positiviste, elles relèvent en effet de la catégorie des pratiques politiques dont la juridiction constitutionnelle n'a pas à connaître, puisque la conformité aux dispositions écrites de la Constitution est la seule référence qui guide son contrôle(...). La sanction des comportements que les conventions prescrivent ne peut dès lors être que politique et repose sur la responsabilité ; ».

²⁵⁶⁷ BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, op. cit., p. 34: « *The question of consequences that flow from a breach of a conventional rule constitutes both a simple and a complex issue. (...)* »

convention qui a été violée, de l'étendue de la violation et du climat politique dans le pays au moment de la violation. La conséquence d'une violation d'une convention est donc difficile à prévoir. Elle peut également être difficile à identifier si les différents acteurs ne s'entendent pas sur les implications de la convention. Dans certaines circonstances, les zones d'ombre relatives au contenu d'une convention pourront jouer en faveur de l'institution qui a le plus fort pouvoir de décision constitutionnelle : le Premier ministre et le Cabinet.

1820. L'épisode du *Brexit* en est un exemple flagrant. C'est ainsi, que venant rompre avec une tradition bien établie d'application stricte de la convention Sewel, le Parlement et le gouvernement britanniques votèrent le *EU (Withdrawal) Act 2018* sans le consentement du Parlement écossais²⁵⁶⁸. C'est dans la même négligence des opinions des institutions dévolues que fut voté l'*EU (Withdrawal Agreement) Act 2020*²⁵⁶⁹. L'adoption de cette loi se fit en dépit de l'opposition des trois régions dévolues qui avaient pourtant refusé leur consentement (*legislative consent motion*²⁵⁷⁰).

1821. Ce refus de prendre en considération l'opinion formulée par les institutions écossaises, galloises et nord-irlandaises est bien lié, selon Nicola McEwen au problème inhérent aux conventions de la Constitution, leur imprécision. En effet, la convention Sewel telle que codifiée dans le *Scotland Act 2016* correspond au principe selon lequel « *il est reconnu que le Parlement du Royaume-Uni ne légifèrera normalement pas en matière de dévolution sans le consentement du Parlement écossais* »²⁵⁷¹. Toute l'ambiguïté de cette disposition repose sur celle du terme « *normalement* » qui, comme l'affirme Nicola McEwen, laisse penser que des circonstances exceptionnelles peuvent justifier de remettre en cause la convention. Il est possible ici d'affirmer que les incertitudes relatives au contenu de la convention ont pu jouer en faveur du gouvernement qui a pu, imposer sa volonté aux entités dévolues dans le cadre du *Brexit*, c'est-à-dire dans un moment de prise de décision constitutionnelle.

1822. En outre, l'influence que les représentants peuvent exercer sur la justice constitutionnelle par le biais des conventions est d'autant plus forte, que les juges refusent de

For the most part, the consequence of violating a conventional rule is political rather than legal. That said, it is not possible to offer a single consequence.”.

²⁵⁶⁸ Mc EWEN Nicola. « The Sewel convention and Brexit”, *The Constitution Unit*, 7th April 2020, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://constitution-unit.com/2020/04/07/the-sewel-convention-and-brexit/>.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*

²⁵⁷⁰ “Legislative consent motion”, *UK Parliament*, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/legislative-consent/>.

²⁵⁷¹ *Scotland Act 2016*, section 2: “*In section 28 of the Scotland Act 1998 (Acts of the Scottish Parliament) at the end add - '(8)But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament.*””.

les appliquer et de les sanctionner juridictionnellement. Cela ressortait dernièrement de la décision *Miller I* rendue en 2017 par la Cour suprême²⁵⁷² de laquelle il ressortait que : « *les juges (...) ne sont 'ni les parents ni les gardiens des conventions politiques ; ils en sont au mieux des observateurs* »²⁵⁷³. Bien plus que de laisser des pans de la Constitution britannique à la merci des interprétations des représentants (en raison du refus du juge de contrôler et de sanctionner les conventions), les juges peuvent aussi renforcer la règle conventionnelle en question, comme en témoigne également la jurisprudence *Miller I* de 2017. Dans cette décision, les juges affirmaient ainsi qu'ils pouvaient « *reconnaître le caractère opératoire d'une convention politique dans le contexte d'un contentieux visant à trancher une question de droit* »²⁵⁷⁴. Cette position de la Cour suprême est parfaitement conforme au propos de Geoffrey Marshall qui rappelait que, « *les conventions ne sont pas des sources directes de prérogatives et droits juridiques, mais elles peuvent être utilisées ou invoquées par les cours dans leur tâche d'application ou d'interprétation de règles de droit existantes.* »²⁵⁷⁵.

1823. En ce sens, les juridictions contribuent à la force de la règle conventionnelle et à la force des interventions des représentants dans la justice constitutionnelle. En effet, en rappelant l'existence d'une convention dans une décision de justice, le juge renforce le statut de la règle conventionnelle et figure parmi les acteurs qui en reconnaissent explicitement l'existence. Il s'agit ici d'un autre point de rencontre entre les différents exercices de la justice constitutionnelle : celui mené par le juge mais aussi celui mené par les autres organes politiques auxquels on attribue la formation de la convention, c'était le cas dans la jurisprudence de 1981 (souvent citée par les ouvrages britanniques) rendue par la Cour suprême du Canada²⁵⁷⁶.

1824. Une convention peut aussi être consolidée si elle est transposée dans une loi votée au Parlement. Cette transposition vient ainsi renforcer la règle qui, à l'origine, est de nature conventionnelle. La transposition donne à la convention une seconde vie : elle lui donne une autre allure -celle d'une loi ordinaire- tout en maintenant la règle qu'elle contient. De ce

²⁵⁷² *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review* [2017] UKSC 5.

²⁵⁷³ *Ibid.*, par. 146: « *Judges therefore are neither the parents nor the guardians of political conventions, they are merely observers.* ».

²⁵⁷⁴ *Ibid.* : « *As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question* ».

²⁵⁷⁵ MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, op. cit., p. 121: « *Conventions are not direct sources of legal rights and duties, but they may be used or invoked by courts in the application or interpretation of existing rules of law.* ».

²⁵⁷⁶ *Re Amendment to the Constitution of Canada* [1981] 1 SCR 753.

point de vue, la transposition peut être vue comme un renforcement du rôle de la règle conventionnelle dans l'exercice de la justice constitutionnelle. La convention continue de s'appliquer mais sous d'autres formes. La transposition la renforce car elle conforte ainsi auprès des différents acteurs du système juridique, l'importance de la règle en elle-même. En transposant une règle conventionnelle, le législateur consolide l'application de principes constitutionnels considérés comme fondamentaux dans la vie du régime politique. C'est ainsi que, suite à la violation par les Lords en 1909²⁵⁷⁷ de la convention selon laquelle la Chambre des Communes doit prédominer dans le processus législatif, le législateur l'a transposée dans une loi, le *Parliament Act* de 1911²⁵⁷⁸.

1825. De même, une convention est un outil d'exercice de justice constitutionnelle efficace dans la mesure où elle peut se voir renforcée par sa codification dans un document de *soft law*. C'est le cas de conventions relatives au fonctionnement du régime parlementaire qui ont été intégrés dans le *Cabinet Manual* ou dans le *Ministerial Code*. Cela contribue au renforcement des conventions en question, au renforcement de son effectivité et à l'exercice de la justice constitutionnelle. Aileen McHarg affirme ainsi que le but de déclarer par écrit une règle conventionnelle est d'influencer encore davantage le comportement des acteurs politiques ce qui, in fine, pourrait avoir des répercussions dans le droit positif²⁵⁷⁹.

1826. Si les conventions de la Constitution permettent aux représentants d'exercer une influence considérable sur la justice constitutionnelle britannique, celle-ci a néanmoins des limites.

B) L'influence limitée des représentants sur la justice constitutionnelle par le biais des conventions

1827. Malgré son importance constatée, la convention de la Constitution demeure un outil fragile d'exercice de la justice constitutionnelle. Elle demeure ainsi contingente du bon

²⁵⁷⁷ GUILLY Thibault. « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson. », *op. cit.* : En novembre 1909, les Lords ont ainsi refusé de voter la loi de finances, le fameux « *People's Budget* » du Chancelier de l'Echiquier Lloyd George.

²⁵⁷⁸ *Ibid.*

²⁵⁷⁹ Mc. HARG Aileen. "Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law", *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n°6, pp. 853-877, p. 862: "Nevertheless, even if the government does recognise the importance of practice, and hence that it cannot unilaterally create binding constitutional rules, this does not make the process of declaring conventions uninteresting or unimportant. On the contrary, it clearly represents a conscious attempt to influence constitutional behaviour and thus the development of new constitutional norms, but without resorting to the enactment of formal law.".

vouloir du législateur. Cela emporte des conséquences fâcheuses quand les auteurs de la convention ne correspondent pas aux auteurs de la loi.

1828. Une convention peut, en application du principe de suprématie du Parlement, être renversée ou mise de côté ponctuellement par le législateur, même si cela reste rare²⁵⁸⁰. En effet, le Parlement (et donc le gouvernement) votant une loi peut assurer sa supériorité sur une convention en la remettant en cause ou en passant outre : une expression constitutionnelle (celle du gouvernement exprimée dans la loi) remplace ou contourne une autre expression constitutionnelle (celle voulue par un ou plusieurs acteurs du système dans la convention).

1829. Le fait que le législateur puisse atteindre une convention n'a néanmoins pas que des conséquences négatives. En témoigne ainsi l'adoption *du Fixed Term Parliament Act* en 2011 qui mit un terme à une convention de la Constitution, à une interprétation constitutionnelle qui était très critiquée : celle de l'utilisation discrétionnaire par le Premier ministre du droit de dissolution. Pour Armel le Divillec l'adoption de la loi de 2011 s'ancre dans un « *large mouvement de formalisation et de juridicisation (...) du parlementarisme* »²⁵⁸¹.

1830. En outre, et à une autre échelle, le processus de formation d'une convention révèle simultanément l'importance des représentants et le rôle totalement accessoire des citoyens et de la société civile. Il est ainsi révélateur d'une fragilité démocratique de la justice constitutionnelle britannique. En effet, les règles conventionnelles naissent par un accord tacite non écrit entre les différentes institutions participants du jeu politique étatique (gouvernement, monarque, Parlement, juges). La volonté du citoyen n'est pas ici requise. Celui-ci n'interviendra qu'après coup, de manière totalement marginale, en validant implicitement un régime politique qu'il ne voudra (ou ne pourra) pas remettre en cause. Bien plus, la formation d'une règle conventionnelle peut nuire considérablement à l'exercice de la justice constitutionnelle citoyenne. En effet, il est difficile d'imaginer qu'un citoyen puisse s'exprimer constitutionnellement sur une règle (la règle conventionnelle) qui est apparue dans l'ombre de l'arène politique, sans aucune publicité. En outre, tant le caractère progressif de sa naissance que l'incertitude de son contenu rendent la convention difficilement accessible au citoyen. Enfin, ce dernier ne pourra compter sur les juridictions pour s'opposer à la mise en œuvre d'une

²⁵⁸⁰ NORTON Philip. «Une innovation constitutionnelle: des législatures à durée déterminée au Royaume-Uni», *Pouvoirs*, 2012, vol. 2, n°141, pp. 145-155.

²⁵⁸¹ LE DIVELLEC Armel. « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le Fixed-Term Parliaments Act 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, vol. V, Paris, 2013, pp. 269-280 ; REIGNER Dorothée. «Le Fixed-term parliament Act 2011- La révolution à l'anglaise», *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, vol. 3, n° 91, pp. 615-639.

règle conventionnelle : il ne lui restera que d'autres voies pour essayer d'influer la politique des représentants (par exemple les pétitions, les manifestations ou encore les élections).

1831. Le *soft law* permet au représentant d'exercer une influence remarquable sur la justice constitutionnelle. L'importance des conventions de la Constitution en témoigne, la multiplication des *Manuals*, *Codes* et *Guides* visant à influencer le comportement des politiciens également.

Section II : Les représentants dans la justice constitutionnelle et la multiplication des *Manuals*, *Codes* et *Guides*

1832. La généralisation d'un *soft law* de nature constitutionnelle s'ancre dans le mouvement plus général de massification de l'écrit relatif aux questions constitutionnelles. Cette densification de l'écrit « *constitutionnel* » a entraîné, selon Dawn Oliver, l'apparition d'une constitution fondée sur des principes normatifs. Comme le précise Dawn Oliver, « *la matière de ces nouveaux principes peut être trouvée à la fois dans le droit positif, mais aussi, d'une façon assez large, dans cette sorte de droit que l'on peut appeler le 'droit mou'*. »²⁵⁸².

1833. La généralisation des documents de *soft law* au Royaume-Uni signe notamment l'expansion d'un phénomène, celui d'inclure dans du droit souple des règles de nature constitutionnelle (I). Ce *soft law* offre aux représentants un outil supplémentaire pour exercer la justice constitutionnelle. Fondé sur le principe de l'absence de sanction juridictionnelle et d'autorégulation, ce moyen met en place un système particulier de justice constitutionnelle ; celui d'une « *autorégulation imparfaite* » (II).

I) Les *Manuals*, *Codes* et *Guides* ou la généralisation d'un *soft law* de nature constitutionnelle

1834. L'élaboration et la publication de ces *Manuals*, *Codes* et *Guides* ont contribué à une modification de la Constitution britannique et ainsi de la justice constitutionnelle au

²⁵⁸² OLIVER Dawn. «Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs». *Revue internationale de droit comparé*, 2008, vol. 60, n° 4, 2008, pp. 807-818, p. 809.

Royaume-Uni. La généralisation de ces documents contribue, avec la massification du *hard law* de nature constitutionnelle (*HRA* 1998, *CRA* 2005, *FOIA* 2000), à la stimulation de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants (A). Le phénomène d'expansion de ces documents de *soft law* équivaut à l'éclosion de règles de nature constitutionnelle écrites et codifiées (B).

A) La généralisation d'un soft law stimulant la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif

1835. Cette généralisation est récente et trouve ainsi son point de départ dans les années 1990. Jusqu'au milieu des années 1990, une part importante des règles relatives au fonctionnement gouvernemental interne n'était pas publiée²⁵⁸³ et était considérée comme relevant de « *secrets officiels* »²⁵⁸⁴.

1836. L'apparition et l'accroissement des documents de *soft law* portant sur l'organisation des pouvoirs correspond à « *un processus qui depuis 20 à 30 ans, a impliqué une codification croissante mais non statutaire du fonctionnement de la gouvernance britannique.* »²⁵⁸⁵. En 1992, les *Questions of Procedure for Ministers* furent publiées pour la première fois par le gouvernement de John Major. Ces « *Questions* » représentent la plus ancienne version du *Ministerial Code*. En 1997, à la suite de l'élection de Tony Blair, ce dernier révisa ces Questions –en suivant les recommandations de la Commission Nolan- et les publia sous le nom de *Ministerial Code*.

1837. La mise en place du *Committee on Standards in Public Life* (la Commission *Nolan*) en 1995 fut une étape importante dans la naissance et la consécration des documents de *soft law* relatifs au fonctionnement du pouvoir. Dans son premier rapport, la Commission lista 7 principes qui, selon elle, devaient être appliqués dans toutes les sphères de la vie publique²⁵⁸⁶. Outre l'affirmation de ces principes, la Commission présidée par Lord Nolan formula des recommandations qui aideront au développement futur des *Codes, Guides* ou *Manuals*. Les 7

²⁵⁸³ OLIVER Dawn. "Regulating Politics in Government" In *The Changing Constitution*, *op. cit.*, p. 321.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*

²⁵⁸⁵ BLICK Andrew, HENNESSY Peter. *The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution - The Hidden Wiping Emerges*, Institute for Public Policy Research, 2011, 47 p., p. 2: "The manual can be seen as a manifestation of a process that, over the past 20 to 30 years, has involved an increasing but non-statutory codification of the operation of UK governance."

²⁵⁸⁶ OLIVER Dawn. "Regulating Politics in Government" In *The Changing Constitution. Op. Cit.*, p 315.

principes de la Commission Nolan ont été rappelés dans un rapport de 2013 par le *Committee on Standards on Public Life*²⁵⁸⁷ qui prit la peine d'actualiser leur définition²⁵⁸⁸ : l'altruisme (*selflessness*), l'intégrité (*integrity*), l'objectivité (*objectivity*), la responsabilité (*accountability*), l'ouverture (*openness*), l'honnêteté (*honesty*) et enfin la direction (*leadership*).

1838. Les principes relatifs à l'exercice d'une charge publique tels que dégagés à l'origine par la Commission Nolan ont eu d'importantes répercussions et ont entraîné un mouvement massif de codification des bonnes pratiques au Royaume-Uni, tant au niveau de l'État central que des entités locales. Comme le rappelle Dawn Oliver, ces principes ont été par la suite intégrés dans le *Ministerial Code* et ont été repris par beaucoup d'organismes publics dont les deux Chambres du Parlement et les autorités locales²⁵⁸⁹. « *Ils sont explicitement mentionnés dans les codes ministériels du Royaume-Uni, de l'Écosse, du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord, inclus dans la documentation d'entreprise d'un grand nombre d'organisations du secteur public et constituent la base des codes de conduite exigés de toutes les autorités locales* »²⁵⁹⁰. « *Ils sont devenus les caractéristiques d'un système qui exigeait et s'appuyait sur l'autorégulation du comportement politique* »²⁵⁹¹.

1839. Le rapport de 2013 du *Committee on Standards in Public life* constatait, ainsi, une prolifération des *Codes of Conduct* comme autant de rappels des 7 principes dégagés par la Commission Nolan²⁵⁹². Ce faisant, l'exercice de la justice constitutionnelle s'est possiblement distillé dans un nombre important d'organismes, vérifiant le propos que la justice constitutionnelle ne peut être qu'imparfaitement synthétisée tant elle est l'affaire d'un très grand nombre d'acteurs.

²⁵⁸⁷ Committee on Standards in Public Life. *Standards matter - A review of best practice in promoting good behaviour in public life*, 2013, 14th report, 71 p.

²⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 23: "Leaving the principles as they are does not mean that we cannot change the words used to describe them. Since the seven principles were first formulated our understanding of the meaning of certain words has developed. ».

²⁵⁸⁹ OLIVER Dawn. "Regulating Politics in Government" In *The Changing Constitution. Op. Cit.*, p 315: "These standards have been incorporated into the Ministerial Code and adopted by many public bodies, including the two Houses of Parliament and local authorities : (...)." .

²⁵⁹⁰ Committee on Standards in Public Life. *Standards matter - A review of best practice in promoting good behaviour in public life, op. cit.*, p. 15: "The seven principles have been widely accepted as the basis of good practice throughout the public sector. They are mentioned explicitly in the UK, Scottish, Welsh and Northern Irish Ministerial Codes, included in the corporate documentation of a large number of public sector organisations and form the basis of the codes of conduct required of all local authorities. Some organisations, including the civil service, have adapted the principles to their own particular context." .

²⁵⁹¹ *Ibid.*

²⁵⁹² *Ibid.*, p. 6 : "Codes of conduct have been promulgated in most, if not all, public organisations and by many professional bodies" .

1840. Dans son rapport de janvier 2019, la Commission sur les Principes dans la Vie Publique rappela l'importance de poser des principes de bonne gouvernance pour les autorités locales. Elles « *impactent les vies de tous les jours des citoyens* »²⁵⁹³ et, notamment, l'exercice de droits constitutionnels dans la vie de tous les jours. Ainsi, « *leur proximité avec le peuple local signifie que leurs décisions peuvent directement affecter la qualité de vie des citoyens* »²⁵⁹⁴. Il est donc important d'exposer publiquement et par écrit les comportements qui doivent guider les autorités locales dans l'exercice de leur mission. Le rapport précise même que l'application des 7 principes relatifs à la Vie Publique à l'échelle locale doit relever de la responsabilité des autorités locales et non d'un organisme central. Ce mouvement de codification des bonnes pratiques a également eu des répercussions sur les institutions mises en place au Pays de Galles, en Écosse et en Irlande du Nord dans le cadre de la dévolution.

1841. Ces documents stimulent l'exercice de la justice constitutionnelle car leur objectif est de rendre publics et clairement énoncés les principes qui gouvernent le fonctionnement du pouvoir politique des représentants. Cette publicité est de nature à encourager les différents acteurs de l'ordre constitutionnel à confronter les comportements des gouvernants avec les principes fixés, et ainsi à évaluer la constitutionnalité de ces comportements. Les différents documents étudiés ici témoignent, selon les mots de Dawn Oliver, d'un processus d' « *autorégulation* » important au Royaume-Uni²⁵⁹⁵. Ainsi, le *Ministerial Code* est le produit des interventions de plusieurs premiers ministres successifs et le *Guide to Making Legislation* du *Cabinet Office*²⁵⁹⁶. Le premier *Cabinet Manual* publié en 2011 fut rédigé par plusieurs *civil servants* à la demande du Premier ministre, Gordon Brown.

1842. Ils rendent publics et clairs des principes qui doivent servir à évaluer l'action des représentants, c'est-à-dire à évaluer la conformité de cette dernière avec les premiers. L'*Institute for Government* écrivait à la Commission que "*le simple acte de publication peut signifier que le manuel deviendra un point de référence par rapport auquel les actions futures des ministres et de la fonction publique seront jugées*"²⁵⁹⁷.

²⁵⁹³ Committee on Standards in Public Life. *Local Government Ethical Standards - A Review by the Committee on Standards in Public Life*, January 2019, 20th report, 108 p., p. 10: "*Local government impacts the lives of citizens every day.*"

²⁵⁹⁴ *Ibid.*: "*Their proximity to local people means that their decisions can directly affect citizens' quality of life.*"

²⁵⁹⁵ OLIVER Dawn. "Regulating Politics in Government" In *The Changing Constitution*. *Op. Cit.*, p. 321: "*Many soft law rules have been developed or adopted in documentary form by political players themselves: hence the use of the terms 'self-regulation' in the heading to this part of the chapter.*"

²⁵⁹⁶ *Ibid.*

²⁵⁹⁷ House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Constitutional implications of the Cabinet Manual*, session 2010-2011, 6th report, vol. I, 35 p., p. 12: "*The Institute for Government suggest that*

1843. Le non-respect de ces principes par les gouvernants n'entraîne pas de sanction juridictionnelle, mais pourrait hypothétiquement entraîner une sanction d'ordre extra-juridictionnel. Ainsi, le non-respect de ces règles de *soft law* pourra stimuler les réactions et exercices de la justice constitutionnelle de « *l'opposition dans la Chambre des Communes, de la Chambre des Lords, de la presse et des sections du public* »²⁵⁹⁸. La publication de ces règles constitutionnelles dans ces *Codes* ou *Manuals* rappelle ainsi la responsabilité constitutionnelle du gouvernement c'est-à-dire son devoir d'agir en promouvant les règles constitutionnelles.

1844. La généralisation de ce *soft law* a indéniablement cherché à accentuer la responsabilité constitutionnelle des représentants. En cela, il fait partie des outils permettant l'exercice de la justice constitutionnelle. Cela semble d'autant plus évident que ce *soft law* présente un contenu qui ressemble profondément à celui d'une constitution.

B) La généralisation d'un soft law de nature constitutionnelle

1845. De manière générale, ces documents de *soft law* font partie, selon Dawn Oliver des fondations de la Constitution britannique.²⁵⁹⁹ L'auteur poursuit en affirmant que ces 7 principes ont « *en réalité une nature constitutionnelle* »²⁶⁰⁰. « *Ces standards expriment quelques-uns des principes parmi les plus fondamentaux de la Constitution, sans le respect desquels la démocratie, le régime de droit, la protection des droits ne seraient pas effectivement opératoires* »²⁶⁰¹. En effet ces documents de *soft law* réunissent une partie non négligeable des règles constitutionnelles relatives au fonctionnement et à l'organisation des pouvoirs. Ils posent des règles de comportements aux organes législatifs et exécutifs, des règles

"The mere act of publication may mean that the Manual will become a reference point against which future actions of ministers and the civil service will be judged".

²⁵⁹⁸ OLIVER Dawn. "Regulating Politics in Government" In *The Changing Constitution*. *Op. Cit.*, p. 325: « *It is the case that breaches of soft law rules and of the principles that underlie them will normally attract adverse comment from opposition members of the House of Commons and (...) of the House of Lords, and from the press and sections of the public.* ».

²⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 328: « *The rules of the political game which are articulated in the soft law documents summarized earlier (...) are (...), in reality foundational (...) to the proper operation of the UK Constitution.* ».

²⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 316: « *The Seven Principles are in reality constitutional in nature : governments and other public bodies should act in a spirit of public service in the general interest – Aristotle's well being principle.* ».

²⁶⁰¹ OLIVER Dawn. «Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs », *op. cit.*, p. 816: « *Parmi elles se trouvent, de façon très importante à mes yeux, les Sept principes de la vie publique tels qu'ils ont été élaborés par le Comité sur les standards de la vie publique (Committee on Standards in Public Life) dans son premier rapport de 1995 . Ces standards expriment quelques-uns des principes parmi les plus fondamentaux de la Constitution, sans le respect desquels la démocratie, le régime de droit, la protection des droits ne seraient pas effectivement opératoires.* ».

relatives aux modalités d'exercice de leur pouvoir. Ils représentent une part non négligeable de la Constitution matérielle du Royaume-Uni.²⁶⁰²

1846. Ces documents de *soft law* énoncent des règles de nature constitutionnelle dont l'objectif est la « *moralité* » de la vie politique²⁶⁰³. Ces *Codes, Manuals* traduisent un volet important de la justice constitutionnelle, à savoir celui de la conformité de comportements à des règles de nature constitutionnelle. Il ne s'agit pas ici d'examiner une norme ou le contenu d'une politique par rapport à une autre norme, mais d'examiner des attitudes, des comportements dans l'exercice du pouvoir avec des principes à teneur constitutionnelle.

1847. En outre, tant le *Cabinet Manual*, le *Guide to Making Legislation* que le *Ministerial Code* présente, en effet, des contenus et allures similaires à ceux que présente traditionnellement une constitution.

1848. Le *Manual* est, ainsi, composé d'une Introduction dont la formulation peut rappeler celle empruntée par des constitutions. L'Introduction contient 18 paragraphes répartis en 7 thématiques : la démocratie parlementaire, la Constitution britannique, le Souverain-le monarque-, le Parlement, le Premier ministre et les ministres, le pouvoir judiciaire et les relations entre le droit national et le droit de l'Union européenne. La première aborde la question fondamentale de la nature du régime politique britannique ainsi que celle de l'identification des principaux organes du pouvoir. Le Manuel dispose ainsi que « *le Royaume-Uni est une démocratie parlementaire qui a un souverain constitutionnel à la tête de l'État, un parlement souverain, qui est suprême à toutes les autres institutions gouvernementales, et qui consiste dans le Souverain, la Chambre des communes et la Chambre des Lords ; un Exécutif qui provient et qui répond du Parlement ; et un pouvoir judiciaire indépendant.* »²⁶⁰⁴.

1849. La ressemblance entre le *Manual Code* et une constitution écrite et codifiée est d'ailleurs soulignée par le rapport rendu par Andrew Blick et Peter Hennessy en août 2011. Ces

²⁶⁰² *Ibid.*

²⁶⁰³ ROYNIER Céline. «La résolution du scandale des notes de frais des MPs au Royaume-Uni ou les bienfaits de la morale constitutionnelle », *Jus Politicum Blog*, 2017, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <http://blog.juspoliticum.com/2017/03/20/la-resolution-du-scandale-des-notes-de-frais-des-mps-au-royaume-uni-ou-les-bienfaits-de-la-morale-constitutionnelle/>; «*Dans ce contexte, la morale est bien une morale constitutionnelle : elle contribue à une détermination juste du bien public. L'un des avantages de cette morale est qu'elle peut être techniquement déclinée aussi bien sur le plan institutionnel – par la séparation des pouvoirs par exemple – que sur le plan individuel – par l'éthique et la déontologie* ».

²⁶⁰⁴ Cabinet Office. *The Cabinet Manual – A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*, October 2011, 107 p., p. 2: «*The UK is a Parliamentary democracy which has a constitutional sovereign as Head of State; a sovereign Parliament, which is supreme to all other government institutions, consisting of the Sovereign, the House of Commons and the House of Lords; an Executive drawn from and accountable to Parliament; and an independent judiciary.*».

derniers qualifiaient alors ce document de « *code des codes* » dans la mesure où « *en plus d’être un code à part entière* », il « *fournit un cadre contextuel à l’intérieur duquel un certain nombre d’autres codes sont insérés, parmi d’autres composantes de la Constitution britannique comme des Actes du Parlement.* »²⁶⁰⁵. Ils soulignent même que « *le manuel est en fait la description la plus large du paysage constitutionnel que l’on puisse trouver dans un seul document officiel (...) au Royaume-Uni.* »²⁶⁰⁶.

1850. Le *Guide to Making Legislation* publié par le *Cabinet Office* en 2017 revêt également une nature constitutionnelle. Elaboré par plusieurs institutions,²⁶⁰⁷ il contient aussi des règles matériellement constitutionnelles, relatives aux modalités d’élaboration de la norme législative primaire au sein du Parlement de Westminster²⁶⁰⁸. Le Guide est divisé en 8 sections qui abordent les phases de la procédure législative: « *Introduction to the legislative process and bidding for legislation* » ; « *Preparing the bill for introduction* » ; « *Essential guidance for bill teams* » ; « *Commons stages* » et « *Lord stages* » ; « *Further action after completing Commons And Lords Stages And After Royal Assent* » ; « *Other types of government bills* » et enfin « *Private Members Bill* »²⁶⁰⁹.

1851. Le *Ministerial Code* fournit, quant à lui, tout un ensemble de règles et d’obligations relatives aux ministres. La version de 2019 se décompose en 10 chapitres qui règlementent différents aspects de la charge de ministre : 1) Les ministres de la Couronne, 2) Les ministres et le gouvernement, 3) Les ministres et les désignations, 4) Les ministres et leurs ministères, 5) Les ministres et les *civil servants*, 6) Les circonscriptions des ministres et les intérêts de parti, 7) Les intérêts privés des ministres, 8) Les ministres et la présentation de la politique, 9) Les ministres et le Parlement et enfin 10) Les voyages des ministres.

²⁶⁰⁵ BLICK Andrew, HENNESSY Peter. *The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution - The Hidden Wiping Emerges*, Institute for Public Policy Research, op. cit., p. 17: “The manual represents one more step down this path, as well as being a qualitatively new entity, because it can be seen as a ‘code of codes’ – a code in its own right which at the same time provides a contextual framework within which a number of other codes are placed, alongside other components of the UK constitution, such as acts of Parliament.”.

²⁶⁰⁶ Ibid.: “The manual is in fact the broadest description of the constitutional landscape to be found in any single official document yet published in the UK.”.

²⁶⁰⁷ Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, July 2017, 352 p., p. 5: “This guide has been prepared by the Parliamentary Business and Legislation (PBL) Secretariat, part of the Economic and Domestic Affairs Secretariat (EDS) of the Cabinet Office, together with the advice of Parliamentary Counsel and the Offices of the Commons Chief Whip, Lords Chief Whip, Leader of the House of Commons, Leader of the House of Lords and the Public Bill Offices of both Houses.”.

²⁶⁰⁸ Ibid., p. 5: “It covers the procedures to be followed in preparing primary legislation and taking it through Parliament, setting out what is required of Bill teams at each stage of the process, from bidding for a slot in the legislative programme to gaining Royal Assent.”.

²⁶⁰⁹ Ibid., pp. 2-3.

1852. Le contenu constitutionnel de ces documents de *soft law* s'explique notamment par un de leurs objectifs : codifier, formuler par écrit, des conventions de la Constitution. Le Royaume-Uni a, ces dernières décennies, connu une multiplication des instruments de droit souple réalisant une codification de règles constitutionnelles non justiciables, autrefois non écrites²⁶¹⁰. Il y a eu en 2011 la publication du *Cabinet Manual* par le gouvernement de David Cameron, à l'origine de laquelle se trouvait Gordon Brown. Ce *Manual* prenait ainsi place dans ses projets de réforme constitutionnelle et s'inspirait d'un même code qui existait déjà en Nouvelle Zélande. Le *Cabinet Manual* codifie un nombre important de conventions sur des sujets constitutionnels majeurs comme l'organisation des pouvoirs et des institutions étatiques, la souveraineté du Parlement... Dans la préface du *Manual* il est affirmé que « pour la première fois les conventions, déterminant comment le gouvernement opère sont clairement transposées à un endroit »²⁶¹¹.

1853. Une différence majeure existe, néanmoins, entre ces documents de *soft law* et les constitutions telle qu'on les présente généralement. En effet, le *Cabinet Manual* n'est pas justiciable, contrairement à beaucoup de constitutions. De plus, le mode de rédaction et d'élaboration du *Manual* peut sembler bien éloigné de celui d'une constitution écrite et codifiée, d'un régime démocratique²⁶¹². Le *Manual* est conçu par l'exécutif et ne fait l'objet d'aucune approbation par le législateur ou par les citoyens. La seule intervention de ces derniers est une consultation pendant trois mois ayant précédé l'élaboration du document. De ce fait, le mode d'élaboration du *Manual* peut impacter la place et la confiance que lui accordent les acteurs politiques pour refléter fidèlement l'ordre constitutionnel. Le mode d'élaboration peut avoir des répercussions sur l'utilisation de ce *Manual* par les acteurs du système pour exercer la justice constitutionnelle.

²⁶¹⁰ BLICK Andrew, HENNESSY Peter. *The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution - The Hidden Wiping Emerges*, Institute for Public Policy Research, op. cit., p.16: "The effect has been that conventions – non-legal understandings that are central to the UK constitution – have increasingly come to be written down in openly available official form, a development that may have implications for the concept of what a convention is."

²⁶¹¹ Cabinet Office. *The Cabinet Manual – A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*, op. cit.: "For the first time the conventions determining how the Government operates are transparently set out in one place. Codifying and publishing these sheds welcome light on how the Government interacts with the other parts of our democratic system."

²⁶¹² BLICK Andrew, HENNESSY Peter. *The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution - The Hidden Wiping Emerges*, Institute for Public Policy Research, op. cit., p. 18: "the production of the manual does not accord with the democratic principles that could arguably be expected if it were intended to be a codified constitution. As noted above, initial drafting has been carried out within the executive and the only public involvement has been through a three-month consultation period on a draft text, with the executive presumably making the final decisions. By contrast, the establishment (or significant alteration) of a codified constitution could be expected to involve express approval from the legislature and/or the electorate, and perhaps more-active public engagement than a basic consultation provides."

1854. Si les différents documents de *soft law* étudiés ici peuvent être analysés comme des outils de justice constitutionnelle ce n'est pas qu'en raison de leur objectif et de leur contenu. En effet, ces instruments de droit souple mettent également en place un véritable système de contrôle de conformité des agissements des politiciens aux règles et principes constitutionnels.

II) Les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants dans le cadre du *soft law* : une autorégulation imparfaite

1855. Ces documents encouragent l'exercice par les gouvernants d'une justice constitutionnelle « *autorégulatrice* » qui les amènent à se poser la question de la conformité de leurs comportements avec les règles constitutionnelles contenues dans ces *Manuals*, *Codes* ou *Guides*. Ces documents encouragent ainsi l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité qui porte, non pas sur des normes, mais sur des agissements et des comportements. (A). La justice constitutionnelle mise en place par cet ensemble de *soft law* est néanmoins complétée par l'action de contrôleurs extérieurs, l'autorégulation est ainsi imparfaite. La constitutionnalité des agissements des gouvernants passe donc aussi par l'intervention de tiers (B).

A) La consécration d'une autorégulation constitutionnelle

1856. De manière générale, l'autorégulation est un ingrédient nécessaire à l'exercice de la justice constitutionnelle dans un régime démocratique et libéral, elle découle logiquement du principe de responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Ces derniers se devant d'agir dans le sens de la préservation de la constitution, il apparaît normal que la problématique de la conformité de leurs agissements et politiques aux règles constitutionnelles fasse partie de leurs préoccupations ; cela ne voulant pas dire, pour autant, que cette autorégulation mène à une protection suffisante ou effective de la constitution. Ainsi, la trop grande liberté laissée aux institutions dans le cadre de l'autorégulation demeure une préoccupation réelle : la protection des règles constitutionnelles des codes ministériels ou manuels dépend de la volonté et de la vigilance des exécutifs. La généralisation de cette autorégulation constitutionnelle s'observe tant pour les exécutifs du Royaume-Uni (1) que pour les assemblées législatives (2).

1857. Dans tous les cas, cette généralisation sert aussi le citoyen en ce qu'il lui fournit des ressources supplémentaires pour évaluer la constitutionnalité des comportements des représentants et ainsi exercer la justice constitutionnelle.

1) Une autorégulation généralisée au niveau des exécutifs britanniques

1858. Les documents de *soft law* britanniques étudiés ici témoignent de ces réalités. En 2014, Mark Philip soulignait ainsi qu'un objectif des 7 principes dégagés par la Commission Nolan était de « *guider les jugements des hommes politiques et les actions qui en découlent* »²⁶¹³. Ils ne dictent pas au responsable politique la décision à prendre mais l'encouragent plutôt à juger des décisions à prendre en fonction « *d'une appréciation du rôle, de la fonction et des responsabilités* » qui incombent à sa charge. Dawn Oliver précise que ces documents de *soft law* entraînent un bouleversement de culture, la « *culture de l'autorité* » étant remplacée par la « *culture de la justification* »²⁶¹⁴. Elle a toutefois été considérée par le *Committee on Standards of Public life* comme insuffisante et devant être appuyée et consolidée par l'intervention de contrôleurs extérieurs. Ces contrôleurs extérieurs ont, néanmoins, une autorité relative du fait de l'absence d'un pouvoir de sanction.

1859. Le *Guide to Making Legislation* conduit ainsi les parlementaires et les membres du gouvernement à se poser la question de la conformité de leurs actions avec les règles constitutionnelles de procédure législative qui y sont rappelées. Toutefois, ce texte revêt un caractère moins impératif que dans les autres documents de *soft law* étudiés. En effet, on peut lire dans l'introduction de ce Guide qu'il ne doit pas « *être considéré comme une déclaration faisant autorité de la pratique parlementaire* »²⁶¹⁵. Cette phrase fragilise sa place comme document de référence pour les gouvernants et pour l'évaluation de la constitutionnalité de leurs actions.

1860. Le *Cabinet Manual* ne prévoit aucun mécanisme détaillé ni aucune disposition particulière relatifs à l'application du Manuel et aux sanctions possibles en cas d'irrespect. Il se

²⁶¹³ The Committee on Standards in Public Life. *Public Ethics and Political Judgment*, July 2014, 12 p., p. 7: “*The Seven Principles should guide politicians’ judgments and their consequent actions.*”.

²⁶¹⁴ OLIVER Dawn. “Regulating Politics in Government” In *The Changing Constitution*. *Op. Cit.*, p. 326: “*But the development of regulation to replace ministerial decision-making, and of soft law to regulate it, are not only about information. They represent a shift from a culture of authority to one of substantive justification, (...).*”.

²⁶¹⁵ Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, *op. cit.*, p. 5: “*We hope it is comprehensive and answers the most commonly-asked questions, but it should not be regarded as an authoritative statement of parliamentary practice.*”.

contente d'affirmer, avec les mots du Premier ministre David Cameron, que « *Le Cabinet a approuvé le Manuel du Cabinet en tant que guide qui fait autorité pour les ministres et les fonctionnaires,* »²⁶¹⁶ et qu'il est une exigence que tous ceux travaillant au gouvernement « *soient attentifs aux indications qu'il contient* »²⁶¹⁷. Le Manuel prône l'autorégulation notamment en affichant la volonté de dynamiser la responsabilité constitutionnelle du Cabinet, volonté clairement présentée au début du document. Ainsi, les objectifs du Manuel sont d'accroître l'ouverture et la responsabilité du gouvernement.

1861. La première disposition du *Ministerial Code*, l'article 1.3, précise la place de ce dernier dans l'ordonnancement juridique et précise qu'il doit « *être lu à la lumière du contexte de l'obligation générale des ministres de se conformer à la loi et de protéger l'intégrité de la vie publique.* »²⁶¹⁸. Le Code reprend également les 7 principes de la vie publique qu'il inclut en annexe et rappelle l'obligation des ministres de s'y soumettre.

1862. Le Code affirme une responsabilité constitutionnelle des ministres en disposant au paragraphe 1.6 que « *les ministres sont personnellement responsables de décider comment ils agissent et se conduisent à la lumière du code et pour justifier leurs actions et leur conduite auprès du Parlement et du public* »²⁶¹⁹. Le paragraphe 1.6 du *Ministerial Code* affirme ensuite que le Premier ministre est « *l'ultime juge des normes de comportement attendues d'un ministre et les conséquences appropriées d'une violation de ces normes* »²⁶²⁰. Le Premier ministre est, en la matière, le juge suprême de la constitutionnalité du comportement des ministres. Il est donc ici le premier à intervenir dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Dans la lignée de la philosophie exposée par le *Committee on Standards in Public life* dans son rapport de 2013, c'est aux ministres et au Premier ministre que reviennent la mission première d'assurer le

²⁶¹⁶Cabinet Office. *The Cabinet Manual – A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*, op. cit, p. iii: “Cabinet has endorsed the Cabinet Manual as an authoritative guide for ministers and officials, (...)”.

²⁶¹⁷ *Ibid.*: “(...) and I expect everyone working in government to be mindful of the guidance it contains.”.

²⁶¹⁸ Cabinet Office. *Ministerial Code*, August 2019, 31 p., p.1, art. 1.3: “The Ministerial Code should be read against the background of the overarching duty on Ministers to comply with the law and to protect the integrity of public life.”.

²⁶¹⁹ *Ibid.*, p.2, art. 1.6: “Ministers are personally responsible for deciding how to act and conduct themselves in the light of the Code and for justifying their actions and conduct to Parliament and the public.”.

²⁶²⁰ *Ibid.*: “However, Ministers only remain in office for so long as they retain the confidence of the Prime Minister. He is the ultimate judge of the standards of behaviour expected of a Minister and the appropriate consequences of a breach of those standards.”.

respect du Code par les ministres²⁶²¹. L'application de ce Code a permis plusieurs départs notables, ceux de David Blunket, Liam Fox, Michael Fallon ou encore Priti Patel²⁶²².

1863. Les institutions mises en place dans le cadre de la dévolution ont également mis en place des documents de *soft law* de nature constitutionnelle : Le gouvernement du Pays de Galles fait ainsi l'objet d'un *Ministerial Code*, composé de 9 chapitres répartis entre deux parties²⁶²³. Ce Code ressemble beaucoup à celui du gouvernement britannique et énonce l'obligation faite aux ministres dans l'application du Code de « *se conformer au droit, y compris au droit international et aux obligations découlant des traités, et protéger l'intégrité de la vie publique* »²⁶²⁴. Le même article (article 1.3) poursuit en rappelant l'obligation faite aux ministres de respecter les 7 principes de la vie publique dégagés par la Commission Nolan²⁶²⁵.

1864. L'article 1.5, à la manière du Code ministériel britannique, affirme la responsabilité constitutionnelle des ministres, qui se déploie dans deux sphères : celle relative à l'appréciation par les ministres des comportements adéquats à adopter dans le cadre du Code²⁶²⁶ ; et celle relative à la justification de leur conduite devant l'Assemblée et le public²⁶²⁷. Les ministres sont des acteurs essentiels de la justice constitutionnelle, en ce que le respect des règles constitutionnelles contenues dans le Code relève d'abord de leur appréciation, de leur responsabilité. Comme pour le Code ministériel britannique, le Code gallois instaure aussi une hiérarchie logique entre les ministres et le Premier ministre en faisant de ce dernier « *le juge ultime des normes de comportement attendues d'un ministre et des conséquences appropriées d'une violation de ces normes.* »²⁶²⁸.

²⁶²¹ Committee on Standards in Public Life. *Standards matter - A review of best practice in promoting good behaviour in public life, op. cit.*, p. 7: "Prime responsibility for upholding high standards should always rest first with the individual and then with the organisation."

²⁶²² MARSH Sarah. « Ministerial code: five who did resign over breach accusations », *The Guardian*, 20th November 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.theguardian.com/politics/2020/nov/20/ministerial-code-five-who-did-resign-breach-accusations>.

²⁶²³ Llywodraeth Cymru Welsh Government. *Ministerial Code*, November 2019, 37 p.

²⁶²⁴ *Ibid.*, p.5, art. 1.3: "The Ministerial Code should be read against the background of the overarching duty on Ministers to comply with the law, including international law and treaty obligations, and to protect the integrity of public life. ».

²⁶²⁵ *Ibid.* : "In particular, they are expected to observe the Seven Principles of Public Life (as listed in Annex A) and the following principles of Ministerial Conduct: ".

²⁶²⁶ *Ibid.*, p. 6, art. 1.5: "Ministers are personally responsible for deciding how to act and conduct themselves in the light of the Ministerial Code (...)".

²⁶²⁷ *Ibid.* : " (...) and for justifying their actions and conduct in the Assembly and to the public".

²⁶²⁸ *Ibid.* : "The First Minister is the ultimate judge of the standards of behaviour expected of a Minister and the appropriate consequences of a breach of those standards."

1865. Le Code ministériel écossais est lui composé de 11 chapitres²⁶²⁹. Son article 1.3 pose aux ministres les mêmes obligations générales que le Code britannique et le Code gallois, à savoir « *de respecter le droit, y compris le droit international et les obligations découlant des traités, et de faire respecter l'administration de la justice et de protéger l'intégrité de la vie publique.* »²⁶³⁰. Le même article poursuit en posant l'obligation pour les ministres de respecter les 7 principes de la vie publique de la Commission Nolan²⁶³¹. Comme pour les Codes britannique et gallois, le Code écossais affirme la responsabilité des ministres dans l'application des règles qu'il pose. Dans les mêmes termes, est ainsi posée une responsabilité constitutionnelle des ministres à la fois dans l'appréciation des comportements à avoir en application du code d'une part et dans la justification de ces comportements devant l'assemblée et le public de l'autre²⁶³². Le document écossais établit comme ses homologues une hiérarchie logique entre les ministres et le premier ministre en rappelant que ce dernier est le « *juge ultime des normes de comportement attendues d'un ministre et des conséquences appropriées d'une violation de ces normes* »²⁶³³.

1866. Ce système d'autorégulation a montré ses faiblesses, en novembre 2020, quand le Premier ministre, Nicola Sturgeon, refusait de divulguer l'avis juridique du gouvernement écossais relatif à l'action en *judicial review* impliquant Alex Salmond, ancien Premier ministre écossais. Nicola Sturgeon affirmait qu'une telle divulgation enfreindrait les dispositions du code ministériel²⁶³⁴. Ce refus a été dénoncé, comme contraire à la démocratie parlementaire et ainsi aux règles constitutionnelles, empêchant à la Commission parlementaire spécifiquement désignée, de mener à bien ses investigations. La Commission devait enquêter sur la manière dont le gouvernement écossais avait géré les plaintes déposées contre Alex Salmond : le gouvernement avait, en effet, dû verser plus de 500 000 £ de frais de justice à l'ancien Premier

²⁶²⁹ Scottish Government – Riaghaltas na h-Alba. *Scottish Ministerial Code - A Code of Conduct and Guidance on Procedures for Members of the Scottish Government and Junior Scottish Ministers*, February 2018, 41 p.

²⁶³⁰ *Ibid.*, p. 1, art. 1.3: “*The Ministerial Code should be read against the background of the overarching duty on Ministers to comply with the law, including international law and treaty obligations, and to uphold the administration of justice and to protect the integrity of public life.*”.

²⁶³¹ *Ibid.* : “*They are expected to observe the Seven Principles of Public Life (set out in the Annex to this Code) and the following principles of Ministerial conduct.*”.

²⁶³² *Ibid.*, p. 2, art. 1.6: “*Ministers are personally responsible for deciding how to act and conduct themselves in the light of the Ministerial Code and for justifying their actions to Parliament and the public.*”.

²⁶³³ *Ibid.*: “*The First Minister is, however, the ultimate judge of the standards of behaviour expected of a Minister and of the appropriate consequences of a breach of those standards.*”.

²⁶³⁴ MATCHETT Conor. “Nicola Sturgeon claims releasing legal advice around Alex Salmond case would breach ministerial code”, *The Scotsman*, 5th November 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.scotsman.com/news/politics/nicola-sturgeon-claims-releasing-legal-advice-around-alex-salmond-case-would-breach-ministerial-code-3026463>.

ministre, qui a ensuite été acquitté de 13 chefs d'accusation d'agression sexuelle dans un procès pénal distinct.

1867. Le Code ministériel relatif à l'exécutif nord-irlandais contient lui aussi une série d'obligations relatives aux comportements et aux agissements des ministres²⁶³⁵. La partie du Code réservée à ces obligations de conduite en liste 9 ; à ces derniers s'ajoutent les fameux 7 principes de la Commission Nolan expressément intégrés dans le Code à la partie suivante²⁶³⁶. Les modalités de mise en application du Code ne sont pas précisées dans le Code en lui-même mais dans un document annexe²⁶³⁷ en ligne notamment sur le site du ministère nord-irlandais des finances.

1868. Les imperfections de ce Code et de son système d'autorégulation se sont observées récemment, dans une affaire relative à une interdiction faite, à vie, aux personnes homosexuelles de donner leur sang. En effet, le ministre de la santé, Edwin Poots, avait prévu et maintenu une telle interdiction sans même en informer l'exécutif écossais²⁶³⁸ et avait ainsi violé le Code ministériel. Il a fallu l'intervention de la *High Court* pour mettre à jour cette omission du ministre de la santé²⁶³⁹. Ce dernier a reconnu que s'il avait violé le Code, il ne l'avait pas fait volontairement.

1869. Bien plus que de mettre en place un système d'autorégulation, d'autocontrôle, au sein des différents exécutifs présents sur le sol britannique, ces documents de droit souple instaurent également un tel mécanisme de contrôle dans les différentes assemblées législatives.

2) Une autorégulation affirmée au sein des assemblées législatives

1870. Les codes de conduites relatifs aux comportements des parlementaires montrent que l'exercice de la justice constitutionnelle par autorégulation a été également adopté par les assemblées législatives. Leurs membres se voient ainsi rappeler leur responsabilité

²⁶³⁵ Northern Ireland Executive. *Ministerial Code*, 2007, 14 p., p. 1, art. 1. 5: “*The Ministerial Code of Conduct referred to at (g) above is as follows. Ministers must at all times:-*”

²⁶³⁶ *Ibid.*, p. 2, art. 1.6: “*The seven principles of public life referred at (iv) above are as follows –*”.

²⁶³⁷ *Enforcement of the Ministerial Code of Conduct*, [en ligne], [consultée le 26/08/2020], <https://www.financeni.gov.uk/sites/default/files/publications/dfp/Enforcement%20of%20the%20Ministerial%20Code%20of%20Conduct%20-%20Final%20as%20agreed%20at%20Executive%20-%20March%202020.pdf>.

²⁶³⁸ MANLEY John. « Poots admits possible ministerial code breach », *The Irish News*, 15th October 2013, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.irishnews.com/news/2013/10/15/news/poots-admits-possible-ministerial-code-breach-72929/>.

²⁶³⁹ *Ibid.*

constitutionnelle. C'est le cas tant au niveau britannique qu'au niveau gallois, écossais et nord-irlandais.

1871. Il existe ainsi, au sein de la Chambre des Communes, un Code régissant les comportements des Membres du Parlement. Il fut adopté sous forme de résolution le 19 juillet 1995²⁶⁴⁰. Son article 1^{er} dispose que ce Code « *a pour but d'aider tous les députés à s'acquitter de leurs obligations envers l'Assemblée, leurs électeurs et le grand public* »²⁶⁴¹. Il s'agit ainsi de dynamiser la responsabilité constitutionnelle des *MPs*.

1872. Le Code fixe, dans sa partie III, quatre devoirs incombant aux MP : « *le devoir d'être fidèles et de porter une véritable allégeance à Sa Majesté la Reine, à ses héritiers et à ses successeurs, conformément à la loi.* », « *le devoir de respecter le droit, y compris le droit général contre la discrimination.* », « *le devoir d'agir dans l'intérêt de la nation dans son ensemble ; et un devoir particulier envers leurs électeurs.* » et enfin « *le devoir d'agir en toute occasion conformément à la confiance que leur accorde le public.* », « *avec probité et intégrité* », et cela également dans « *l'utilisation de leurs ressources publiques.* »²⁶⁴². La partie IV du Code impose aux Membres dans l'exercice de leurs devoirs publics et parlementaires de se conformer aux principes généraux issus de la Commission Nolan et rappelle ainsi les 7 principes qu'elle avait dégagés²⁶⁴³.

1873. Un *Code of Conduct* a, de même, été établi au sein de la Chambre des Lords²⁶⁴⁴. Les principes généraux de ce Code sont énoncés aux articles 6 à 10. L'article 7 dispose par exemple, que « *Dans l'exercice de leurs fonctions parlementaires, les membres de la Chambre fondent leurs actions sur la considération de l'intérêt public, et résolvent tout conflit entre leur*

²⁶⁴⁰ House of Commons. *The Code of Conduct - The Guide to the Rules relating to the Conduct of Members*, January 2019, 57 p.

²⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 2, art. 1: “*The purpose of this Code of Conduct is to assist all Members in the discharge of their obligations to the House, their constituents and the public at large (...)*”.

²⁶⁴² *Ibid.*, p. 2, III. *Duties of Members* – art. 4-7: “*art. 4 By virtue of the oath, or affirmation, of allegiance taken by all Members when they are elected to the House, Members have a duty to be faithful and bear true allegiance to Her Majesty the Queen, her heirs and successors, according to law; art 5 Members have a duty to uphold the law, including the general law against discrimination.; art 6 Members have a general duty to act in the interests of the nation as a whole; and a special duty to their constituents; art 7 Members should act on all occasions in accordance with the public trust placed in them. They should always behave with probity and integrity, including in their use of public resources.*”.

²⁶⁴³ *Ibid.*, pp. 2-3, IV. *General Principles of Conduct* – art. 8: “*In carrying out their parliamentary and public duties, Members will be expected to observe the following general principles of conduct identified by the Committee on The Code of Conduct Standards in Public Life in its First Report as applying to holders of public office.*”.

²⁶⁴⁴ House of Lords. *Code of Conduct for Members of the House of Lords Guide to the Code of Conduct Code of Conduct for House of Lords Members' Staff*, July 2020, 49 p.

intérêt personnel et l'intérêt public immédiatement et en faveur de l'intérêt public. »²⁶⁴⁵. Cette disposition vise ainsi à orienter le comportement du représentant vers une conformité avec l'intérêt général. Comme dans le Code de la Chambre des Communes, l'obligation de se conformer aux 7 principes de la Commission Nolan et leur définition sont rappelées, à l'article 9²⁶⁴⁶.

1874. Les institutions mises en place dans le cadre de la dévolution font également l'objet de codes de conduite. Au Pays de Galles, un *Code of Conduct* existe et a été dernièrement mis à jour en 2016. Ses objectifs sont, selon l'article 1^{er} de l'Introduction, d'une part « *de fournir un guide à tous les membres de l'Assemblée sur les règles de conduites attendues d'eux dans la mise en œuvre de leur Assemblée et de leurs responsabilités publiques.* »²⁶⁴⁷. Ils sont, d'autre part, « *de fournir l'ouverture et la responsabilité nécessaires pour renforcer la confiance du public dans l'intégrité des membres de l'Assemblée nationale dans la manière dont ils s'acquittent de leurs importantes fonctions et responsabilités publiques.* »²⁶⁴⁸. L'« *ouverture* », la « *responsabilité* », la « *confiance* » suggèrent que ce Code a bien pour objectif de renforcer la responsabilité constitutionnelle des membres de l'Assemblée devant le public. Dans les « *normes générales de conduites* », figure l'obligation pour les membres de respecter les 7 principes dégagés par *le Committee on Standards in Public life*. Le Code rappelle ces principes et leurs définitions.

1875. En Irlande du Nord, le Code de conduite poursuit les mêmes objectifs que les autres codes parlementaires étudiés dans ce chapitre et rappelle lui aussi les 7 principes dégagés par la Commission Nolan²⁶⁴⁹. Le Code rappelle également que son application et son effectivité dépendent, en partie, d'une auto-discipline de l'assemblée.

²⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 2, art. 7: “*In the performance of their parliamentary duties, members of the House shall base their actions on consideration of the public interest, and shall resolve any conflict between their personal interest and the public interest at once, and in favour of the public interest.*”.

²⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 2, art. 9: “*Members of the House should observe the seven general principles of conduct identified by the Committee on Standards in Public Life. These principles will be taken into consideration when any allegation of breaches of the provisions in other sections of the Code is under investigation and should act as a guide to members in considering the requirement to act always on their personal honour.*”.

²⁶⁴⁷ National Assembly for Wales. *Code of Conduct for Assembly Members and Associated Documents*, May 2016, 163 p., p. 6, art. 1: “*1. The purpose of this Code of Conduct is: i) to provide guidance for all Members of the National Assembly on the standards of conduct expected of them in the discharge of their Assembly and public duties;*”.

²⁶⁴⁸ *Ibid.*: “*1. The purpose of this Code of Conduct is: (...)ii. to provide the openness and accountability necessary to reinforce public confidence in the way in which Members of the National Assembly perform their Assembly and public duties.*”.

²⁶⁴⁹ “The Code of Conduct together with the Guide to the Rules Relating to the Conduct of Members”, Northern Ireland Assembly, [en ligne], [consultée le 26/08/2020], <http://www.niassembly.gov.uk/about-the-assembly/corporate-information/publications/code-of-conduct/the-code-of-conduct-together-with-the-guide-to-the-rules-relating-to-the-conduct-of-members/#a>.

1876. Le Parlement écossais a aussi son Code de conduite²⁶⁵⁰ dont l'objectif est également de fixer « *les normes de conduites des membres du Parlement écossais en relation avec leurs fonctions parlementaires en tant que MSP* »²⁶⁵¹. Une particularité remarquable de ce code est l'absence de toute mention des 7 principes dégagés par la Commission Nolan.

1877. En dépit de l'importance de l'autorégulation, de l'autocontrôle des représentants pour la mise en application effective de ces règles et principes constitutionnels de droit souple, elle apparaît insuffisante. Le *soft law* étudié ici ne met en place qu'une autorégulation imparfaite dans la mesure où il part du principe que l'autolimitation des gouvernants ne saurait suffire, et que l'intervention de contrôleurs extérieurs est nécessaire.

B) Une autorégulation imparfaite

1878. L'autorégulation ne signifie pas néanmoins que les destinataires des *Codes* ou *Manuals* soient les seuls à s'assurer de leur respect et à exercer la justice constitutionnelle dans ce cadre. L'autorégulation est alors accompagnée que ce soit pour les exécutifs (1) ou les assemblées législatives (2) par l'établissement de contrôleurs extérieurs.

1) Une autorégulation imparfaite pour les exécutifs du Royaume-Uni

1879. Comme le rappelle le *Committee on Standards in Public Life* dans son rapport de janvier 2013, l'établissement d'un contrôle extérieur semble indispensable pour s'assurer d'une meilleure effectivité des principes en question. En effet, « *l'histoire montre que l'autorégulation est souvent inefficace sans une certaine forme d'implication extérieure. Il est essentiel que quelqu'un soit capable de tenir un miroir pour les personnes exerçant une fonction publique afin de leur rappeler les normes auxquelles elles doivent aspirer.* »²⁶⁵².

²⁶⁵⁰ The Scottish Parliament, Parlamaid na h-Alba. *Code of Conduct*, 7th January 2020, 63 p.

²⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 1, art. 1: "*The Code of Conduct for Members of the Scottish Parliament (—the Code of Conduct or —the Code) sets out the standards of conduct for members of the Scottish Parliament in relation to their Parliamentary duties as an MSP.*"

²⁶⁵² Committee on Standards in Public Life. *Standards matter - A review of best practice in promoting good behaviour in public life*, *op. cit.*, p. 7: "*However, history shows self-regulation often to be ineffective without some form of external involvement. It is essential that someone is able to hold up a mirror to those in public office to remind them of the standards to which they should aspire.*"

1880. Ce rapport permet de souligner que l’auto régulation ne se suffit pas à elle-même. Des organismes de contrôle extérieurs sont alors nécessaires. Ces contrôleurs doivent intervenir pour faire en sorte que les autorités publiques respectent les différents principes éthiques, moraux et constitutionnels relatifs à l’exercice d’une charge publique.

1881. Dans le rapport de 2013, la Commission en identifie trois : les médias, le contrôle exercé par des pairs et enfin des « *régulateurs spécifiquement désignés* »²⁶⁵³. La Commission fixe les conditions de l’effectivité de leur intervention : ils doivent avoir des pouvoirs adéquats, une indépendance, une reconnaissance de leur mission et « *il faut de la clarté et un large consensus sur leur rôle, leurs fonctions et leurs ressources* »²⁶⁵⁴. Dans la pratique, cela est loin d’être le cas, les exécutifs britannique et écossais disposant d’une large marge de manœuvre, conditionnant par leur simple volonté, l’intervention de ces contrôleurs et le devenir de leurs recommandations.

1882. Les *Ministerial Codes* présents au Royaume-Uni témoignent de cette nécessité d’accompagner l’autorégulation par des mécanismes extérieurs de contrôle. Dans le cadre du *Ministerial Code* du gouvernement britannique, un régulateur extérieur est spécifiquement désigné. Il s’agit du « *conseiller indépendant du Premier ministre pour les intérêts des ministres* » (*Prime Minister’s Independent Adviser on Ministers’ Interests*) établi en 2007 à la suite des recommandations formulées par le 9^{ème} rapport du *Committee on Standards in Public life*. Le « *Conseiller indépendant* » n’interviendra que si une violation du Code est établie, d’une part, et si le Premier ministre le considère nécessaire pour enquêter sur les faits qui ont constitué la violation d’autre part. Le contrôle exercé par le Conseiller est donc dépendant de la volonté du Premier ministre, ce qui en fait un acteur moindre de la justice constitutionnelle. Cette dépendance problématique avait d’ailleurs été soulignée dans le rapport de 2013 du *Committee on Standards in Public life*²⁶⁵⁵. Depuis plusieurs décennies, l’institution de « *Conseiller indépendant* » a fait l’objet de plusieurs propositions de réformes, sans succès²⁶⁵⁶.

²⁶⁵³ *Ibid.*,: “An important part of this scrutiny can come from the media. But press scrutiny can be superficial, incomplete or undertaken in the service of particular interests or agendas. (...)Self-regulation needs therefore to be reinforced in other ways – by peer review or by a specifically appointed regulator.”.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*,: “Such regulators need to be established with care and remain forward-looking, focused on their core purpose and not over-burdensome. They also need to be given adequate powers, independence and recognition for their efforts; and there needs to be clarity and widespread agreement about their role, functions and resources if they are to avoid being drawn into political controversy.”.

²⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 57 : “Our concern about the Independent Adviser’s investigatory role regards his or her inability to initiate investigations in the absence of a request from the Prime Minister”.

²⁶⁵⁶ MAER Lucinda, RYAN-WHITE Georgina. *The Ministerial Code and the Independent Adviser on Ministerial Interests*, House of Commons Library, Briefing paper, 2018, n° 03750, 26 p., p. 16: “The Independent Adviser may only undertake investigations if instructed to do so by the Prime Minister. However, the Public Administration Select Committee (PASC) had recommended that the Independent Adviser should have the power

1883. Même si la mise en application du Code a mené à de remarquables démissions ministérielles, le mécanisme de protection qu'il prévoit tire ses imperfections de l'importante marge de manœuvre du Premier ministre. Les insuffisances du « *Conseiller indépendant* » ont été récemment dénoncées par Mike Gordon²⁶⁵⁷. Ce dernier constatait l'échec du *Ministerial Code* à offrir aux *civil servants* une protection suffisante contre des agissements frauduleux. En effet, une enquête menée sur les agissements de Priti Patel, *Home Secretary*, avait conclu que cette dernière aurait, par son comportement, cherché à intimider plusieurs *civil servants* au sein de son ministère.

1884. Mike Gordon soulignait ainsi la réaction difficilement compréhensible de Boris Johnson qui, en dépit des injonctions faites aux ministres dans le *Ministerial Code* de « *faire preuve de professionnalisme dans toutes leurs relations* » et de « *traiter avec considération et respect tous ceux avec qui ils entrent en contact.* »²⁶⁵⁸, considérait que Priti Patel n'avait pas enfreint le Code. Cette réaction choquait d'autant plus l'auteur qu'elle entraînait en directe contradiction avec celle de Sir Alex Allan, alors « *Conseiller indépendant* » du Premier ministre. Cet événement montre à quel point l'application des règles constitutionnelles contenues dans le *Ministerial Code* dépend des volontés et stratégies politiques du Premier ministre, ce dernier pouvant sans aucune difficulté rejeter les conclusions de son conseiller et nuire à l'effectivité de règles de nature constitutionnelle. Mike Gordon concluait simplement que le Code n'était pas pris au sérieux par le Premier ministre²⁶⁵⁹, qui affirmait sans aucune

to initiate inquiries on his own initiative, and that the Code should be amended to allow the Adviser to undertake shorter inquiries to establish the preliminary facts of the case.”; pp. 16-17: “PASC published a report in 2012, The Prime Minister’s Adviser on Ministerial Interests; Independent or Not?, which considered whether the new Adviser, Sir Alex Allan, should have been subject to an open appointment process. It concluded that appointment by the Prime Minister of a recently retired senior civil servant did not lend credibility to the “independence” of the role. The report renewed PASC’s recommendations of the previous Parliament that the Independent Adviser should be appointed through a transparent open competition and subject to a pre-appointment hearing by a parliamentary select committee. The Government response to this report, The Prime Minister’s Adviser on Ministers’ Interests: independent or not? Government Response to the Committee’s Twenty Second Report of Session 2010–12, was published in February 2013, and stated that the Government remained of the view that the role of the Independent Adviser should be a personal appointment made by the Prime Minister of the day.”.

²⁶⁵⁷ GORDON Mike. “Priti Patel, the Independent Adviser, and Ministerial Irresponsibility”, *UK Constitutional Law Association*, 23rd November 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/11/23/mike-gordon-priti-patel-the-independent-adviser-and-ministerial-irresponsibility/>.

²⁶⁵⁸ Cabinet Office. *Ministerial Code*, *op. cit.*, p. 5, art. 5.1: “*Ministers should be professional in their working relationships with the Civil Service and treat all those with whom they come into contact with consideration and respect.*”.

²⁶⁵⁹ GORDON Mike. “Priti Patel, the Independent Adviser, and Ministerial Irresponsibility”, *op. cit.*: “*Sir Alex Allan, who was appointed as independent adviser in November 2011 and held this role under David Cameron and Theresa May, resigned from his post after the Prime Minister not only failed to sanction the Home Secretary, but also disagreed with his advice that the rules had been broken. While we must recognise that the Prime Minister is the ultimate interpreter of the Ministerial Code, Allan’s resignation raises a number of questions about the credibility of the Prime Minister’s interpretation of what in this case are pretty clear cut rules*”.

justification que des comportements pourtant contraires à la lettre du Code et à l'esprit de la responsabilité ministérielle, n'avaient pas enfreint le dit document.

1885. Au Pays de Galles en cas de violation du *Ministerial Code*, l'action du Premier ministre est décisive selon l'article 1.6 : soit il considère que la plainte peut être résolue de manière « *immédiate* » ou « *systématiquement* » et dans ce cas il la résoudra lui-même ; soit il considère que la plainte est plus complexe, il pourra alors saisir un organisme spécifique, un « *Conseiller Indépendant* » (*Independent Adviser*) pour qu'il fournisse « *examen et conseil* »²⁶⁶⁰. Ici encore, la marge de manœuvre du Premier ministre peut apparaître inquiétante et laisser suspecter que l'action de ce dernier ne désigne la protection du Code.

1886. En février 2020, le parti Plaid Cymru a d'ailleurs accusé le Premier ministre gallois, Mark Drakeford, d'avoir injustement considéré comme conformes aux dispositions du Code les agissements de Jane Hutt²⁶⁶¹. Le Premier ministre avait ainsi répondu au leader du Plaid Cymru, Adam Price, qu'il refusait de saisir, comme Price le demandait, le « *Conseiller indépendant* » pour enquêter sur les faits reprochés à Jane Hutt²⁶⁶². Adam Price considérait, en effet, que Madame Hutt avait agi en violation des articles 4.7 et 4.8 du Code qui, notamment, interdisent aux ministres de critiquer publiquement les politiques du gouvernement Gallois. Dans ce cas précis, Jane Hutt, *Deputy minister* et *Chief Whip* depuis le 13 décembre 2018, avait contesté publiquement la fermeture d'une salle d'hôpital, notamment en participant à une manifestation, fermeture pourtant décidée par la politique du gouvernement gallois. Le Premier ministre refusa de saisir le « *Conseiller indépendant* », considérant que la *Deputy Minister* avait agi conformément à l'article 4.7, et représentait, par ces interventions, les opinions de ses électeurs. Ce refus entraîna la prise de parole d'Adam Price qui, soulignant la trop grande marge de manœuvre laissée au Premier ministre dans la saisine du « *Conseiller indépendant* », appelait la mise en place d'un système où l'intervention du Conseiller se ferait indépendamment de la volonté primo-ministérielle.

1887. Concernant le Code ministériel nord-irlandais, il est prévu qu'en cas de violation alléguée du Code par un ministre, une plainte peut être adressée à un organisme spécifique, un Panel (« *Panel for Ministerial Standards* »). Il est composé de trois membres : l'*Assembly*

²⁶⁶⁰ Llywodraeth Cymru Welsh Government. *Ministerial Code*, op. cit., p. 6, art. 1.6: “*The First Minister will refer complaints regarding Ministerial conduct to an Independent Adviser for consideration and advice, unless he is satisfied that the complaints can be responded to more immediately or routinely*”.

²⁶⁶¹ “Mark Drakeford 'judge and jury' on ministerial code, Plaid claims”, *BBC News*, 17th February 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-51531823>.

²⁶⁶² *Ibid.*

Commissioner for Standards et deux autres membres nommés par le Premier ministre et le Premier ministre député agissant conjointement²⁶⁶³. À la fin de son enquête, le Panel enverra ses conclusions au ministre et les publiera²⁶⁶⁴. « *Leurs conclusions indiqueront notamment si le ministre a été jugé coupable ou non d'avoir enfreint les termes des documents de normes ministérielles. Le rapport peut porter un jugement sur la gravité relative de la violation.* »²⁶⁶⁵. Le rapport ne proposera en revanche aucune sanction, qui pourra néanmoins être prononcée par d'autres institutions (l'Assemblée, le Premier ministre, le Premier ministre député)²⁶⁶⁶ sur la base du rapport rendu par le Panel.

1888. Dans le *Ministerial code* écossais aussi le Premier ministre dispose d'une marge d'action considérable et pourra s'il l'estime approprié transmettre les cas allégués de violation du code à des « *Conseillers indépendants sur l'application du Code ministériel écossais* » (*Independent Advisers on the Application of the Scottish Ministerial Code*)²⁶⁶⁷ mis en place en 2008.

1889. Si des organismes de contrôle extérieurs ont été mis en place au sein des exécutifs britanniques, il en est de même au sein des assemblées législatives.

2) Une autorégulation imparfaite pour les assemblées législatives

1890. Les codes de conduites relatifs aux comportements des membres des assemblées parlementaires au Royaume-Uni témoignent également de cette nécessité d'accompagner l'autorégulation par des mécanismes extérieurs de contrôle. Contrairement aux conseillers

²⁶⁶³ *Enforcement of the Ministerial Code of Conduct*, [en ligne], [consultée le 26/08/2020], *op. cit.*, p. 1, art. 5 : “*Complaints that a Minister has breached ministerial standards documents will be referred to the Panel for Ministerial Standards.*”.

²⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 2, art. 19: “*On completion of the investigation, the investigating Panel member, will a. report the findings of their investigation to the Minister; and b. publish their findings.* ».

²⁶⁶⁵ *Ibid.*, art. 20: “*Their findings will include whether or not the Minister has been found to have breached the terms of the ministerial standards documents. The report may make a judgement as to the relative seriousness of the breach.*”.

²⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 3, art. 21: “*The report will not include any recommendation regarding sanctions, but the published report may provide the grounds upon which others may initiate their own sanctions, including those under s.30 of the NI Act 1998 by which the Assembly can suspend a Minister on the passing of a motion of no confidence supported by 30 MLAs or moved by the First Minister and deputy First Minister acting jointly.*”.

²⁶⁶⁷ Scottish Government – Riaghaltas na h-Alba. *Scottish Ministerial Code - A Code of Conduct and Guidance on Procedures for Members of the Scottish Government and Junior Scottish Ministers*, *op. cit.*, p. 2, art. 1.7: “*Where he or she deems it appropriate, the First Minister may refer matters to the independent advisers on the Ministerial Code to provide him or her with advice on which to base his or her judgement about any action required in respect of Ministerial conduct. The findings of the independent advisers will be published.*”.

établis pour participer à l'effectivité des codes ministériels, les institutions mises en place pour aider à la mise en œuvre des codes de conduite parlementaires agissent de manière indépendante et transparente. Cela se reflète dans les conditions de nomination mais aussi dans les pouvoirs de ces institutions.

1891. Au Pays de Galles, les cas de violations du Code sont de la compétence d'un organisme spécifique, le *Commissioner for Standards*²⁶⁶⁸. Ce dernier a néanmoins un statut particulièrement fort, statut dont ne bénéficient pas tous les commissaires. Il est établi par une norme législative de l'Assemblée galloise (une « *measure* »), la *National Assembly for Wales Commissioner for Standards Measure 2009*. Quand le *Commissioner* a clôt son enquête sur la violation alléguée il doit faire un rapport qu'il enverra au *Committee on Standards of Conduct* qui interviendra par la suite²⁶⁶⁹.

1892. En Irlande du Nord, la mise en application et le respect du Code repose sur l'Assemblée elle-même, mais aussi sur le Commissaire (« *Commissioner* ») et enfin le *Committee on Standards and Privileges*²⁶⁷⁰. En cas de violations du Code, c'est le Commissaire qui est compétent pour recevoir les plaintes dans le respect de critères d'admissibilité²⁶⁷¹. Le site officiel précise que « *le Commissaire* » est une « *personne indépendante nommée par l'Assemblée* ». Quand le Commissaire a mené l'enquête à son terme, il établira un rapport détaillant ses conclusions, qui sera transmis au *Committee on Standards and Privileges*, compétent pour le reste de la procédure²⁶⁷². Il devra ainsi examiner le rapport du Commissaire et décider s'il le confirme ou non²⁶⁷³.

²⁶⁶⁸ National Assembly for Wales. *Code of Conduct for Assembly Members and Associated Documents*, *op. cit.*, p. 118, art. 1.1: “Complaints should be made to the Commissioner for Standards (“the Commissioner”), who is an independent statutory officer appointed under the National Assembly for Wales Commissioner for Standards Measure 2009 (“the Measure”).”.

²⁶⁶⁹ *Ibid.*, pp.121-122, art. 4.3: “When a formal investigation into a complaint has been completed, the Commissioner must make a report to the Committee on Standards of Conduct.”.

²⁶⁷⁰ “The Code of Conduct together with the Guide to the Rules Relating to the Conduct of Members”, Northern Ireland Assembly, [en ligne], [consultée le 26/08/2020], <http://www.niassembly.gov.uk/about-the-assembly/corporate-information/publications/code-of-conduct/the-code-of-conduct-together-with-the-guide-to-the-rules-relating-to-the-conduct-of-members/#a>

²⁶⁷¹ *Ibid.*, art. 1: “Complaints against Members of the Assembly should be made to the Assembly Commissioner of Standards.”

²⁶⁷² *Ibid.*, art. 17: “When the investigation is complete the Commissioner will make a full report to the Committee on Standards and Privileges detailing his findings.”.

²⁶⁷³ *Ibid.*, art. 21: “The Committee will meet in closed session to consider the Commissioner’s report. There are three possible outcomes following Committee consideration. The Committee may agree with the Commissioner to: Uphold the complaint, Dismiss the complaint OR The Committee may disagree with the Commissioner to: Uphold the complaint, Dismiss the complaint OR The Committee may ask the Commissioner to investigate further.”.

1893. Les cas de violations du Code écossais par des membres du Parlement sont également de la compétence d'un Commissaire spécifique (le « *Commissioner for Ethical Standards in Public Life in Scotland* »)²⁶⁷⁴. Le Code liste néanmoins 5 types de plaintes qui ne relèvent pas de la compétence du Commissaire²⁶⁷⁵. Le Commissaire est une institution indépendante, nommée par le *Scottish Parliamentary Corporate Body*²⁶⁷⁶, dont les fonctions découlent de l'adoption de trois lois²⁶⁷⁷. La saisine du Commissaire ne dépend pas du bon vouloir des représentants, mais d'un système de dépôt de plaintes, papier ou numérique, ouvert à tous et à toutes, dans le cadre fourni par les critères d'admissibilité²⁶⁷⁸.

1894. Comme pour le *Ministerial Code*, la partie VI du Code de la Chambre des Communes comprend l'idée de l'insuffisance de l'action de cette assemblée pour en garantir l'effectivité et de la nécessité parallèle d'interventions extérieures, celles du *Committee on Standards* et du *Parliamentary Commissioner for Standards* et du *Parliamentary Commissioner for Standards*²⁶⁷⁹. Ce *Code of Conduct* met ainsi en place un micro système de justice constitutionnelle au sein de la Chambre des Communes où tant cette dernière que les deux autres organismes cités sont responsables de l'application de principes de nature constitutionnelle, et ainsi de la conformité des agissements parlementaires aux règles constitutionnelles.

1895. Comme dans les autres codes de conduites parlementaires, le *Commissioner* est le premier à intervenir en établissant un rapport sur la violation, qui sera transmis au *Committee*, envoyant alors son propre rapport à la Chambre. Cette dernière pourra alors imposer une

²⁶⁷⁴ The Scottish Parliament, Parlamaid na h-Alba. *Code of Conduct*, op. cit., p. 59, art. 4: “*Complaints, in relation to the conduct of Members of the Scottish Parliament under the Code, are initially investigated by the Commissioner for Ethical Standards in Public Life in Scotland (—the Ethical Standards Commissioner!)*.”; voir aussi « About the Ethical Standards Commissioner”, *Ethical Standards Commissioner*, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.ethicalstandards.org.uk/about-us>.

²⁶⁷⁵ *Ibid.* : “*Exceptions to this procedure are set out below as Excluded Complaints*’.”

²⁶⁷⁶ About the Scottish Parliament - Scottish Parliamentary Corporate Body, *Scottish Parliament - Parlamaid na h-Alba*, [en ligne], [consultée le 30/05/2021], <https://www.parliament.scot/about/how-parliament-works/parliament-organisations-groups-and-people/scottish-parliamentary-corporate-body>.

²⁶⁷⁷ « About the Ethical Standards Commissioner”, *Ethical Standards Commissioner*, op. cit.: “*The Commissioner is supported by a team of people and together they undertake functions set out the Ethical Standards in Public Life etc. (Scotland) Act 2000, the Scottish Parliamentary Standards Commissioner Act 2002, the Public Appointments and Public Bodies etc. (Scotland) Act 2003, and the Lobbying (Scotland) Act 2016*.”.

²⁶⁷⁸ “Make a Complaint”, *Ethical Standards Commissioner*, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.ethicalstandards.org.uk/make-complaint>.

²⁶⁷⁹ House of Commons. *The Code of Conduct - The Guide to the Rules relating to the Conduct of Members*, op. cit., p. 5, VI. *Upholding the Code* – art. 19 : “*The application of this Code shall be a matter for the House of Commons, and particularly for the Committee on Standards and the Parliamentary Commissioner for Standards acting in accordance with Standing Orders Nos 149 and 150 respectively*.”.

sanction²⁶⁸⁰. Enfin, le *Commissioner* est également une voie d'expression constitutionnelle du citoyen dans la mesure où il peut être saisi pour violation du Code par les *MPs* mais également par les « *membres du public* »²⁶⁸¹. La plainte offre donc au citoyen une opportunité de se plaindre du comportement d'un *MP* qu'il juge inconstitutionnel. Ce mécanisme témoigne de l'interdépendance des acteurs de la justice constitutionnelle.

1896. Au sein de la Chambre des Lords, la mise en application et l'effectivité du Code dépendent du *House of Lords Commissioner for Standards*²⁶⁸². Il est compétent pour « *enquêter sur des violations présumées du code, y compris des règles contre l'intimidation, le harcèlement et l'inconduite sexuelle, des règles régissant le soutien financier des députés et des règles régissant l'utilisation des installations et services parlementaires.* »²⁶⁸³. Le Commissaire intervient normalement après formulation d'une plainte par un tiers, mais peut, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir de son propre chef. Il peut le faire « *soit à la demande du membre concerné, soit si, par d'autres moyens, il prend connaissance d'éléments de preuve suffisants pour établir un commencement de preuve que le code de conduite a été enfreint.* »²⁶⁸⁴. Le rapport rendu par le Commissaire pourra être contesté, et faire l'objet d'un « *appel* » devant une commission parlementaire, le *Conduct Committee*²⁶⁸⁵.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*: VI. *Upholding the Code* – art. 21: “*The Committee will consider any report from the Commissioner to it and report its conclusions and recommendations to the House. The House may impose a sanction on the Member where it considers it necessary.*”.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 41, art. 6: “*Complaints must: a) be submitted by an individual, whether a member of the public or a Member of Parliament. Complaints from organisations, or made on behalf of someone else, cannot be accepted.*”.

²⁶⁸² House of Lords. *Code of Conduct for Members of the House of Lords Guide to the Code of Conduct Code of Conduct for House of Lords Members' Staff*, op. cit., p. 10, art. 20: “*A House of Lords Commissioner for Standards is appointed to investigate alleged breaches of this Code, or of the rules governing members' financial support or use of parliamentary facilities.*”.

²⁶⁸³ *Ibid.*, p. 27, art. 120: “*The House of Lords Commissioner for Standards may investigate alleged breaches of the Code, including the rules against bullying, harassment and sexual misconduct, the rules governing members' financial support and the rules governing the use of parliamentary facilities and services.*”.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*: “*In exceptional circumstances however, and with the agreement of the Conduct Committee, she may start an investigation in the absence of a complaint, either at the request of the member concerned, or if by other means she becomes aware of evidence sufficient to establish a prima facie case that the Code of Conduct has been breached.*”.

²⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 36, art. 162: “*The task of the Committee is to hear any appeal against the Commissioner's findings or recommendations.* ».

Conclusion du chapitre III

1897. En plus du débat parlementaire, les représentants interviennent dans la justice constitutionnelle par le biais du *soft law* qui revêt deux formes principales : celle des conventions de la Constitution et celle de codifications écrites de règles de conduite et de fonctionnement des institutions. Toutes deux révèlent une dimension nécessaire de la responsabilité constitutionnelle des gouvernants : celle qui consiste à s'assurer de la constitutionnalité de ses propres agissements. Toutes deux révèlent une justice constitutionnelle d'autorégulation.

1898. Les conventions représentent encore une grande partie de la Constitution britannique qui, de fait, est dans une très grande proportion, le résultat des règles constitutionnelles issues des évolutions et des accords implicites institutionnels. Les règles conventionnelles sont un des outils indéniables de justice constitutionnelle en ce qu'elles reviennent à appliquer aux circonstances de la vie politique des principes constitutionnels tels que le principe de responsabilité ou encore le principe de démocratie. L'importance des conventions dans la justice constitutionnelle n'en fait néanmoins un instrument dénué de faiblesses, qui relèvent tant de leurs relations avec la loi ou la jurisprudence que de leurs imprécisions intrinsèques.

1899. Les codifications écrites des règles de conduite et de fonctionnement des institutions, quant à elles, se sont multipliées ces deux dernières décennies tant au sein des exécutifs du Royaume-Uni que des assemblées législatives. Elles traduisent une préoccupation de dynamiser la responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Celle-ci se trouve néanmoins parfois entravée par l'importante marge de manœuvre des représentants dans la mise en application et l'interprétation des principes et règles contenus dans ces codifications.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1900. Cette thèse avait pour objectif de démontrer l'existence d'une justice constitutionnelle au Royaume-Uni et d'en décrire les modalités d'exercice. Elles correspondent à la manière dont les acteurs de l'ordre constitutionnel (représentants, juges, citoyens) mettent en œuvre le principe de responsabilité constitutionnelle des gouvernants. Ainsi, l'on constate une répartition de l'exercice de la justice constitutionnelle entre plusieurs acteurs : juges, citoyens et représentants. Le fonctionnement et l'analyse de ce partage de compétences révèlent une prédominance certaine des juges et des représentants et une faiblesse persistante de l'intervention citoyenne.

1901. Ce constat ne semble néanmoins pas s'arrêter au cas britannique, mais paraît transposable à d'autres situations. La conception de la justice constitutionnelle retenue dans cette thèse est, selon nous, transposable à des pays dont l'ordre constitutionnel est différemment organisé que celui du Royaume-Uni, à des États disposant d'une constitution écrite et rigide. Cette acception de la justice constitutionnelle est ainsi applicable au cas de la France (I), ce dernier révélant une même tendance : une difficulté à laisser de la place au citoyen dans le fonctionnement de la démocratie et dans la justice constitutionnelle (II).

I) LA TRANSPOSITION DE LA CONCEPTION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AU CAS FRANÇAIS

1902. La France, pourtant dotée d'une constitution écrite et rigide, connaît le même principe de répartition de la justice constitutionnelle qu'au Royaume-Uni. On peut, en effet, y observer l'intervention des trois grands acteurs (représentants, juges, citoyens) dans l'application et la protection des règles et principes constitutionnels.

1903. La transposition de la conception retenue de la justice constitutionnelle au cas français permet de conforter le fait que ce n'est pas la présence d'une constitution écrite, rigide et codifiée qui entraîne l'existence d'une justice constitutionnelle, mais bien plus l'appartenance d'un pays à une culture libérale et démocratique, fondée sur l'idée que les gouvernants sont soumis au droit et qu'ainsi ils sont responsables constitutionnellement. La France, comme le Royaume-Uni, fait partie de cette culture. Cette dernière entraîne la présence d'un faisceau de droits et mécanismes – dont font partie le contrôle juridictionnel de constitutionnalité (saisine du Conseil constitutionnel : articles 61 et 61-1 de la Constitution), la liberté de manifestation (article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen), la liberté d'association (loi du 1^{er} juillet 1901/ décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971), les mécanismes référendaires (art. 11, 89 de la Constitution de 1958) et électoraux, etc...- qui permettent l'intervention des juges, des citoyens et des représentants dans la justice constitutionnelle, et qui sont tant de modalités différentes d'activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants, de les obliger à rendre des comptes des implications constitutionnelles de leur politique.

1904. Si la nature souple ou rigide de la Constitution influe peu sur le principe de répartition de la justice constitutionnelle, elle conditionne davantage les modalités pratiques de cette répartition. Le cas français révèle ainsi une moins grande liberté des représentants dans la mesure où le Parlement est davantage soumis au contrôle du juge et où la réforme constitutionnelle apparaît moins aisée. Le Conseil constitutionnel dispose en outre d'armes -en apparence- plus contraignantes à l'égard du gouvernement et des parlementaires. L'étude de mécanismes comme la déclaration d'incompatibilité de la section 4 du *HRA* 1998 nous incite néanmoins à relativiser les différences entre les contrôles assortis d'un pouvoir d'abrogation ou d'annulation et ceux qui en sont dénués. Cela étant dit, les représentants (et particulièrement le gouvernement et le Président de la République) conservent une marge d'action non négligeable dans la justice constitutionnelle. Cela est vrai à la fois en période normale et en période exceptionnelle.

1905. En France également, les représentants interviennent dans la justice constitutionnelle à l'aide de la révision de la Constitution, de l'adoption des lois mais aussi d'outils beaucoup moins mis en avant : les pratiques politiques dont font partie les conventions de la Constitution.

1906. Vanessa Barbé soulignait ainsi l'importance du rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux au Royaume-Uni, mais aussi en France. Elle rappelait

notamment que le Parlement « dispose d'une compétence de concrétisation des droits fondamentaux grâce à sa fonction législative »²⁶⁸⁶ d'une part, et que cette compétence est « protégée » par la Constitution française d'autre part. Vanessa Barbé mettait l'accent sur l'importance de la concrétisation des droits fondamentaux par le Parlement, dans la mesure où ces droits étant difficilement révisables, « la concrétisation parlementaire est le premier moyen de les rendre effectifs, avant toute autre concrétisation par le gouvernement ou le juge »²⁶⁸⁷.

1907. L'intervention des représentants dans la justice constitutionnelle française ne s'arrête pas à l'opération de confection de la loi. Ils semblent également intervenir par le biais de conventions de la Constitution, dont Pierre Avril mettait en lumière la présence dans le fonctionnement de la Cinquième République²⁶⁸⁸. La possibilité pour les représentants d'imposer leur interprétation de la Constitution par le biais des conventions et des pratiques politiques vient considérablement renforcer la nécessité de ne pas lier la justice constitutionnelle à la présence d'une constitution écrite, codifiée et rigide. En effet, la présence de ces règles conventionnelles sous la Cinquième République montre que, même en présence d'une constitution rigide qui contraint le pouvoir des représentants de modifier la Constitution, ces derniers peuvent néanmoins le faire dans les coulisses et dans la pratique du pouvoir politique. C'est par le biais d'une règle conventionnelle et non sur le fondement d'une disposition de la Constitution de 1958, que les représentants ont créé et appliqué le principe de responsabilité du Premier ministre devant le Chef de l'État²⁶⁸⁹.

II) LA DIFFICULTÉ À FAIRE INTERVENIR LE CITOYEN : LA CRISE DE LA DÉMOCRATIE

1908. L'intervention des citoyens dans la justice constitutionnelle britannique révèle la tendance suivante : celle de vouloir renforcer la place du citoyen dans le fonctionnement de la démocratie tout en préservant au maximum la liberté d'action des représentants. La démocratie britannique demeure ainsi dans une forte logique représentative, et ce en dépit de la multiplication des mécanismes participatifs et délibératifs. Si les citoyens disposent de moyens

²⁶⁸⁶ BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit.

²⁶⁸⁷ *Ibid.*, pp. 24-25.

²⁶⁸⁸ AVRIL Pierre. *Les conventions de la constitution*, op. cit.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 116 : « La convention sur la responsabilité du Premier ministre est aujourd'hui reconnue comme une règle de la Vème république (...). ».

supplémentaires d'activer la responsabilité constitutionnelle des gouvernants, d'exiger de ces derniers qu'ils justifient les implications constitutionnelles de leur politique, ces outils ne sont pas contraignants pour les représentants.

1909. Le Royaume-Uni n'est néanmoins pas le seul État concerné par cette crise. Il semble ainsi que l'intérêt de la conception retenue dans cette étude de la justice constitutionnelle permet de questionner l'état de la démocratie et de la participation citoyenne dans d'autres pays. La définition retenue de la justice constitutionnelle dans cette thèse peut ainsi également être un fondement pour interroger le fonctionnement de la démocratie française et la place du citoyen dans la justice constitutionnelle.

1910. Le cas français semble révéler la volonté des gouvernants de rénover le rôle du peuple dans le fonctionnement de la démocratie. Depuis les années 1960-1970, les mécanismes de démocratie participative en France ce sont ainsi multipliés. Au niveau local, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a par exemple inséré l'article 72-1 dans la Constitution, permettant aux électeurs de demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante d'une question relevant de sa compétence. Au niveau national, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a également démontré cette volonté de revaloriser l'intervention des citoyens dans le fonctionnement de la Cinquième République. Cette réforme créait le référendum d'initiative partagée (RIP). Cette procédure a été insérée à l'article 11 de la Constitution et permet d'organiser un référendum sur une proposition de loi présentée par au moins 1/5^e des parlementaires et soutenue par 1/10^e du corps électoral (ce qui équivaut à 4,7 millions de personnes environ).

1911. Fait partie de cette volonté de renforcer la place du citoyen dans la démocratie française, l'arrivée récente du droit de pétition numérique auprès du Sénat, et à venir auprès de l'Assemblée nationale. Le 23 janvier 2020, une plateforme de dépôt de pétitions en ligne a été lancée par la Chambre haute. Cette plateforme permet de déposer une pétition ou d'apporter son soutien à une pétition déjà publiée. Ce droit est ouvert « *à toutes les personnes majeures inscrites sur le registre national d'identification des personnes physiques de l'INSEE, et disposant d'un compte FranceConnect.* »²⁶⁹⁰. Comme au Royaume-Uni, ce mécanisme pétitionnaire offre au citoyen l'opportunité de se saisir d'une question constitutionnelle. Les pétitions peuvent ainsi porter sur l'inscription d'une proposition de texte à l'ordre du jour du

²⁶⁹⁰ « Le Sénat ouvre sa plateforme de pétitions citoyennes en ligne », *Vie publique – Au cœur du débat public*, [en ligne], [consultée le 12/03/2021], <https://www.vie-publique.fr/en-bref/272956-le-senat-ouvre-sa-plateforme-de-petitions-citoyennes-en-ligne>.

Sénat, ou sur la création d'une mission de contrôle sénatoriale. Cette dernière doit alors porter sur l'action du gouvernement, ou sur l'évaluation d'une politique publique, ou sur une loi votée depuis plus d'un an. L'Assemblée nationale a également la volonté d'insérer un mécanisme numérique de pétition. Selon le nouvel article 147 du Règlement de l'Assemblée, les pétitions seront mises en ligne quand elles auront été signées par au moins 100 000 pétitionnaires. Quand une pétition est soutenue par plus de 500 000 pétitionnaires domiciliés dans trente départements ou collectivités d'outre-mer, elle peut faire l'objet d'un débat en séance publique.

1912. La France semble ainsi également confrontée à cette difficulté à faire intervenir le citoyen dans la question constitutionnelle, il suffit pour cela de porter un regard sur les différents mécanismes d'intervention populaire. Le référendum est très peu utilisé et les représentants conservent une importante liberté dans son initiative. Le mécanisme du RIP de l'article 11 n'a d'ailleurs été utilisé qu'une fois, et s'est soldé par un échec. Le RIP avait été déclenché le 10 avril 2019 par 248 députés, en déposant une proposition de loi dont l'objectif était d'affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris, Charles de Gaulle, Orly et le Bourget. Le 26 mars 2020, le Conseil constitutionnel a néanmoins constaté que la proposition de loi ne faisait pas l'objet d'un soutien populaire assez important pour poursuivre la procédure : la proposition de loi n'était soutenue que par 1 093 030 citoyens contre les 4.7 millions exigés²⁶⁹¹.

1913. Le moment de mobilisation nationale d'ampleur autour de questions politiques et constitutionnelles semble toujours être les élections présidentielles. Les réformes constitutionnelles de 1962 et 2000 en ont fait l'instant capital de la vie politique française. Ce faisant, la démocratie française demeure fortement ancrée dans une logique représentative. Les représentants dominés par le gouvernement et le Président de la République restent, du fait du présidentielisme (c'est-à-dire de la prépondérance du Chef de l'État dans la Cinquième République), les maîtres de la prise de décision et ainsi, de la prise de décision constitutionnelle.

1914. Le mécanisme de la pétition au niveau national est encore peu connu, peu utilisé et peu médiatisé. Ainsi, si le droit de pétition existait auprès du Sénat avant la mise en place de la plateforme numérique en 2020, il était très peu mis en pratique. En effet, ce ne sont que quarante-neuf pétitions qui ont été déposées auprès de la Chambre haute entre le 1^{er} octobre 2007 et le 1^{er} avril 2017. Devant l'Assemblée nationale, le chiffre est encore moins important

²⁶⁹¹ « Questions-réponses - Sept questions sur le référendum d'initiative partagée (RIP) », *Vie publique – Au cœur du débat public*, [en ligne], [consultée le 12/03/2021], <https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/38683-le-referendum-dinitiative-partagee-rip>.

sur la même période. Il semble que la démocratie soit toujours un objectif à atteindre, ce qui ne devrait qu'activer la création de nouveaux mécanismes d'exercice populaire de la justice constitutionnelle.

BIBLIOGRAPHIE

Littérature anglo-saxonne

I) Ouvrages

- ALLAN T.R.S. *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 316 p.
- ALLAN T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 344 p.
- ALLAN T.R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 384 p.
- AUSTIN John. *The Province of Jurisprudence Determined*, London John Murray – Albermarle Street, 1832, 391 p.
- BAGEHOT Walter. *The English Constitution*, Oxford, Oxford Paperbacks, 2nd edition, 1873, 214 p.
- BAILEY S.H, HARRIS D.J, JONES B.L. *Civil liberties - Cases and materials*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1991, 863 p.
- BAMFORTH Nicholas, LEYLAND Peter. *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 432 p.
- BARNETT Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, London and New York, Routledge, 10th edition, 2013, 800 p.
- BAUMAN Richard W., KAHANA Tsvi. *The Least Examined Branch- The Role of Legislatures in the Constitutional States*, New York, Cambridge University Press, 2006, 596 p.
- BELLAMY Richard. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2007, 282 p.
- BINGHAM Thomas Henry. *The rule of law*, London, Penguin, 2010, 224 p.
- BLACKBURN Robert. *Rights of Citizenship*, London, Mansell Publishing Limited, 1993, 338 p.
- BLACKSTONE William. *Commentaries on the Laws of England*, Bensenville, Lushena Books, 2014, 443 p.
- BLICK Andrew, HENNESSY Peter. *The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution – The Hidden Wiping Emerges*, Institute for Public Policy Research, 2011, 47p.
- BOGDANOR Vernon. *The New British Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, 334 p.
- BRAZIER Rodney. *Constitutional Reform – Reshaping the British Political System-*, Oxford, Oxford University Press, 3rd edition, 2008, 180 p.
- BRYCE James. *Constitutions*, New York and London, Oxford University Press American Branch, 1905, 341 p.
- BURKE Edmund. *Reflections on the Revolution of France*, Oxford, Oxford University Press 2009, 352 p.

- CROSS Rupert, BELL John, ENGLE George. *Statutory Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 211 p.
- DICEY Albert Venn. *A Leap in the dark or our new Constitution*, London, John Murray, Albemarle Street, 1893, 239 p.
- DICEY Albert Venn. *Introduction to the study of law of the constitution*, Indianapolis, Liberty Fund Inc, 8th edition, 1915, 435 p.
- DWORKIN Ronald. *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, 450 p.
- DWORKIN Ronald. *Law's Empire*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, 470 p.
- DWORKIN Ronald. *Taking Rights Seriously*, London and New York, Bloomsbury, 1977, 444 p.
- EVANS Paul. *Braking the Law – Is There, and Should There be, an Executive Veto Over Legislation in the UK Constitution?*, The Constitution Unit, October 2020, 46 p.
- EWING D. Keith, DALE-RISK Kenneth. *Human Rights in Scotland: Text, Cases and Materials*, W. Green, 3rd edition, 2004, 606 p.
- FENWICK Helen, PHILLIPSON Gavin. *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 455 p.
- FORSYTH Christopher. *Judicial Review and the Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, 442 p.
- GARDBAUM Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 262 p.
- GOLDSWORTHY Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: Contemporary debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 326 p.
- GOLDSWORTHY Jeffrey. *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 330 p.
- GORDON Michael. *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution - Process, politics and democracy-*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, 366 p.
- GORDON Richard. *Repairing British Politics – A Blueprint for Constitutional Change*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, 198 p.
- GORDON Richard, STREET Amy. *Select Committees and Coercive Powers – Clarity or Confusion?*, The Constitution Society, 2012, 85 p.
- HALE Matthew. *The History of the Common Law of England And An Analysis of the Civil Part of the Law*, London, Butterworth, 6th edition, 1820, 354 p.
- HARRINGTON James. *The Commonwealth of Oceana*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017, 161 p.
- HART L. A. Herbert. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 3rd edition, 2012, 333 p.
- HEUSTON R.F.V. *Essays in Constitutional Law*, India, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd, 2nd edition, 2011, 204 p.
- HUNT Murray, HOOPER Hailey, YOWELL Paul. *Parliaments and Human Rights – Redressing the democratic deficit*, Arts and Humanities Research Council, 60 p.
- JENNINGS Ivor. *The Law and the Constitution*, London, University of London Press Ltd, 5th edition, 1959, 354 p.
- JOWELL Jeffrey, OLIVER Dawn, O’CINNEIDE Colm. *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2011, 420 p.
- KAVANAGH Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 1st edition, 2009, 455 p.
- KELLY Richard. *Confidence Motions*, House of Commons Library, Briefing paper, n°02873, 2019, 47 p.

- KELLY Richard. *Dissolution of Parliament*, House of Commons Library, Briefing paper, n° 05085, 2019, 14 p.
- KING Anthony. *Does the United Kingdom still have a Constitution?*, London, Sweet and Maxwell, 2001, 111 p.
- LATHAM R. T. E. *The Law and the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1949, 120 p.
- LAWS John. *The Common law Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 90 p.
- LE SUEUR Andrew, SUNKIN Maurice, KHUSHAL MURKENS Eric. *Public Law-Text, Cases and materials*, Oxford University Press, 2^{ème} édition, 2013, 886 p.
- Lord SCARMAN. *English Law- The New Dimension*, London, Stevens and Sons, 1974, 88 p.
- LECKEY Robert. *Bill of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 256 p.
- LOFT Philip. *Petitions in the UK*, House of Commons Library, Briefing Paper n°CBP 8620, 2019, 33 p.
- LOCKE John. *Traité du gouvernement civil*, Les classiques des sciences sociales, [en ligne],[consulté le 21/05/2021],http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traite_du_gouvernement/traite_du_gouv_civil.pdf, 144 p.
- LOUGHLIN Martin. *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 292 p.
- LOUGHLIN Martin. *The British Constitution – A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1st édition, 2013, 135 p.
- MACKAY James. *The Administration of Justice- The Hamlyn Lectures*, London, Stevens and Sons/ Sweet and Maxwell, 1994, 91 p.
- MAER Lucinda, RYAN-WHITE Georgina. *The Ministerial Code and the Independent Adviser on Ministerial Interests*, House of Commons Library, Briefing paper, 2018, n° 03750, 26 p.
- MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Theory*, USA, Oxford University Press, 1981, 248 p.
- MARSHALL Geoffrey. *Constitutional Conventions- The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 261 p.
- MARSHALL T.H. *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, 85 p.
- MILL John Stuart. *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaume et Cie, 3^{ème} édition, 1877, 456 p.
- MILL John Stuart. *On liberty*, Kitchener, Ontario, Batoche Books Kitchener, 2001, 109 p.
- MILTON John. *Ecrits politiques – suivis de la Liberté à double tranchant par Marie-Madeleine Martinet*, Belin, 1993, 336 p.
- OLIVER Dawn. *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 424 p.
- OLIVER Peter. *The Constitution of Independence, The Development of Constitutional Theory in Australia, Canada and New Zealand*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 392 p.
- PAINE Thomas; PHILIP Mark (dir.). *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 544 p.
- PETTIT Philip. *Republicanism - A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 328 p.
- PHILLIPS Hood O. *Reform of the Constitution*, Chatto and Windus, 1970, 176 p.

- POCOCK J.G.A. *The Ancient Constitution and the Feudal Law – A Study of English historical Thought in the Seventeenth Century*, London, New York, New Rochelle, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1987, 402 p.
- PYPER Doug. *Trade union legislation 1979-2010*, House of Commons Library, Briefing Paper, 2017, 11 p.
- QVORTRUP Matt. *A Tale of Two Referendums. Elite Manipulation or Civic Engagement?*, The Constitution Society, 2015, 40 p.
- QVORTRUP Matt. *The British Constitution: Continuity and Change- A Festschrift for Vernon Bogdanor*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, 212 p.
- RAWLS John. *Justice et démocratie*, Paris, Editions du Seuil, 1993, 386 p.
- RENWICK Allan, HAZELL Robert. *Blueprint for a UK Constitutional Convention*, UCL, Department of Political Science – The Constitution Unit, June 2017, 80 p.
- RENWICK Alan, PALESE Michela. *Doing Democracy Better: How Can Information and Discourse in Election and Referendum Campaigns in the UK be improved?*, The Constitution Unit, UCL, 2019, 284 p.
- RENWICK Alan, ALLAN Sarah, JENNING Will, MCKEE Rebecca, RUSSELL Meg, SMITH Graham. *The Report of the Citizens' Assembly on Brexit*, The Constitution Unit, UCL, 2017, 86 p.
- ROSENBERG Shawn. *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?*, California, Palgrave Macmillan, 2007, 328 p.
- RUSSELL Meg, GOVER Daniel. *Legislation at Westminster – Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 324 p.
- SALMOND W. John. *Jurisprudence or the Theory of the Law*, London, Stevens and Haynes, 1902, 673 p.
- SANDFORD Mark. *Parliamentary Questions: recent issues*, House of Commons Library, Briefing paper, n°04148, 2015, 17 p.
- Leslie SCARMAN. *The Red Lion Square Disorders of 15 June 1974: Report of Inquiry*, Her or London, His Majesty's Stationery Office, 1975, 56 p.
- SIDNEY Algernon. *Discourses Concerning Government*, Liberty Fund Inc, 1996, 2nd revised edition, 645 p.
- SKINNER Quentin. *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, 2011, 156 p.
- SIMSON CAIRD Jack. *The Supreme Court on Devolution*, Briefing Paper, House of Commons Library, n°07670, 2016, 33 p.
- SMITH Eivind. *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, 1995, 402 p.
- STEVENS Robert. *English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, 209 p.
- STONE SWEET Alec. *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 232 p.
- STREET Amy. *Judicial Review and the Rule of Law- Who is in Control?*, London, The Constitution Society, 2013, 58 p.
- TOMKINS Adam. *Our Republican Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, 156 p.
- TOMKINS Adam. *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 231 p.
- UBEROI Elise. *Public Engagement in the UK Parliament: overview and statistics*, House of Commons Library, Briefing Paper, n° CBP 8158, 24 novembre 2017, 28 p.

- VOLLANS Tim, ASQUITH Glenn. *English Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2nd edition, 2011, 193 p.
- WADE H.W.R. *Constitutional Fundamentals*, London, Stevens and sons, 1980, 83 p.
- WALDRON Jeremy. *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 332 p.
- WEBB Philippa, ROBERTS Kirsten. *Effective Parliamentary Oversight of Human Rights- A Framework for Designing and Determining Effectiveness*, King's College of London, June 2014, 13 p.
- WICKS Elizabeth. *The Evolution of a Constitution – Eight Key Moments in British Constitutional History*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, 224 p.
- YOUNG Alison L. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, 180 p.

II) Articles, contributions, rapports officiels

A) Articles et contributions

- ABRAHAM Ann. « The Future in International Perspective: The Ombudsman as Agents of Rights, Justice and Democracy », *Parliamentary Affairs*, 2008, vol. 61, n°4, pp. 681-693.
- ABRAHAM Ann. “The Ombudsman and Individual Rights”, *Parliamentary Affairs*, 2008, vol. 61, n° 2, pp. 370-379.
- ACKERMAN Bruce. « Constitutional Politics/Constitutional Law », *The Yale Law Journal*, 1989, vol. 99, n°3, pp. 453-547.
- ALDONS Malcolm. « The ‘Elective Dictatorship’ – Fact or Fiction ? », *Australasian Political Review*, 2002, vol 17, n°2, pp. 69-78.
- ALLAN T.R.S. « Constitutional Rights and Common law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1991, vol. 11, n°4, pp. 453-480.
- ALLAN T.R.S. “Dworkin and Dicey: The Rule of law as Integrity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1988, vol. 8, n°2, pp. 266-277.
- ALLAN T.R.S. “In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2009, n°5, pp. 1-18.
- ALLAN T.R.S. « Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism », *Cambridge Law Journal*, 1985, vol. 44, issue 01, pp. 111-143.
- ALLAN T.R.S. “Parliament's Will and the Justice of the Common Law: The Human Rights Act in a comparative perspective”, *Current Legal Problems Lecture*, 2006, vol. 59, issue 1, pp. 28-50.
- ALLAN T.R.S. “Questions of Legality and Legitimacy: Form and substance in British constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp. 155-162.
- ALLAN T.R.S. « Politics, Constitutionalism and the Rule of Law », *The World Financial Review*, 2015, pp. 22-24.

- BAMFORTH Nicholas. “Accountability of and to the Legislature” In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford Oxford University Press, 2014, pp. 259-288.
- BAMFORTH Nicholas, LEYLAND Peter. “Introduction : Accountability in the Contemporary Constitution”, In *Accountability in the Contemporary Constitution* edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp.1-26.
- BAMFORTH Nicholas. “Current issues in United Kingdom constitutionalism: an introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n° 01, pp. 79-85.
- BARBER Nick. “Against a written constitution”, *Public Law*, 2008, issue 1, pp. 11-18.
- BARBER Nick. “The afterlife of Parliamentary sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp.144-154.
- BELLAMY Richard. “Inaugural Lecture: Political Constitutionalism”, *School of Public Policy Working Paper Series, Working paper 26*, 2007, pp. 1-25.
- BENDOR Ariel. L, SEGAL Zeev. “Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, A New Judicial Review Model”, *American University International Law Review*, 2002, vol. 17, n°4, pp. 683-722.
- BINDMAN Geoffrey. “The Right to Racial Equality”, In *Rights of Citizenship*, edited by Robert Blackburn, London, Mansell Publishing Limited, 1993, pp. 139-155, p. 147.
- BLACKBURN Robert. « Introduction: Citizenship Today », In. *Rights of Citizenship*, London, Mansell Publishing Limited, 1993, 338 p., pp. 1-11.
- BOCHEL Catherine. « Petitions: Different Dimensions of Voice Influence in the Scottish Parliament and the National Assembly of Wales », *Social Policy and Administration*, 2012, vol. 46, n°2, pp. 142-160.
- BOCHEL Catherine. “Process matters: petition systems in Britain’s legislatures”, *Journal of Legal Studies*, 2016, vol. 22, n°3, pp.368-384.
- SIMSON CAIRD Jack, HAZELL Robert, OLIVER Dawn. *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee of the Constitution*, 2017, The Constitution Society, UCL, 47 p.
- Lord Carnwath. “From judicial outrage to sliding scales – where next for Wednesbury?”, *ALBA Annual Lecture*, 12th November 2013, pp. 1-20.
- Lord Carnwath of Notting Hill JSC. “Judicial Precedent – Taming the Common Law”, *NMLR Annual Lecture Series*, 7th June 2012, pp. 1-21.
- CAULFIELD Megan. “Constitutional Conventions in the United Kingdom: Should they be codified?”, *Manchester Student Law Review*, 2012, vol. 1, n° 42, pp.42-48.
- CHAN Cora. « A preliminary framework for measuring deference in rights reasoning Article pc pdf “measuring deference in human rights cases” », *International Journal of Constitutional Law*, 2016, vol. 14, n°4, pp. 851-882.
- COLE Alistair. « La territorialisation de l’action publique au Royaume-Uni ». *Revue française d’administration publique*, 2007, n°121-122, pp. 131-144.
- Mc CORKINDALE Christopher, McHARG Aileen, F SCOTT Paul. “The Courts, Devolution and Constitutional Review”, *The University Queensland Law Journal*, 2018, vol. 36, issue 2, pp. 289-310.
- COWIE Graeme, DE MARS Sylvia, KELLY Richard, TORRANCE David. *Constitutional implications of the Withdrawal Agreement legislation*, Briefing Paper, House of Commons Library, n° 08805, 2020, 82 p.

- CRAIG Paul. “Britain in the European Union” In *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, pp. 104-133.
- CRAIG Paul. “Formal and substantive conceptions of the rule of law: a theoretical framework”, *Public Law*, 1997, pp. 467-487.
- CRAIG Paul. “Judicial Review and Anxious Scrutiny: Foundations, Evolution and Application”, *Public Law*, 2015, n°20, issue 1, pp. 60-78.
- CRAIG Paul. “Political Constitutionalism and the judicial role: A response”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp.112-131.
- CRAIG Paul. “The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality”, *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, issue 6, pp. 1915-1944.
- CRAIG Paul. « The Nature of Reasonableness Review », *Legal Research Paper Series*, 2013, n°78, pp. 1-37.
- CRAWFORD Christopher. « Dialogue and Declarations of Incompatibility Under Section 4 Of the *Human Rights Act 1998* », *The Denning Law Journal*, 2013, vol. 25, n°1, pp. 43-89.
- MC CRUDDEN Christopher. “Multiculturalism, freedom of religion, equality, and the British Constitution: the *JFS* case considered”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp. 200-229.
- DAKOLIAS Maria. “Are We There Yet? Measuring Success of Constitutional Reform”, *Vanderbilt Journal of transnational law*, 2006, vol. 39, pp.1117-1231.
- DELANEY Erin F. “Judiciary Rising: Constitutional Change in the United Kingdom”, *Northwestern University Law Review*, 2014, vol.108, n° 02, pp. 543-606.
- DINGLE Lesley; MILLER Bradley. “A Summary of Recent Constitutional Reform in the United Kingdom”, *International Journal of Legal Information*, 2005, vol. 33, Issue 1, pp. 71-102.
- DOUGLAS-SCOTT Sionaidh. “The Constitutional Implications of the EU (Withdrawal) Act 2018: A Critical Appraisal”, *Legal Studies Research Paper*, 2019, n°299, pp. 1-19.
- DREWRY Gavin. “The Judicialisation of ‘Administrative Tribunals’ in the UK: From Hewart to Legatt”, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 2009, n°28, pp. 46-64.
- ELEFTherIADIS Pavlos. “Parliamentary Sovereignty and the Constitution”, *Legal Research papers series*, 2009, n°45, pp. 1-42.
- ELLIOTT Mark. « Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom’s Contemporary Constitution », *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 2014, n°49, pp. 1-12.
- ELLIOTT Mark. “Embracing ‘Constitutional’ Legislation: Towards Fundamental Law?”, *Legal Studies Research Paper Series*, 2014, n°48, pp. 1-21.
- ELLIOTT Mark. « Ombudsmen, Tribunals, Inquiries : Re-fashioning Accountability Beyond the Courts », In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 233-258.
- ELLIOTT Mark. « Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention », *Legal Studies*, 2002, vol. 22, issue 3, pp. 340- 376.
- ELLIOTT Mark. « The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law ». In *Judicial Review and the Constitution*, edited by Christopher FORSYTH, Hart Publishing, 2000, pp. 83-109.

- ELLIOTT Mark, TIERNEY Stephen. "Political Pragmatism and Constitutional Principle: The European Union (Withdrawal) Act 2018", *Legal Studies Research Papers Series*, 2018, n°58, pp. 1-25.
- ELLIOT R. "Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values.", *Osgoode Hall Law Journal*, 1991, vol. 29, n° 2, pp. 215-251.
- ESTLUND David. « Jeremy Waldron on *Law and Disagreement* », *Philosophical Studies*, 2000, pp.111-128.
- EWING D. Keith. « The Resilience of the Political Constitution », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 12, pp. 2111-2136.
- EWING K.D, THAM Joo- Cheong. "The Continuing Futility of the Human Rights Act", *Public Law*, 2008, pp. 668-693.
- MC FARLANE Emmett. "Conceptual Precision and Parliamentary Systems of Rights: Disambiguating "Dialogue", *Review of Constitutional Studies*, 2012, vol. 17, issue 2, pp. 73-100.
- FELDMAN David. "Constitutional Conventions" In *The British Constitution: Continuity and Change, A Festschrift for Vernon Bogdanor*, edited by Matt Qvortrup, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, 202 p., pp. 93-119.
- FIKFAK Veronika. "English Courts and the 'Internalisation' of the European Convention of Human Rights", *UK Supreme Court Annual Review*, 2015, vol. 5, pp. 188-222.
- FORSYTH Christopher. "The definition of Parliament after Jackson: Can the life of Parliament be extended under the Parliaments Act 1911 and 1949?", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp. 132-143.
- FREDERICK FISCHER Susanna. « Playing Poohsticks with the British Constitution? The Blair Government's Proposal to Abolish the Lord Chancellor », *Penn State International Law Review*, 2005, vol. 24, pp. 257-329.
- FRIEDMAN GOLDSTEIN Leslie. "From Democracy to Juristocracy", *Law and Society Review*, 2004, vol 38, n°3, pp. 611-629.
- FRITZ D. "An Entrenched Bill of Rights for the United Kingdom: The Constitutional Dilemma", *Anglo-American Law Review*, 1981, vol.10, n° 2, pp. 105-120.
- GAMBLE Andrew. "The Constitutional Revolution in the United Kingdom", *The Journal of Federalism*, vol. 36, n°1, pp.19-35.
- GARDBAUM Stephen. « The 'horizontal effects' of constitutional rights », *Michigan Law Review*, 2003, vol. 102, issue 3, pp. 387-459.
- GAY Oonagh. "Devolution and Concordats", *Research paper 99/84*, 1999, 36 p.
- GEARTY Conor. « Beyond the Human Rights Act » in *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, edited by Tom Campbell, K.D Ewing, Adam Tomkins, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 472-486.
- GEE Graham, C.N WEBBER Grégoire. "What is a Political Constitution?" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, issue 2, pp. 273-299.
- GOLDONI Marco. "Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy", *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 08, pp. 1053-1076.
- GOLDONI Marco. "Political Constitutionalism and the Value of Constitution Making", *Ratio juris*, 2014, vol. 27, n°3, pp. 387-408.
- GOLDONI Marco. "Two internal critiques of political constitutionalism", *International Journal of International Law*, 2012, vol. 10, n° 4, pp.926-949.
- GOLDSWORTHY Jeffrey. "Homogenising Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, vol. 3, n°23, pp. 483-505.

- GORDON Michael, DOUGAN Michael. “The United Kingdom's European Union Act 2011: 'who won the bloody war anyway?'”, *European Law Review*, 2012, pp. 3-30.
- GRIFFITH J.A.G. “The Political Constitution”, *the Modern Law Review*, 1979, vol. 42, issue 1, pp. 1- 21.
- GRIFFITH J.A.G. “Tribunals and Inquiries -“But what good came of it at last? ” Quoth little Peterkin. “Why that I cannot tell,” said he, “ But ’twas a famous victory.”, *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, pp. 125-145.
- HORNE Alexander, CLIVE Walker. Lessons learned from political constitutionalism? Comparing the enactment of control orders and terrorism prevention and investigation measures by the UK Parliament, *Public Law*, 2014, pp. 267-288.
- HAILSHAM Lord. « Elective Dictatorship », *The Richard Dimbleby Lecture*, 1976, British Broadcasting corporation.
- Lady HALE. “UK Constitutionalism on the March?”, *Judicial Review*, 2014, vol. 19, n°4, pp. 201-208.
- MC HARG Aileen. “Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law”, *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n°6, pp. 853-877.
- HARRIS Eleonora. “Redefining Parliamentary Sovereignty: the exemple of devolution referenda”, *Perspective on Federalism*, 2011, vol. 3, issue 3, pp. 95-125.
- HAZELL Robert. “Who is the guardian of legal values in the legislative process: Parliament or the Executive?”, *Public Law*, 2004, pp. 495-500.
- HEYDON J.D. “Are Bill of Rights Necessary in Common Law Systems?”, *Law Quarterly Review*, 2014, vol. 130, issue 3, pp. 392-412.
- HIEBERT Janet L. “Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review”, *British Journal of Political Science*, 2005, vol. 35, n° 2, pp. 235-255.
- HIEBERT Janet L. “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 04, issue 1, pp. 1-38.
- HIEBERT Janet L. “Parliamentary Bills of Rights: An alternative Model, *Modern Law Review*, 2006, vol. 69, n°1, pp. 7-28.
- HIEBERT Janet L. «The Human Rights Act: Ambiguity about Parliamentary Sovereignty » ,*German Law journal*, 2013, vol. 14, issue 12, pp. 2253-2574.
- HILBINK Lisa. “Assessing the New Constitutionalism”, *Comparative Politics*, 2008, vol. 40, n° 2, pp. 227-245.
- Lord HOFFMAN. “Human Rights and the House of Lords”, *the Modern Law Review*, 1999, vol. 62, n°2, pp. 159-166.
- HOGG Peter W., BUSHELL Allison A. “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures- (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, vol. 35, n°1, pp.75-124.
- HOLDSWORTH William Searle. « The Conventions of the Eighteenth Century Constitution », *Iowa Law Review*, Vol. XXVII, n°2, pp. 161-180.
- HORNE Alexander, CONWAY Megan. “Parliament and Human Rights”, *Parliament and the Law*, 2018, pp. 231-265.
- Lord IRVINE OF LAIRG. “Sovereignty in Comparative Perspective: Constitutionalism in Britain and America”, *New York University Law Review*, 2001, vol. 76, n°1, pp. 1-22.
- JENKINS David. “From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution”, *Vanderbilt Journal of transnational Law*, 2003, vol. 36, n°3, pp. 863-960.

- JENKINS David. « Common law declarations of unconstitutionality », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, issue 2, pp. 183-214.
- JOHNSON Carolina. “Local Civic Participation and Democratic Legitimacy: Evidence from England and Wales”, *Political studies*, 2015, vol. 63, pp. 765-792.
- JOWELL Jeffrey, LESTER Anthony. “Beyond Wednesbury: substantive principles of administrative law”, *Commonwealth Bulletin*, 1988, vol. 14, n°2, pp. 858-870.
- JOWELL Jeffrey. “In the Shadow of Wednesbury”, *Judicial Review*, 1997, vol. 2, issue 2, pp. 75-80.
- KAVANAGH Aileen. “Constitutionalism, counterterrorism, and the courts: Changes in the British Constitutional landscape”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp. 172-199.
- KAVANAGH Aileen. « What’s so Weak About ‘Weak Form Review’? The Case of the Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol.13, issue 4, pp. 1008–1039.
- KEATING Michael. « V. La dévolution au Royaume-Uni ». *Annuaire des collectivités locales*, 2004, vol. 24, n°24, pp. 321-334.
- KHAN A. Azfer. “The Trade Union Act 2016: What Next”, *Cambridge Law Review*, 2017, vol. 2, pp. 213-225.
- KING Jeff. “The Instrumental Value of Legal Accountability”, *In Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 124-152.
- KLUG Francesca. “Judicial Deference under the Human Rights Act 1998”, *European Human Rights Law Review*, 2003, vol. 2, pp. 125-133.
- LACATUS Corina. “Human rights networks and regulatory stewardship : An analysis of a multi-level network of human rights commissions in the United Kingdom”, *The British Journal of Politics and International Relations*, 2018, vol 1., n°4, pp. 809-826.
- LAJOIE Andrée, BERGADA Cécile, GELINEAU Eric. « Legislatures as Constitutional Interpretation: Another Dialogue”, *In The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State* edited by Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 385-395.
- LAKIN Stuart. « Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, vol. 28, n°4, pp. 709-734.
- MC LAUGHLIN Eithne. “From Negative to Positive Equality Duties: The Development and Constitutionalisation of Equality Provisions in the UK”, *Social Policy and Society*, 2007, vol. 6, issue 1, pp. 111-121.
- LAWS John. “Law and Democracy”, *Public Law*, 1995, pp. 72-93.
- LE SUEUR Andrew. “The Foundations of Justice”, *In The Changing Constitution*, Edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O’Cinneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, 420 p., pp. 222-248.
- LESTER Anthony. “Fundamental Rights in the United Kingdom: the Law and the British Constitution”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1976, vol. 125, pp. 337-363.
- LESTER Anthony. “Parliamentary scrutiny of legislation under the Human Rights Act 1998”, *European Human Rights Law Review*, 2002, vol. 4, pp. 432-451.
- LESTER Anthony. « The Magnetism of the Human Rights Act 1998 », *Victoria University of Wellington Law Review*, 2002, vol. 33, pp. 477-506.
- LEYLAND Peter. “The multifaceted constitutional dynamics of U.K. Devolution”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp.251-273.

- LOUGHLIN Martin. « The Constitutional Imagination », *The Modern Law Review*, 2015, vol. 78, n° 1, pp. 1-25.
- LOUGHLIN Martin. “Towards a Republican Revival?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, n°2, pp. 425-437.
- LUSOLI Wainer, WARD Stephen, GIBSON Rachel. “(Re) connecting Politics? Parliament, the Public and the Internet”, *Parliamentary Affairs*, 2006, vol 59, n°1, pp. 24-42.
- MCLEOD Ian. “Literal and Purposive Techniques of Legislative Interpretation : Some European Community and English Common Law Perspectives”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 29, issue 3, 2004, pp. 1109-1134.
- MELTON James, STUART Christine, HELEN Daniel. “To codify or not codify- Lessons from consolidating the United Kingdom's Constitutional Statutes”, *The Constitution Unit*, University College of London, March 2015, 41 p.
- MC LEAVE Terence. « Judicial Discretion versus Restraint in the Realm of Human Rights : A Contextual Approach to the UK Human Rights Act 1998”, *Trinity College Law Review*, 2008, vol. 11, pp. 102-126.
- NGUYÊN-DUY Iris. “Sovereignty and Europe- A British Perspective”, *Centre international de formation européenne, l'Europe en formation*, 2013, vol.2, n° 368, pp. 79-96.
- O’CINNEIDE Colm. « Human Rights and the UK Constitution » In *The Changing Constitution*, Edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O’Cinneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, 420 p., pp. 67-103.
- O’ CINNEIDE Colm. « The Human Rights Act and the Slow Transformation of the UK's Political Constitution », *University College of London*, 2012, pp. 239-266.
- O'MAHONY Conor. “Constitutionalism and Legislation in Special Educational Needs Law: An Anglo-Irish Perspective”, *Public Law*, 2008, pp. 125-150.
- OLIVER Dawn. “Accountability and the Foundations of British Democracy – the Public Interest and Public Service Principles”, In *Accountability in the Contemporary Constitution* edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 289-308.
- OLIVER Dawn. “Regulating Politics in Government” In *The Changing Constitution*. Edited by Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, Colm O’Cinneide, Oxford, Oxford University Press, 8th edition, 2015, 420 p., pp. 307-328.
- OLIVER Peter C. “Sovereignty in the Twenty-First Century”, *King’s College Law Journal*, 2003, vol. 14, issue 2, pp.137-178.
- PEARSON Sarah. « Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism: Where does the Judiciary Lie at the Heart of this Tension?”, *Southampton Student Law Review*, 2013, vol. 3, issue 1, pp. 29-36.
- PEK Jane. “Things Better Left Unwritten?: Constitutional Text and the Rule of Law”, *New York University Law Review*, 2008, vol. 83, pp. 1979-2012.
- PEIRIS Gamini Lakshman. “Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvas”, *Cambridge Law Journal*, 1997, vol. 46, issue 1, pp. 53-82.
- PERLIN Debra. “Marbury on the Thames: Separation of powers in the United Kingdom Nascent Supreme Court”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2016, vol. 42, n°191, pp. 191-221.
- POLLY J. Price. “Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 1997, vol. 9, issue 1, pp. 73-145.

- POOLE Thomas. “Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionnalism”. *Oxford Journal of Legal studies*, 2003, vol. 23, Issue 3, pp. 435-454.
- POOLE Thomas. « Constitutional Exceptionalism and the Common Law », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, issue 2, pp. 247-274.
- POOLE Thomas. « Dogmatic Liberalism? T.R.S Allan and the Common Law Constitution », *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, pp. 463-475.
- POOLE Thomas. “Judicial Review at the Margins: Law, Power and Prerogative”, *The University of Toronto Law Journal*, 2010, vol. 60, n°1, pp. 81-108.
- POOLE Thomas. « Questioning Common-Law Constitutionalism », *Legal Studies*, 2006, vol. 25, issue 1, pp. 142-163.
- POST Robert.C, SIEGEL Riva B. “Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, 2004, vol. 92, pp. 1028-1044.
- POSTEMA Gerald. “Classical Common Law Jurisprudence (Part 1)”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 2, n°2, 2002, pp. 155-180.
- POSTEMA Gerald. “Classical Common Law Jurisprudence (Part 2)”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 3, n°1, 2003, pp. 1-28.
- QVORTRUP Matt. “Power to the People! But How? The Different Uses of Referendums Around the World”, *Political Studies Review*, 2015, vol. 13, pp. 37-45.
- RAINE Thomas. “Judicial Review under the Human Rights Act: A culture of justification”, *North East Law Review*, 2013, pp. 81-108.
- RAWLS John. « The Idea of Public Reason », In *Deliberative Democracy – Essays on Reason and Politics*, James Bonham, William Rehg, The MIT Press, 2002, pp. 93- 142.
- RAZ Joseph. “The Rule of law and Its Virtue”, *Law Quaterly Review*, 1977, vol. 93, issue 2, pp. 195-211.
- ROSENBERG Shawn. “An Introduction: Theoretical Perspectives and Empirical Research on Deliberative Democracy”, In *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?*, edited by Shawn W. Rosenberg, California, Palgrave Macmillan, 2007, 328 p., pp 1-22.
- ROSENFELD Michel. “The Rule of Law and the legitimacy of Constitutional democracy”, *Southern California Law Review*, 2011, vol. 74, pp.1307-1341.
- SALES Philip. “Modern Statutory Interpretation”, *Statute Law Review*, vol. 38, issue 2, 2017, pp. 125-132.
- SALES Philip, EKINS Richard. “Rights-Consistent Interpretation and the Human Rights Act 1998”, *Law Quaterly Review*, 2011, vol. 127, pp. 217-238.
- SAUNDERS Cheryl, DZIEDZIC Anna. “Parliamentary Sovereignty and Written Constitutions in a comparative perspective”, *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, 2013, n° 651, pp. 1-25.
- SCOTT Paul. “(Political) Constitutions and (Political) Constitutionalism”, *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 12, pp. 2157-2183.
- SHAH Sangeeta, POOLE Thomas. “The Impact of the Human Rights Act on the House of Lords”, *LSE Working Papers*, n° 8, 2009, pp. 1-25.
- SHAUER Frederick F. “English Natural Justice and American Due Process: An Analatycal Comparison”, *William and Mary Law Review*, 1976, vol. 18, issue 1, pp.47-72.
- SMITH P. George. “Dr Bonham's Case and the Modern Significance of Lord's Coke Influence”, *Washington Law Review*, 1966, vol.41, pp. 297-314.
- STEYN Johan. « Dynamic Interpretation Amidst an Orgy of Statutes », *Ottawa Law Review*, 2003, vol. 35, issue 2, pp. 163-177.

- STELEIN Matthew. « The Democratic Common Law », *The Journal Jurisprudence*, 2011, pp. 437-485.
- Lord SUMPTION. “Government by decree: Covid-19 and the Constitution”, *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture*, 27th October 2020, 14 p.
- SWINTON Katherine. “Challenging the Validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1976, vol. 14, n°2, pp. 345-405.
- STONE DE MONTPENSIER Roy. “The British Doctrine of Parliamentary Sovereignty: A Critical Inquiry”, *Louisiana Law Review*, 1966, vol. 26, n° 4, pp. 753-787.
- STYLES C. Scott. « The Rule of Parliament: Statutory Interpretation After Pepper v. Hart », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, vol. 14, issue 1, pp. 151-158.
- SUMPTION Jonathan. “Judicial and Political Decision-Making: The Uncertain Boundary”, *the F.A Mann Lecture, Judicial Review*, 2011, pp. 301-315.
- SUTEU Silvia. « Developing democracy through citizen engagement: the advent of popular participation in the United Kingdom’s constitution-making », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 4, issue 2, pp. 405-422.
- SWINTON Katherine. “Challenging the validity of an Act of Parliament: The Effect of Enrolment and Parliamentary Privilege”, *Osgoode Law Journal*, 1976, vol. 14, n°2, pp. 345-405.
- TOMKINS Adam. « What’s Left of the Political Constitution? », *German Law journal*, 2013, vol. 14, issue 12, pp. 2275-2292.
- TRENCH Alan. “The Courts and Devolution in the UK”, *The British Journal of Politics and International Relations*, 2012, vol. 14, pp. 303-322.
- TREGASKIS Sharon. “Freedom of Association and the Closed Shop: A Balancing of Rights”, *Holdsworth Law Review*, vol. 10, 1985, pp. 84-105.
- TUSHNET Mark. “Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design”, In *The Least Examined Branch – The Role of Legislatures in the Constitutional State*, edited by Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 355-384.
- TUSHNET Mark. « Popular Constitutionalism As Political Law », *Chicago-Kent Law Review*, 2006, vol. 81, pp. 991-1006.
- TUSHNET Mark. « The Relation Between Political Constitutionnalism and Weak-Form Judicial Review », *German Law journal*, 2013, vol. 14, issue 12, pp. 2249-2264.
- TUSHNET Mark. « Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures », *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2004, n°1, vol. 2, pp. 7-24.
- VERMEULE Adrian. “Common Law Constitutionalism and the Limits of Reason”, *Columbia Law Review*, 2007, vol. 107, n°6, pp. 1482-1532.
- VICK D., W. « The Human Rights Act and the British Constitution », *Texas International law journal*, 2002, vol. 37, pp. 329 – 372.
- WADE H.W.R. “Sovereignty - Revolution or Evolution?”, *Law Quarterly Review*, 1996, vol. 112, pp. 568-575.
- WADE Henry William Rawson. “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 1955, vol.13, n° 2, pp. 172-197.
- WALDRON Jeremy. “The Core of the Case against Judicial Review”, *the Yale law Journal*, 2006, vol. 115, pp. 1346-1406.
- WEBBER Jeremy. “Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism”, In *The Least Examined Branch – The Role of*

Legislatures in the Constitutional State, edited by Richard W. Bauman, Tsvi Kahana, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 411-430.

- WEILL Rivka. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution Making”, *The American Journal of Comparative Law*, 2014, vol. 62, issue 4, pp. 127-170.
- WEILL Rivka. “We the British People”, *Public Law*, 2004, pp. 380-406.
- WERHAN Keith. « Popular constitutionalism, Ancient and Modern », *University of California, Davis Review*, 2012, vol. 46, pp. 67-131.
- WOODHOUSE Diana. « The Office of Lord Chancellor: time to abandon the judicial role- the rest will follow », *Legal Studies*, vol. 22, 2002, pp. 128-129.
- YOUNG Alison L. “Accountability, Human Rights Adjudication and the Human Rights Act 1998”, In *Accountability in the Contemporary Constitution*, edited by Nicholas Bamforth, Peter Leyland, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 155-179.
- YOUNG Alison L. “Sovereignty: Demise, afterlife, or partial resurrection?” *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, issue 1, pp. 163-171.

B) Articles et publications en ligne

- Article 11 – Right to freedom of assembly and association”, *UK Human Rights Blog*, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://ukhumanrightsblog.com/incorporated-rights/articles-index/article-11/>.
- ADAMS Thomas. “Thomas Adams: Wade's Factortame”, *UK Constitutional Law Association*, 24 février 2014, [en ligne], [consultée le 17/06/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/24/thomas-adams-wades-factortame/>.
- MC AMHLAIGH Cormac. “Cormac Mac Amhlaigh: Once More Unto the (Public/Private) Breach...: s.6 of the Human Rights Act 1998 and the Severability Thesis”, *UK Constitutional Law Association*, 13th December 2013, [en ligne], [consultée le 13/01/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/13/cormac-mac-amhlaigh-once-more-unto-the-public-private-breach-s-6-of-the-human-rights-act-1998-and-the-severabilitythesis/>.
- ASHER Molly, LESTON BANDEIRA Cristina, SPAISER Viktoria. “Assessing the effectiveness of e-petitioning through Twitter conversations”, [en ligne], [consultée le 15/04/2020] <https://www.oidp.net/docs/repo/doc174.pdf>.
- BAILEY J. David. “Decade of dissent : how protest is shaking the UK and why it’s likely to continue”, *The Conversation – L’expertise universitaire, l’expertise journalistique*, 2020, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://theconversation.com/decade-of-dissent-how-protest-is-shaking-the-uk-and-why-its-likely-to-continue-125843>
- BARBER Nick. “Nick Barber: After the Vote” *UK Constitutional Law Association*, 14 janvier 2014, [en ligne], [consultée le 14/02/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/14/nick-barber-after-the-vote/>.
- BARBER Nick. “Nick Barber: Can Royal Assent Be Refused on the Advice of the Prime Minister?”, *UK Constitutional Law Association*, 25 septembre 2013, [en ligne], [consultée le 11/03/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/09/25/nick-barber-can-royal-assent-be-refused-on-the-advice-of-the-prime-minster/>.

- BASMACI Melis. “Constitutional Conventions and Codification”, *KSLR Constitutional law*, 06th December 2013, [en ligne], [consultée le 04/05/2014], <http://kslr.org.uk/blogs/constitutionallaw/2013/12/06/constitutional-conventions-and-codification/>.
- BECKMAN Ludwig. “Popular Sovereignty facing the deep state. The rule of recognition and the power of the people”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, [en ligne], [consultée le 01/06/2020], <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13698230.2019.1644583>.
- BLICK Andrew. *Mapping the Path to Codifying - or not Codifying - the UK's Constitution*, Centre for Political & Constitutional Studies, Series paper 1, 23rd February 2011, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpolcon/writev/mapping/cde01.htm>.
- BOFFEY Emma. “Case Comment: The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland [2018] UKSC 64”, *UKSC blog*, January 2019, [en ligne], [consultée le 14/01/2021], <http://uksblog.com/case-comment-the-uk-withdrawal-from-the-european-union-legal-continuity-scotland-bill-a-reference-by-the-attorney-general-and-the-advocate-general-for-scotland-2018-uksc-64/>.
- BOWCOTT Owen. “Plan to reform supreme court is attack on independent judiciary, says Labour”, *The Guardian*, 15th November 2020, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://www.theguardian.com/law/2020/nov/15/supreme-court-plans-an-attack-on-independent-judiciary-says-labour>.
- BRAVER Joshua. « Joshua Braver: Counter-Interpretation, Constitutional Design, and the Right to Family Life: How the Conservatives Learned to Stop Worrying and Love the HRA (Briefly) *UK Constitutional Law Association*, 6th January 2014, [en ligne], [consultée le 22/01/2014], <https://ukconstitutionallaw.org/2014/01/06/joshua-braver-counter-interpretation-constitutional-design-and-the-right-to-family-life-how-the-conservatives-learned-to-stop-worrying-and-love-the-hra-briefly/>.
- CAMPBELL Kenneth. « Kenneth Campbell QC : How Devolution Has Altered Some Fundamentals of the British Constitution ». *UK Constitutional Law Association*, 20th January 2017, [en ligne], [consultée le 15/02/2018], <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/20/kenneth-campbell-qc-how-devolution-has-altered-some-fundamentals-of-the-british-constitution/>.
- CAMPBELL Kenneth, QC. “Kenneth Campbell QC: The Draft Scotland Bill and limits in constitutional statutes”, *UK Constitutional Law Association*, 30th January 2015, [en ligne], [consultée le 12/06/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/02/02/kenneth-campbell-qc-the-draft-scotland-bill-and-limits-in-constitutional-statutes/>.
- CHRISTMAN Ben. “Ben Christman: An Unholy Resurrection in the Court of Session”, *UK Constitutional Law Association*, 18th March 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/18/ben-christman-an-unholy-resurrection-in-the-court-of-session/>.
- CLAYTON Richard. “Richard Clayton QC: Fairness, Consultation, and the Supreme Court: There Is (sometimes) an Alternative”, *UK Constitutional Law Association*, 16th March 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/16/richard-clayton-qc-fairness-consultation-and-the-supreme-court-there-is-sometimes-an-alternative/>.
- CLAYTON Richard. “Richard Clayton: The Curious Case of Kennedy v Charity Commission”, *UK Constitutional Law Association*, 18th April 2014, [en ligne], [consultée le 21/04/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/04/18/richard-clayton-the-curious-case-of-kennedy-v-charity-commission/>.

- MC CORKINDALE Christopher, MCHARG Aileen. “Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I)”, *UK Constitutional Law Association*, 6th March 2018, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/03/06/christopher-mccorkindale-and-aileen-mcharg-continuity-and-confusion-legislating-for-brexit-in-scotland-and-wales-part-i/>
- McCORKINDALE Christopher. The new powers of the judiciary in Scotland – Part I, *Judicial Power Project blog*, 29th April 2016, [en ligne], [consultée le 30/06/2016], <https://judicialpowerproject.org.uk/the-new-powers-of-the-judiciary-in-scotland/>.
- CRAIG Paul. « Political Constitutionalism and Judicial Review », *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2009, No. 58/2009, [en ligne], [consultée le 20/04/2021], https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1503505#.
- DALY Paul. “Escape from Carltona? R v. Adams [2020] UKSC 19 Paul Daly May 14, 2020”, *Administrative Law Matters*, 2020, [en ligne], consulté le 07/11/2020, <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/14/escape-from-carltona-r-v-adams-2020-uksc-19/>.
- DOUGLAS Benedict. “Douglas Benedict: Why Human Rights Have Not Been Accepted in the UK”, *UK Constitutional Law Association*, 05th May 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/05/05/benedict-douglas-why-human-rights-have-not-been-accepted-in-the-uk/>.
- DOUGLAS-SCOTT Sionaidh. “Sionaidh Douglas-Scott: Constitutional Implications of a UK Exit from the EU: Some Questions That Really Must Be Asked”, *UK Constitutional Law Association*, 17th April 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/04/17/sionaidh-douglas-scott-constitutional-implications-of-a-uk-exit-from-the-eu-some-questions-that-really-must-be-asked/>.
- EASON Thomas. “Brexit and Parliament : what just happened and why it’s important?”, *Commentary, UK in a changing Europe*, September 2019, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://ukandeu.ac.uk/brexit-and-parliament-what-just-happened-and-why-does-it-matter/>.
- ELLIOTT Mark. “Common law constitutionalism and proportionality in the supreme court: Kennedy v. the Charity Commission”, *Public Law For Everyone*, 31th March 2014, [en ligne], [consultée le 20/05/2015], <http://publiclawforeveryone.com/2014/03/31/common-law-constitutionalism-and-proportionality-in-the-supreme-court-kennedy-v-the-charity-commission/>.
- ELLIOTT Mark. “Mark Elliott: HRA Watch: Reform, Repeal, Replace? Could the Devolved Nations Block Repeal of Human Rights Act and the Enactment of a New Bill of Rights?”, *UK Constitutional Law Association*, 16th May 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <https://ukconstitutionallaw.org/2015/05/16/hra-watch-reform-repeal-replace-mark-elliott-could-the-devolved-nations-block-repeal-of-the-human-rights-act-and-the-enactment-of-a-new-bill-of-rights/>.
- ELLIOTT Mark, TIERNEY Stephen, YOUNG Alison L. “Human Rights Post-Brexit : The Need for legislation?”, *Public Law for Everyone*, 8th February 2018, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://publiclawforeveryone.com/2018/02/08/human-rights-post-brexit-the-need-for-legislation/>.
- ELLIOTT Mark. “Moohan: Prisoners voting, the independence referendum and the common law”, *Public Law For Everyone*, 17th December 2014, [en ligne], [consultée le 20/05/2015], <http://publiclawforeveryone.com/2014/12/17/moohan-prisoner-voting-the-independencereferendum-and-the-common-law/>.
- ELLIOTT Mark. “Of Black Spiders and Constitutional Bedrocks: The Supreme Court judgement in Evans”, *Public Law for Everyone*, 26th March 2015, [en ligne], [consultée

- le 18/05/2015], <http://publiclawforeveryone.com/2015/03/26/of-black-spiders-and-constitutional-bedrock-the-supreme-courts-judgment-in-evans/>.
- ELLIOTT Mark. “Proportionality and contextualism in common law review: the Supreme Court's judgement in Pham”, *Public Law for Everyone*, 17th April 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://publiclawforeveryone.com/2015/04/17/proportionality-and-contextualism-in-common-law-review-the-supreme-courts-judgment-in-pham/>.
 - ELLIOTT Mark. « Mark Elliot: Reflections on the HS2 case: a hierarchy of domestic constitutional norms and the qualified primacy of EU law ». *UK Constitutional Law Association*, 23th January 2014, [en ligne], [consultée le 26/01/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/23/mark-elliott-reflections-on-the-hs2-case-a-hierarchy-of-domestic-constitutional-norms-and-the-qualified-primacy-of-eu-law/>.
 - ELLIOTT Mark. “Mark Elliott: Scotland has voted 'no': What next for the UK Constitution?”, *UK Constitutional Law Association*, 19th septembre 2014, [en ligne] [consultée le 19/09/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/09/19/mark-elliott-scotland-has-voted-no-what-next-for-the-uk-constitution/>.
 - ELLIOTT Mark. “The draft scotland bill and the Sovereignty of the UK Parliament”, *Public Law For Everyone*, 22nd January 2015, [en ligne], [consultée le 12/06/2015], <http://publiclawforeveryone.com/2015/01/22/the-draft-scotland-bill-and-the-sovereignty-of-the-uk-parliament/>.
 - ELLIOTT Mark. « The Judicial Review Review I : The Reform Agenda and Its Potential Scope », *Public Law for everyone*, 3rd August 2020, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://publiclawforeveryone.com/2020/08/03/the-judicial-review-review-i-the-reform-agenda-and-its-potential-scope/>.
 - ELLIOTT Mark. « The super-Wednesbury principle is alive and well : R (Rotherdam MBC) v Business Secretary”, *Public Law for everyone*, 17th February 2014, [en ligne], [consulté le 12/11/2020], <https://publiclawforeveryone.com/2014/02/17/the-super-wednesbury-principle-is-alive-and-well-r-rotherham-mbc-v-secretary-of-state-for-business-innovation-skills-2014-ewhc-232-admin/>
 - ELLIOTT Mark. “The 'vigour' of common law rights and values: A v BBC [2014] UKSC 25”, *Public Law For Everyone*, 9th May 2014, [en ligne], [consultée le 20/05/2015], <http://publiclawforeveryone.com/2014/05/09/the-vigour-of-common-law-rights-and-values-a-v-bbc-2014-uksc-25/>.
 - ELLIOTT Mark. « Where next for the Wednesbury principle? A brief response to Lord Carnwath”, *UK Constitutional Law Association*, 20th November 2013, [en ligne], [consultée le 09/04/2014], <https://ukconstitutionallaw.org/2013/11/20/mark-elliott-where-next-for-the-wednesbury-principle-a-brief-response-to-lord-carnwath/>.
 - ELLIOTT Mark. “Standing, judicial review and the rule of law: why we all have a “direct interest” in government according to law”, *Public Law for everyone*, 29th July 2013, [en ligne], [consultée le 17/01/2021], <https://publiclawforeveryone.com/2013/07/29/standing-judicial-review-and-the-rule-of-law-why-we-all-have-a-direct-interest-in-government-according-to-law/>.
 - Mc EWEN Nicola. « The Sewel convention and Brexit”, *The Constitution Unit*, 7th April 2020, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://constitution-unit.com/2020/04/07/the-sewel-convention-and-brexite/>.
 - EVANS Gareth. “Gareth Evans: The Senedd Election and the Constitutional Prospects for Welsh Devolution”, *UK Constitutional Law Association*, 13th May 2021, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2021/05/13/gareth-evans-the-senedd-election-and-the-constitutional-prospects-for-welsh-devolution/>.
 - FALCONER Charles. « This government has plans that would destroy the protection of the law”, *The Guardian*, 12th February 2020, [en ligne], [consultée

le17/12/2020], <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/12/protection-law-politicians-judges-courts>

- FEIKERT- AHALT Clare. “Limits on Freedom of Expression: United Kingdom”, *Library of Congress*, 2019 [En ligne], [consultée le 15/04/2020], https://www.loc.gov/law/help/freedom-expression/uk.php#_ftn1.
- FENWICK Helen. “Helen Fenwick: The Conservative stance in the 2015 election on the UK's relationship with the Strasbourg Court and its jurisprudence- bluff, exit strategy or compromises on both sides (part II)?”, *UK Constitutional Law Association*, 10th March 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/12/helen-fenwick-the-conservative-stance-in-the-2015-election-on-the-uks-relationship-with-the-strasbourg-court-part-ii/>.
- FENWICK Helen. “Helen Fenwick: The Report of the Bill of Rights Commission: dissapointing Conservative expectations or fulfilling them?”, *UK Constitutional Law Association*, 21th March 2013, consultée le 29/04/2014, <http://ukconstitutionallaw.org/2013/03/21/helen-fenwick-the-report-of-the-bill-of-rights-commission-disappointing-conservative-expectations-or-fulfilling-them/>.
- FISHER Liz. “Liz Fisher: A Decade in the Glass House”, *UK Constitutional Law Association*, 24th June 2015, [en ligne], [consultée le 24/06/2015], <https://ukconstitutionallaw.org/2015/06/24/liz-fisher-a-decade-in-the-glasshouse/>.
- GAYLE Damien. « Thousands march in London in fourth anti-lockdown protest », *The Guardian*, 24th October 2020, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://www.theguardian.com/world/2020/oct/24/london-braces-for-fourth-protest-against-covid-19-restrictions>.
- GEARTY Conor. “Escaping Hobbes: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 3, 2010, 23 p. [en ligne], [consultée le 16/04/2021], http://eprints.lse.ac.uk/32906/1/WPS2010-03_Gearty.pdf.
- GIBBS Emmy. “Janah v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (“SSFCA”) and Libya, and Benkharbouche v SSFCA”, *ATLEU – Anti Trafficking and Labour Exploitation Unit*, 18th October 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://atleu.org.uk/cases/2017/10/18/janah-v-secretary-of-state-for-foreign-and-commonwealth-affairs-ssfca-and-libya-and-benkharbouche-v-ssfca>.
- GIBSON-MORGAN Elizabeth. “The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review?”, *Revue Miroirs*, 2014, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], <http://www.revue miroirs.fr/links/article8.pdf>.
- GOLDONI Marco, MCCORKINDALE Christopher. « McCorkindale and Goldoni: The State of the Political Constitution: a special edition of the German Law Journal ». *UK Constitutional Law Association*, 20th December 2013, [en ligne], [consultée le 06/01/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/03/mccorkindale-and-goldoni-the-state-of-the-political-constitution-a-special-edition-of-the-german-law-journal/>.
- GOLDSWORTHY Jeffrey. « Jeffrey Goldsworthy: Parliamentary Sovereignty's Premature Obituary », *UK Constitutional Law Group*, 09th Marcg 2012, [en ligne], [consultée le 06/04/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/03/09/jeffrey-goldsworthy-parliamentary-sovereigntys-premature-obituary/>.
- GORDON Mike. “Priti Patel, the Independent Adviser, and Ministerial Irresponsibility”, *UK Constitutional Law Association*, 23rd November 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/11/23/mike-gordon-priti-patel-the-independent-adviser-and-ministerial-irresponsibility/>.

- Lady HALE. “Judges, Power and Accountability Constitutional Implications of Judicial Selection”, *Constitutional Law Summer School*, 11th August 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2021], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170811.pdf>.
- HALE Brenda. « Lady Hale warns UK not to select judges on basis of political views », *The Guardian*, 18th December 2019, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.theguardian.com/law/2019/dec/18/lady-hale-warns-uk-not-to-select-top-judges-on-basis-of-political-views>
- HALE Brenda (Lady HALE). “Devolution and the Supreme Court- 20 Years On”, *The Supreme Court- Speeches*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>, 14 juin 2018
- HAND James. “James Hand: Lords response to Labour Peers' Working Group Report- A Programme for Progress: The future of the House of Lords and its place in the wider constitution”, *UK Constitutional Law Association*, 29th June 2014, [en ligne], [consultée le 02/07/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/06/29/james-hand-lords-response-to-labour-peers-working-group-report-a-programme-for-progress-the-future-of-the-house-of-lords-and-its-place-in-wider-constitution/>.
- MC HARG Aileen. “Manifesto Watch: Aileen McHarg: The Constitutional Implications of the Rise of the SNP”, *UK Constitutional Law Association*, 29th April 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/04/29/manifesto-watch-aileen-mcharg-the-constitutionalimplications-of-the-rise-of-the-snp/>.
- MC HARG Aileen. « Aileen McHarg: A Tale of Two Constitutions? » *UK Constitutional Law Association*, 17th December 2013, [en ligne], [consultée le 22/01/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/17/aileen-mcharg-a-tale-of-two-constitutions/>.
- MC HARG Aileen. “Aileen, Mc Harg: The Dog that Finally Barked: Constitutional Review under the Scotland Act”, *UK Constitutional Law Association*, 26th January 2012, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2012/06/26/aileen-mcharg-dog-that-finally-barked-constitutional-review-under-the-scotland-act/>.
- HINKS Jake. « The Coronavirus Act 2020: An Example of ‘Excessive Executive Dominance’ », *UK Constitutional Law Association*, 9th June 2020, [en ligne], [consultée le 20/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/06/09/jake-hinks-the-coronavirus-act-2020-an-example-of-excessive-executive-dominance/>.
- HOOPER J. Hayley. “Hayley.J Hooper: Keep Calm and Carry On?”, *UK Constitutional Law Association*, 16th October 2012, [en ligne], [consultée le 11/03/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/10/16/hayley-j-hooper-keep-calm-and-carry-on/>.
- JAFFEY Ben; HICKMAN Tom. “Ben Jaffey and Tom Hickman: Loading the Dice in Judicial Review: The Criminal Justice and Courts Bill 2014”, *UK Constitutional Law Association*, 06th February 2014, [en ligne], [consultée le 12/02/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/06/ben-jaffey-and-tom-hickman-loading-the-dice-in-judicial-review-the-criminal-justice-and-courts-bill-2014/>.
- KIRTON-DARLING Edward. “Edward Kirton-Darling: Missing: political genius. If found, please return to the British People, care of Palace of Westminster, SW1A”, *UK Constitutional Law Association*, 28th June 2014, [en ligne], [consultée le 30/06/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/06/28/edward-kirton-darling-missing-political-genius-if-found-please-return-to-the-british-people-care-of-palace-of-westminster-sw1a/>.
- KIT KUAN Yuen. “The Ultimate Ruling Principle of the British Constitution?”, *The Student Journal of Law*, issue 5, [en ligne], [consultée le 22/05/2015], <http://www.sjol.co.uk/issue-5/the-ultimate-ruling-principle-of-the-british-constitution>.

- LE SUEUR Andrew. “ Andrew Le Sueur: Imagining judges in a written UK Constitution”, *UK Constitutional Law Association*, 14th May 2014, [en ligne], [consultée le 14/05/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/05/14/andrew-le-sueur-imagining-judges-in-a-written-uk-constitution/>.
- LESTAS George. « Lord Sumption's Attack on Strasbourg : More than Political Rhetoric?», *UK Constitutional law group*, 09th December 2013, [en ligne], [consultée le 15/12/2013], <http://ukconstitutionallaw.org/tag/lord-sumption/>.
- LESTON-BANDEIRA Cristina. “Here we go again, the parliamentary petitions site has re-opened – what roles can it play?”, *UCL The Constitution Unit*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://constitution-unit.com/2017/09/26/here-we-go-again-the-parliamentary-petitions-site-has-re-opened-what-roles-can-it-play/>.
- LESTON-BANDEIRA Cristina. “Parliamentary petitions and public engagement: an empirical analysis of the role of e-petitions”, *University of Leeds*, [en ligne], [consultée le 03/06/2021], https://eprints.whiterose.ac.uk/145393/3/Role_Parliamentary_Petitions_Systems_CLB_COMBINED_VERSION_FINAL.pdf.
- LESTON-BANDEIRA Cristina. « What is the point of petitions in British politics ? », *LSE- The London School of Economics and Political Science*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/what-is-the-point-of-petitions/>.
- LEYLAND Peter. “Peter Leyland: Devolution, Greater Manchester and the Revitalisation of Local Government”, *UK Constitutional Law Association*, 29th June 2015, [consultée le 29/06/2015], <https://ukconstitutionallaw.org/2015/06/29/peter-leyland-devolution-greater-manchester-and-the-revitalisation-of-local-government/>.
- LILLY Alice. « The new Speaker of the House of Commons-Key challenges”, *Institute for Government*, October 2019, [en ligne], [consultée le 03/05/2021], <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publications/new-speaker-house-commons>.
- LOCK Daniella, DE LONDRAS Fiona, HIDALGO Pablo Grez. « Parliamentary Engagement with Human Rights during COVID-19 and the Independent Human Rights Act Review”, *UK Constitutional Law Association*, 3rd March 2021, [en ligne], [consultée le 14/03/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2021/03/03/daniella-lock-fiona-de-londras-and-pablo-grez-hidalgo-parliamentary-engagement-with-human-rights-under-covid-19-and-the-independent-human-rights-act-review/>.
- LOCK Daniella. “Human Rights and COVID-19 in PMQs: Reflections on One Year of the Pandemic”, *COVID-19 Review Observatory*, 5th March 2021, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <https://blog.bham.ac.uk/cvro/covid-19/human-rights-and-covid-19-in-pmqs-reflections-on-one-year-of-the-pandemic/>.
- LOCK Tobias. “T.Lock: Legal implications of Human rights Act reform in the UK”, *UK Constitutional Law Association*, 15th May 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <https://dub124.mail.live.com/?tid=cm6Gc4GND65BGgmwAjfeM5aA2&fid=flinbox>.
- MC CORKINDALE Christophe. “Chris Mc Corkindale: Echo Chamber: the 2015 General Election at Holyrood- a word of Sewel”, *UK Constitutional Law Association*, 13th May 2015, [en ligne], [consultée le 19/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/05/13/chris-mccorkindale-echo-chamber-the-2015general-election-at-holyrood-a-word-on-sewel/>.
- MANLEY John. « Poots admits possible ministerial code breach”, *The Irish News*, 15th October 2013, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.irishnews.com/news/2013/10/15/news/poots-admits-possible-ministerial-code-breach-72929/>.

- MARSH Sarah. « Ministerial code: five who did resign over breach accusations », *The Guardian*, 20th November 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.theguardian.com/politics/2020/nov/20/ministerial-code-five-who-did-resign-breach-accusations>.
- MATCHETT Conor. « Nicola Sturgeon claims releasing legal advice around Alex Salmond case would breach ministerial code », *The Scotsman*, 5th November 2020, [en ligne], [consultée le 19/12/2020], <https://www.scotsman.com/news/politics/nicola-sturgeon-claims-releasing-legal-advice-around-alex-salmond-case-would-breach-ministerial-code-3026463>.
- MEAT David. « David Meat: Talking about Dialogue », *UK Constitutional law group*, 15th September 2012, [en ligne], [consultée le 18/06/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/09/15/david-mead-talking-about-dialogue/>.
- MURKENS Jo. « Jo Murkens: A referendum on Britain's EU membership is a sure fire way to encourage the breakup of the UK », *UK Constitutional Law Association*, 4th March 2015, [en ligne], [consultée le 20/04/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/04/jo-murkens-a-referendum-on-britains-eumembership-is-a-sure-fire-way-to-encourage-the-breakup-of-the-uk/>.
- MURKENS Jo. « The European Union Act 2011: A Failed Statute », *BIJ de Buren*, 2012, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], <https://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/jo-murkens/Documents/murkens.pdf>.
- NEHUSHTAN Yossi. « The Unreasonable Perception of Rationality and Reasonableness in UK Public Law », *UK Constitutional Law Association*, 1st July 2019, [en ligne], [consulté le 12/11/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2019/07/01/yossi-nehushtan-the-unreasonable-perception-of-rationality-and-reasonableness-in-uk-public-law/>.
- NOLAN Paul, WILSON Robin. « Dialogue engagement: lessons from the Northern Ireland Civic Forum », *The Joseph Rowntree Charitable Trust*, December 2015, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], https://cain.ulster.ac.uk/othelem/organ/jrct/Nolan_Wilson_2015_JRCT.pdf.
- Lord NEUBERGER, President of the Supreme Court. « The British and Europe », *Cambridge Freshfields Annual Law Lecture 2014*, 12th February 2014, [en ligne], [consultée le 05/05/2014], <http://www.supremecourt.uk/docs/speech-140212.pdf>.
- Lord NEUBERGER, President of the Supreme Court. « The Supreme Court and the Rule of Law », *The Conkerton Lecture 2014, Liverpool Law Society*, 9th October 2014, [en ligne], [consultée le 20/11/2014], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-141009-lord-neuberger.pdf>.
- Lord NEUBERGER, President of the Supreme Court. « The rôle of judges in human rights jurisprudence: a comparison of the Australian and the UK experience », *Conference at the Supreme Court of Victoria-Australia-*, 2014, [en ligne], [consultée le 10/05/2021], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140808.pdf>.
- OLIVER Dawn. « Dawn Oliver: Surprises in the Magna Carta », *UK Constitutional Law Association*, 23th March 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/23/dawn-oliver-surprises-in-magna-carta/>.
- O'NEILL QC, Aidan. « Not waving, but drowning? Eu Law, Common Law Fundamental Rights and the UK Supreme Court », *UKSCblog*, 2015, [en ligne], [consultée le 10/04/2021], <http://uksblog.com/wp-content/uploads/2015/06/Aidan-ONEILL-QC-Not-Waving-But-Drowning-EU-Law-Common-Law-Fundamental-Rights-and-the-UK-Supreme-Court-11-May-2015.pdf>.
- PEGG David, EVANS Rob, BARTON Michael. « Royals vetted more than 1,000 laws via Queen's consent », *The Guardian*, 8th February, [en ligne], [consultée le

05/03/2021], <https://www.theguardian.com/uk-news/2021/feb/08/royals-vetted-more-than-1000-laws-via-queens-consent>.

- PHILLIPSON Gavin. “Gavin Phillipson: “Historic” Commons Syria vote: the constitutional significance (Part I)”, *UK Constitutional Law Association*, 19th September 2013, [en ligne], [consultée le 04/05/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/09/19/gavin-phillipson-historic-commons-syria-vote-the-constitutional-significance-part-i/>.
- POIRIER Johanne. “The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective”, *The Constitution Unit*, 2001, [en ligne], [consultée le 20/05/2021], <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution-unit/files/75.pdf>.
- POWELL Florence, NEEDLEMAN Stephanie. “How radical an instrument is Section 3 of the Human Rights Act 1998?”, *UK Constitutional Law Association*, 24th March 2021, [en ligne], [consultée le 25/03/2021], <https://ukconstitutionallaw.org/2021/03/24/florence-powell-and-stephanie-needleman-how-radical-aninstrument-is-section-3-of-the-human-rights-act-1998/>.
- QVORTRUP M. « The Referendum challenge to Constitutional Sovereignty: the case of Scotland », *Jus Politicum n°9-Constitutions écrites dans l'Histoire*, février 2013, [en ligne], [consultée le 10/12/2013], <http://www.juspoliticum.com/The-Referendum-Challenge-to.html?artpage=8-8>.
- REED LANGEN Nicholas. “Is the Supreme Court More Interventionist?”, *UK Constitutional Law Association*, 14th October 2020, [en ligne], [consultée le 14/11/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/10/14/nicholas-reed-langen-is-the-supreme-court-more-interventionist/>.
- REED Nicholas. “Reforming the Supreme Court”, *UK Constitutional Law Association*, 1st December 2020, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2020/12/01/nicholas-reed-langen-reforming-the-supreme-court/>.
- Lord REED. « Scotland’s Devolved Settlement and the Role of the Courts”, *The Inaugural Dover House Lecture*, 27th february 2019, [en ligne], [consultée le 14/04/2019], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190227.pdf>.
- ROWBOTTOM Jacob. “Cakes, Gay Marriage and the Right against Compelled Speech”, *UK Constitutional Law Association*, 16th October 2018, [En ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/10/16/jacob-rowbottom-cakes-gay-marriage-and-the-right-against-compelled-speech/>.
- SALES Philip. « A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998 », *Statute Law Society Conference*, 2008, [en ligne], [consultée le 30/10/2019], http://www.statutelawsociety.co.uk/wpcontent/uploads/2014/01/A_comparison_of_the_principle_of_legality_and_section_3_of_the_Human_Rights_Act_1998_Mr_Justice_Sales.pdf.
- SCHMID Sebastian. “The constitution of the United Kingdom. A positivist perspective”, *Ius publicum network review*, November 2012, [en ligne], [consultée le 29 avril 2014], http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_12_2012_15_53-Schmid_Constitution-of-UK.pdf.
- SEGAN James. “The European Union (Withdrawal) Act 2018: Ten Key Implications for UK Law and Lawyers”, *UK Constitutional Law Association*, 26th July 2018, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2018/07/26/james-segan-the-european-union-withdrawal-act-2018-ten-key-implications-for-uk-law-and-lawyers/>.
- SERBAN Ruxandra. « Punch & Judy Politics? The roles and functions of Prime Minister’s Question Time”, *The Constitution Unit*, 23rd October 2018, [en ligne],

[consultée le 24/08/2020], <https://constitution-unit.com/2018/10/23/punch-judy-politics-the-roles-and-functions-of-prime-ministers-question-time/>.

- SIMSON CAIRD Jack. “ Jack Alaric Simon Caird: A Code of Constitutional standards”, *UK Constitutional Law Association*, 08th January 2014, [en ligne], [consultée le 14/02/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/08/jack-alaric-simson-caird-a-code-of-constitutional-standards/>.
- SIMSON CAIRD Jack. « Jack Simson Caird: A Report on the United Kingdom Constitution Law Group Seminar: ‘From Constitutional Scrutiny to Constitutional Review: Ten Years of the House of Lords Select Committee on the Constitution’ », *UK Constitutional Law Association*, 1st February 2012, [en ligne], [consultée le 22/06/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2012/02/01/jack-simson-caird-a-report-on-the-united-kingdom-constitution-law-group-seminar-from-constitutional-scrutiny-to-constitutional-review-ten-years-of-the-house-of-lords-select-committee-on-th/>.
- SIMSON CAIRD Jack. “The role of the Speaker”, *Commentary, UK in a changing Europe*, March 2020, [en ligne], [consultée le 03/09/2020], <https://ukandeu.ac.uk/the-role-of-the-speaker/>.
- SIMSON CAIRD Jack. “Jack Simson Caird: The Supreme Court and Parliament: The Constitutional Status of Checks and Balances”, *UK Constitutional Law Association*, 27 septembre 2019, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2019/09/27/jack-simson-caird-the-supreme-court-and-parliament-the-constitutional-status-of-checks-and-balances/>.
- SPEAIGHT Anthony. « Trying to Keep the Charter is Senseless », *Society of Conservative lawyers*, November 2017, [en ligne], [consultée le 15/06/2020], <https://www.conservativelawyers.com/publications>.
- STANTON John. “John Stanton: Democracy and Scotland: Turning out for something special”, *UK Constitutional Law Association*, 19th September 2014, [en ligne], [consultée le 19/09/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/09/19/john-stanton-democracy-and-scotland-turning-out-for-something-special/>.
- Lord STEYN. “The Constitutionalisation of Public Law”, *University College of London*, 1999, [en ligne], [consultée le 10/04/2021], https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution-unit/files/38_0.pdf.
- Lord SUMPTION. “Anxious Scrutiny”, *Administrative Law Bar Association Lecture*, 4th November 2014, [en ligne], [consultée le 14/04/2015], <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-141104.pdf>.
- TASNIM Ali. “The Demise of Parliamentary Sovereignty and the Uprise of Constitutional Supremacy”, *The Student Journal of Law*, 2014, Issue 6, [en ligne], [consultée le 12/04/2021], <https://sites.google.com/site/349924e64e68f035/issue-6/the-demise-of-parliamentary-sovereignty-and-the-uprise-of-constitutional-supremacy>.
- THEIL Stephan. “Stephan Theil: Constitutions as Culture: Two Insights from Peter Haberle's ‘The rationale of constitutions from a cultural science viewpoint’”, *UK Constitutional Law Association*, 07th April 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/04/07/stefan-theil-constitutions-as-culture-two-insights-from-peter-haberles-the-rationale-of-constitutions-from-a-cultural-science-viewpoint/>.
- TIERNEY Stephen. “Stephen Tierney: Can the Union Survive the Election?”, *UK Constitutional Law Group*, 9th May 2015, [en ligne], [consultée le 9/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/05/09/stephen-tierney-can-the-union-survive-the-election/>.

- TIERNEY Stephen. « Stephen Tierney: Constituting Scotland: A Retreat from politics ? », *UK Constitutional Law group*, 08th April 2014, [en ligne], [consultée le 09/04/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/04/08/stephen-tierney-constituting-scotland-a-retreat-from-politics/>.
- TIERNEY Stephen. « Stephen Tierney: The Scottish Constitution After Independence », *UK Constitutional Law Association*: 02nd December 2013, [en ligne], [consultée le 22/01/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/02/stephen-tierney-the-scottish-constitution-after-independence/>.
- TIERNEY Stephen. “Stephen Tierney: Why is Scottish Independence Unclear?”, *UK Constitutional Law Association*, 25th February 2014, [en ligne], [consultée le 04/03/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/25/stephen-tierney-why-is-scottish-independence-unclear/>.
- TOMKINS Adam. “Adam Tomkins: Confusion and Retreat: The Supreme Court on Devolution”, *UK Constitutional Law Association*, 19th February 2015, [en ligne], [consultée le 19/02/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/02/19/adam-tomkins-confusion-and-retreat-the-supreme-court-on-devolution/>.
- VAHURAS Jason N.E. “ Jason N.E. Vahuras: Should the common law of review and the law under the Human Rights Act 1998 be synthesised?”, *UK Constitutional Law Association*, 28th April 2014, [en ligne], [consultée le 29/04/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/04/28/jason-n-e-varuhas-should-the-common-law-of-review-and-the-law-under-the-human-rights-act-1998-be-synthesised/>.
- WAGNER Adam. “The Bill of Rights Commission Report: a modest proposal”, *UK Human Rights Blog*, 18th December 2012, [en ligne], [consultée le 29/04/2014], <http://ukhumanrightsblog.com/2012/12/18/the-bill-of-rights-commission-report-a-modest-proposal/>.
- WALDRON Jeremy. “Constitutionalism: A Skeptical View”, *Georgetown University Law Center*, 2010, [en ligne], [consultée le 13/06/2014], <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=harlecture>.
- WESTON Elin. « Section 19 of the Human Rights Act 1998: importance, impact and reform », *King’s College of London*, [en ligne], [consultée le 05/06/2020], [https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/section-19-of-the-human-rights-act-1998\(1f30141e-d2a3-48df-9a73-b1c36a09a88f\).html](https://kclpure.kcl.ac.uk/portal/en/theses/section-19-of-the-human-rights-act-1998(1f30141e-d2a3-48df-9a73-b1c36a09a88f).html).
- WYATT Derrick, EKINS Richard. « Reforming the Supreme Court », *Policy Exchange*, 2020, [en ligne], [consultée le 12/04/2021], <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/Reforming-the-Supreme-Court.pdf>.
- YOUNG Alison L. « Benkharbouche and the Future of Disapplication », *UK Constitutional Law Association*, 24th October 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://ukconstitutionallaw.org/2017/10/24/alison-young-benkharbouche-and-the-future-of-disapplication/>.
- YOUNG Alison L. “Alison L. Young: R (Evans) v Attorney General (2015) UKSC 21- the Amnistic of the 21st Century?”, *UK Constitutional Law Association*, 31st March 2015, [en ligne], [consultée le 18/05/2015], <http://ukconstitutionallaw.org/2015/03/31/alison-young-r-evans-v-attorney-general-2015-uksc-21-the-anisminic-of-the-21st-century/>.
- YOUNG Alison L. “Alison Young on HS2: Willkommen zum constitutional pluralism”, *UK Constitutional Law Association*, 17th February 2014, [en ligne], [consultée le 17/02/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2014/02/17/alison-young-on-hs2-willkommen-zum-constitutional-pluralism/>.
- YOUNG Alison L. “Alison L. Young: Whose Convention Rights are they anyway?”, *UK Constitutional Law Association*, 12th February 2012, [en ligne], [consultée le

16/06/2014], <http://ukconstitutionallaw.org/2012/02/12/alison-l-young-whose-convention-rights-are-they-anyway/>.

C) Rapports officiels

- A The National Archives. “Freedom of Information – exemptions”, *OGI*, 2019, [en ligne], [consultée le 14/05/2020], <https://www.nationalarchives.gov.uk/documents/information-management/freedom-of-information-exemptions.pdf>.
- Amnesty International. *Curts that hurt – The Impact of legal aid cuts in England and in Wales*, 2016, 48 p.
- Cabinet Office. *Guide to Making Legislation*, July 2017, 352 p.
- Cabinet Office. *Ministerial Code*, August 2019, 31 p.
- Cabinet Office. *The Cabinet Manual – A guide to laws, conventions and rules on the operation of government*, October 2011, 107 p.
- Charter of Fundamental Rights of the EU Right by Right Analysis”, 5th December 2017, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/664891/05122017_Charter_Analysis_FINAL_VERSION.pdf.
- Commission on a Bill of Rights. *A UK Bill of Rights? The Choice Before Us – volume 1*, December 2012, 277 p.
- Committee for Justice. *Report on the Domestic Abuse and Family Proceedings Bill*, n°48/17-22, 15th October 2020, 221 p.
- Committee on Standards in Public Life. *Local Government Ethical Standards - A Review by the Committee on Standards in Public Life*, January 2019, 20th report, 108 p.
- Committee on Standards in Public Life. *Standards matter - A review of best practice in promoting good behaviour in public life*, 2013, 14th report, 71 p.
- Conférence européenne des Présidents de Parlement. « Droits et libertés constitutionnels fondamentaux- participation, confiance et débat public comme conditions à la démocratie », 11-12 septembre 2014, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <https://www.stortinget.no/contentassets/0f025d8103c74397a63f709d7707d49c/ecpp-2014---background-papertHEME-1-version-francaise-finale.pdf>.
- Delegated Powers and Law Reform Committee - Comataidh Cumhachdan Tiomnaichte is Ath-leasachadhLagh. *Delegated Powers and Law Reform Committee Annual Report 2020-21*, 2021 (Session 5), 22nd report, 11 p.
- Department for Constitutional Affairs. *Constitutional Reform: a Supreme Court for the United Kingdom*, July 2003, 53 p.
- Equalities and Human Rights Committee - Comataidh Co-ionannachd agus Còraichean Daonna. *Civil Partnership (Scotland) Bill Stage 1 Report*, 2020 (Session 5), 1st report, 45 p.
- Equalities and Human Rights Committee - Comataidh Co-ionannachd agus Còraichean Daonna. *Report on the impact of the COVID-19 pandemic on equalities and human rights*, 2021 (Session 5), 1st report, 79 p.
- Equality and Human Rights Commission. *Access to Legal aid for discrimination cases*, June 2019, 49 p.
- Equality and Human Rights Commission. *Civil and Political Rights in Great Britain*. March 2020, 93 p.

- Equality and Human Rights Commission. *Freedom of Expression – Guidance – Legal Framework*, 2015, 27 p.
- Equality and Human Rights Commission. *Preventing sexual harassment at work: a guide for employers*, 2020, 6 p.
- Equality and Human Rights Commission. *Progress on socio-economic rights in Great Britain – Update report on Great Britain’s implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2018, 77 p.
- Equality Commission for Northern Ireland. *Gender law reform – Key point briefing: Policy Priorities and Recommendations*, November 2016, 6 p.
- Equality Commission for Northern Ireland. *Promoting Equality Challenging Discrimination – A short guide to the role and services of the Equality Commission*, 2019, 7 p.
- Equality Commission for Northern Ireland. *Recommendations: Programme for Government (PfG) and Budget*, May 2016, 26 p.
- European Parliament. *Freedom of expression, a comparative- law perspective – The United Kingdom*, Study, Comparative Law Library Unit, 2019, 54 p.
- Explanatory Notes – European Union (Withdrawal) Act – Chapter 16’, *legislation.gov.uk*, [en ligne], [consultée le 18/12/2020], <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/notes>.
- House of Commons. *Guide for witnesses giving written or oral evidence to a House of Commons select committee*, 2016, 14 p.
- House of Commons. *The Code of Conduct - The Guide to the Rules relating to the Conduct of Members*, January 2019, 57 p.
- House of Commons European Scrutiny Committee. *The application of the EU Charter of Fundamental Rights in the UK: a state of confusion*, session 2013-2014, 43rd report, 72 p.
- House of Commons Information Office. *Public Petitions*, Factsheet P7 Procedure Series, 2010, 13 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *A Bill of Rights for the UK?*, session 2007-2008, 29th report, 136 p.
- House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Democracy, freedom of expression and freedom of association : Threat to MPs*, Session 2019-2020, 1st report
- House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Enforcing Human Rights*, session 2017-2019, 10th report, 2018, 59 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Prevention of Terrorism Bill: Preliminary report*, session 2004-2005, 9th report, 8 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Prevention of Terrorism Bill*, session 2004-2005, 10th report, 8 p.
- House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The Government response to covid-19: freedom of assembly and the right to protest*, session 2019-2021, 13th report, 32 p.
- House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The Government’s response to COVID-19: human rights implications*, session 2019-2021, 7th report, 92 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The implications for access to justice for the Government’s proposals to reform judicial review*, session 2013-2014, 13th report, 51 p.

- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, session 2003-2004, 21th report, 59 p.
- House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Do we need a constitutional convention for the UK?*, session 2012-2013, 4th report, 43 p.
- House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Constitutional implications of the Cabinet Manual*, session 2010-2011, 6th report, vol. I, 35 p.
- House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *Constitutional role of the judiciary if there were codified constitution*, session 2013-2014, 14th report, 35 p.
- House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. *A new Magna Carta?*, session 2014-2015, 2nd report, 423 p.
- House of Commons Procedure Committee. *E-petitions: a collaborative system*, session 2014-2015, 3rd report, 45 p.
- House of Commons Select Constitutional Affairs Committee. *The Creation of the Ministry of Justice*, session 2006-2007, 6th report, 13 p.
- House of Commons Scottish Affairs Committee. *The relationship between the UK and Scottish Governments*, session 2017-2019, 8th report, 47 p.
- House of Lords. *Code of Conduct for Members of the House of Lords Guide to the Code of Conduct Code of Conduct for House of Lords Members' Staff*, July 2020, 49 p.
- House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee. *Coronavirus Bill, Fisheries Bill [HL]: Government Response*, session 2019-2021, 9th report, 9 p.
- House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee. *Pension Schemes Bill [HL]*, session 2019-2021, 4th report, 16 p.
- House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee. *Special Report: Quality of Delegated Powers Memoranda*, session 2014-2015, 7th report, 49 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Immigration and Social Security Co-ordination (EU Withdrawal) Bill*, session 2017-2019, 18th report, 22 p.
- House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Counter-Terrorism and Security Bill*, session 2014-2015, 5th report, 40 p.
- House of Lords. *Information for witnesses appearing before Select Committees of the House of Lords*, 2018, 7 p.
- House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Mental Capacity (Amendment) Bill*, session 2017-2019, 12th report, 28 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny: Prevention of Terrorism Bill: Preliminary report*, session 2004-2005, 9th report, 8 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Legislative Scrutiny : Trade Union Bill*, session 2015-2016, 1st report, 18 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *Second Legislative Scrutiny Report: Counter- Terrorism and Border Security Bill*, session 2017-2019, 11th report, 31 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The Case for a human rights commission*, session 2002-2003, vol. I, 100 p.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights. *The Case for a human rights commission: interim report*, session 2001-2002, 22nd report, 267 p.
- House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights. *The human rights implications of Brexit*, session 2016-2017, 5th report, 39 p.

- House of Lords House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege*, session 1998-1999, 1st report, [en ligne], [consultée le 29/05/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4305.htm>.
- House of Lords House of Commons Joint Committee on Parliamentary Privilege. *Parliamentary Privilege*, Session 2013-2014, 113 p.
- House of Lords Liaison Committee. *Review of House of Lords Investigative and Scrutiny Committees: towards a new thematic committee structure*, session 2017-2019, 6th report, 2019, 104 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Birmingham Commonwealth Games Bill [HL]*, session 2017-2019, 25th report, 3 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Brexit legislation: constitutional issues*, session 2019-2021, 6th report, 24 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration Etc.) Bill*, session 2017-2019, 17th report, 4 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Coronavirus Bill*, session 2019-2021, 4th report, 5 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Covert Human Intelligence Sources (Criminal Conduct) Bill*, session 2019-2021, 19th report, 5 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Covid-19 and the Courts*, session 2019-2021, 22nd report, 84 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Delegated Legislation and Parliament: A response to the Strathclyde Review*, session 2015-2016, 9th report, 35 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Future Relationship) Bill*, session 2019-2021, 21st report, 5 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Withdrawal) Bill*, session 2017-2019, 9th report, 86 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *European Union (Withdrawal Agreement) Bill*, session 2019-2021, 1st report, 32 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Fisheries Bill: Commons amendment 22*, session 2019-2021, 18th report, 6 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Healthcare (International Arrangements) Bill*, session 2017-2019, 18th report, 3 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Judicial Appointments*, session 2010-2012, 25th report, 78 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Judicial Appointments: follow-up*, 2017, session 2017-2019, 7th report, 48 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Northern Ireland (Executive Formation) Amendment Bill*, session 2017-2019, 26th report, 3 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Pensions Schemes Bill*, session 2019-2021, 2nd report, 6 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Relations between the executive, the judiciary and Parliament*, session 2006-2007, 6th report, 104 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Reviewing the Constitution: Terms of reference and methods of working*, session 2000-2001, 1st report, [en ligne], [consultée le 29/05/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldselect/ldconst/11/1102.htm>.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Rivers Authorities and Land Drainage Bill*, session 2017-2019, 22nd report, 3 p.

- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Scotland Bill*, session 2015-2016, 6th report, 19 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Bill*, session 2019-2021, 3rd report, 6 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Legislative Process: The Passage of Bills Through Parliament*, session 2017-2019, 24th report, 45 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Office of the Lord Chancellor*, session 2014-2015, 6th report, 51 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Process of Constitutional Change*, session 2010-2012, 15th report, 53 p.
- House of Lords Select Committee on the Constitution. *The Salisbury-Addison Convention*, session 2017-2019, 5th report, 17 p.
- Houses of Parliament Petitions Committee. *Your Petitions: a year of action*, 2015-2016, 22 p.
- Housing Ombudsman Service. *The Housing Ombudsman – Annual Report and Accounts 2018-2019*, July 2019, 80 p.
- Human Rights Watch. *Nothing Left in the Cupboards – Austerity, Welfare Cuts, and the Right to Food in the UK*, 2019, 116 p.
- Independent Commission on Referendums. *Report of the Independent Commission on Referendums*, The Constitution Unit UCL, juillet 2018, 220 p.
- Joint Committee on Conventions. *Report*, session 2005- 2006, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtconv/265/26502.htm>.
- LEGATT Andrew. *Tribunals for Users One System, One Service – Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Legatt*, March 2001, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.tribunals-review.org.uk/leggatthtm/leg-00.htm>.
- Legislation, Justice and Constitution Committee. *Report on the Welsh Elections (Coronavirus) Bill*, February 2021, 21 p.
- Liberal Democrats. *Liberal Democrat Manifesto 2010*, 2010, 109 p.
- Liberal democrats. *Manifesto 2015 - Stronger Economy. Fairer Society. Opportunity for everyone*, 2015, 158 p.
- Llywodraeth Cymru Welsh Government. *Ministerial Code*, November 2019, 37 p.
- Ministry of Justice. *Responding to Human Rights Judgments – Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government’s response to Human Rights judgements 2018-2019*, October 2019, 71 p.
- *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements - Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*, March 2010, 60 p.
- *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements - Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*, October 2013, 60 p.
- National Assembly for Wales. *Code of Conduct for Assembly Members and Associated Documents*, May 2016, 163 p.
- New Labour. *New Labour: Because Britain Deserves Better*, 1997, [en ligne], [consultée le 13/05/2020], <http://www.labour-party.org.uk/manifestos/1997/1997-labour-manifesto.shtml>.
- Northern Ireland Assembly. *The Code of Conduct together with the Guide to the Rules Relating to the Conduct of Members*, [en ligne], [consultée le 26/08/2020],

<http://www.niassembly.gov.uk/about-the-assembly/corporate-information/publications/code-of-conduct/the-code-of-conduct-together-with-the-guide-to-the-rules-relating-to-the-conduct-of-members/#a>.

- Northern Ireland Executive. *Ministerial Code*, 2007, 14 p.
- Northern Ireland Human Rights Commission. *Standing Orders for Commission Meetings (Extract from the Code of Governance – September 2019)*, 9 p.
- Parliament and Brexit”, *UK in a Changing Europe*, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://ukandeu.ac.uk/research-papers/parliament-and-brexite-report/>.
- Parliamentary and Health Service Ombudsman. *The Ombudsman’s Annual Report and Accounts 2018-2019*, 22 July 2019, 118 p.
- “Press Summary”, *The Supreme Court*, 9th November 2016, [en ligne], [consultée le 15/03/2021], <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0125-press-summary.pdf>.
- Prisons and Probation Ombudsman. *Annual Report 2018-2019*, October 2019, 102 p.
- Secretary of State for Health and Social Care. *The Government’s Response to the Joint Committee on Human Rights Report: The Government’s Response to COVID-19: Human Rights Implications*, 2020, 60 p.
- Select Committee on the Constitution. *The Salisbury-Addison Convention*, session 2017-2019, 5th report, 17 p.
- Scottish Government – Riaghaltas na h-Alba. *Scottish Ministerial Code - A Code of Conduct and Guidance on Procedures for Members of the Scottish Government and Junior Scottish Ministers*, February 2018, 41 p.
- Scottish Government. *Scotland's Future: from the Referendum to Independence and a written constitution*, February 2013, 16 p.
- Scottish Government. *Scotland's Future: The Scottish Independence Bill: a consultation or an interim constitution for Scotland*, June 2014, 73 p.
- Scottish Government. *Scotland's Future: Your guide to an Independent Scotland- A summary*, November 2013, 649 p.
- Scottish Human Rights Commission. *Briefing: Coronavirus (Scotland) Act 2020*, 2nd April 2020, 7 p.
- Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: Committee Call for Evidence on Refining and Reducing Lockdown*, 29th May 2020, 8 p.
- Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: emergency legislation*, 27th April 2020, 11 p.
- Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: Evidence to Justice Committee – Human Rights and Police Scotland’s use of temporary powers*, 3rd June 2020, 12 p.
- Scottish Human Rights Commission. *COVID-19: Guidance: Clinical Advice*, 9th April 2020, 7 p.
- Scottish Human Rights Commission. *Human Rights and Economic Recovery: Submission to Advisory Group on Economic Recovery*, 29th May 2020, 40 p.
- Scottish Human Rights Commission. *COVID –19: Human Rights implications of digital contact tracing technology*, 18th May 2020, 9 p.
- Secretary of State for Justice and Lord Chancellor. *The Governance of Britain*, 2007, 63 p.
- “Standing Orders of the House of Commons – Public Business 2013”, www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmstords900/body.htm#BABCEFGIA>.

- Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2018”, www.parliament.uk, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmstords/1020/body.html>
- The Committee on Standards in Public Life. *Public Ethics and Political Judgment*, July 2014, 12 p.
- The Conservative and Unionist Party. *Forward Together, Our Plan for a Stronger Britain and a Prosperous Future - The Conservative and Unionist Party Manifesto*, 2017, 86 p.
- The Conservative Party. *Get Brexit Done – Unleash Britain’s Potential –The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019*, 2019, 59 p.
- *The Independent Review of Administrative Law*, March 2021, 193 p., [en ligne], [consultée le 27/05/2021], https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/970797/IRAL-report.pdf.
- The Labour Party. *Britain can be better – The Labour Party Manifesto 2015*, 2015, 83 p.
- The Labour Party. *For the Many not the Few – The Labour Party Manifesto 2017*, 2017, 124 p.
- The Labour Party. *It’s Time For Real Change – The Labour Party Manifesto 2019*, 2019, 105 p.
- The Law Commission and the Scottish Commission. *The Interpretation of Statutes*, London, Her Majesty’s Stationery Office, 1974, 56 p.
- The Scottish Parliament - Pàrlamaid na h-Alba. *Annual Report-Aithisg Bhliadhnail 2019-2020*, 48 p.
- The Scottish Parliament, Pàrlamaid na h-Alba. *Code of Conduct*, 7th January 2020, 63 p.
- The Scottish Parliament, Pàrlamaid na h-Alba. *Public Petitions Committee*, 2020, Official report, session 5, 30 p.
- Welsh Parliament. *Standing Orders of the Welsh Parliament*, March 2021, 246 p.

Littérature francophone

I) Ouvrages (en version papier ou en ligne)

A) Ouvrages

- ARDANT Philippe, MATHIEU Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 28^e édition, 2016-2017, 603 p.
- AVRIL Pierre. *Les conventions de la constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 202 p.
- BARANGER Denis. *Écrire la Constitution non écrite: une introduction au droit politique britannique*. Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 2008, 315 p.
- BARANGER Denis. *Le droit constitutionnel*. 1 vol. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 6^{ème} édition, 2013, 128 p.
- BEAUD Olivier. *La puissance de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, 1^{ère} édition, 512 p.
- BLUMANN Claude, DUBOIS Louis. *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 6^{ème} édition, 2016, 922 p.
- BRANDT Michele, COTTRELL Jill, GHAI Yash, REGAN Anthony. *Le processus constitutionnel : élaboration et réformes – Quelles options ?*, Interpeace, 2015, 406 p.
- BULLIER Antoine-Jean. *La common law*, Paris, Dalloz, 3^e édition, 2012, 161 p.
- BURNS James Henderson. *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1997, 738 p.
- BURNS James Henderson. *Histoire de la pensée politique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1997, 738 p.
- CARBASSE Jean-Marie. *Les 100 dates du droit*. 1 vol. Que sais-je ?. Paris, Presses universitaires de France, 2011, 128 p.
- CAYLA Olivier, HALPERIN Jean-Louis. *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010, 620 p.
- CLÉMENT Élisabeth. *La justice*, 2019, [en ligne], [consultée le 20/05/2021], http://www.acgrenoble.fr/PhiloSophie/wpcontent/uploads/ebooks/justice_clement.pdf.
- COHENDET Marie-Anne. *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 849 p.
- CONSTANT Benjamin. *Des réactions politiques*, Les classiques des sciences sociales, [en ligne], [consultée le 22/05/2020], 47 p.
- DAVID René, JAUFFRET-SPINOSI Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2002, 600 p.
- DUBOURG-LAVROFF Sonia; DUPRAT Jean-Pierre. *Droits et libertés en Grande-Bretagne et en France*, Paris, L'Harmattan, 1999, 359 p.
- DUGUIT Léon. *Traité de droit constitutionnel, tome deuxième – La Théorie générale de l'État*, Ancienne librairie Fontemoing and cie, 3^e édition, 1928, 887 p., pp.425-426.

- DUGUIT Léon. *Traité de droit constitutionnel – Tome 3 : La théorie générale de l'État*, Ancienne librairie Fontemoing and cie, 2^{ème} édition, 1923, 800 p.
- FAVOREU Louis, MESTRE Jean-Paul, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, CHARPY Chloé, SCOFFONI Guy, PFERSMANN Otto, LAMOUREUX Sophie, BENESSIANO William. *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2008, 1056 p.
- FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme. *Droits des libertés fondamentales*. Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012, 720 p.
- FAVOREU Louis. *Le contrôle juridictionnel des lois, légitimité, effectivité et développements récents*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, 316 p.
- FAVOREU Louis, MASTOR Wanda. *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 2011, 161 p.
- FROMONT Michel. *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, 528 p.
- GAMBARO Antonio, SACCO Rodolfo, VOGEL Louis. *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, 455 p.
- GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Eric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 29^{ème} édition, 2015, 860 p.
- GIRARD Charles, LE GOFF Alice. *La démocratie délibérative – anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2010, 550 p.
- GIRARD Charlotte. *La conception anglaise des droits fondamentaux dans une perspective européenne : étude de cas*, Bruxelles, Bruylant, 1^{ère} édition, 1999, 120 p.
- GOUGH John Wiedhofft. *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1992, 250 p.
- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry. *Lexique des termes juridiques 2012*, Paris, Dalloz, 19^{ème} édition, 2011, 918 p.
- HAURIOU Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2015, 759 p.
- Institut Michel Villey. *Jus politicum, Constitutions écrites dans l'histoire*. Paris, Dalloz, 2013, 291 p.
- HOBBS Thomas. *Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common law d'Angleterre, Canada*, Les Classiques des sciences sociales, 2009, [en ligne] [consultée le 05 décembre 2016], http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/dialogue_philosophie_common_law/dialogue_philo_common_law.pdf.
- HOBBS Thomas. *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un état ecclésiastique et civil*, Paris, Marcel Giard and Cie, 1921, 286 p.
- JOUANJAN Olivier; MAULIN Eric; WACHSMANN Patrick (dir.). *La notion de "justice constitutionnelle"*, Paris, Dalloz, 2005, 188p.
- KANT Emanuel. *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, 2008, 454 p.
- KELSEN Hans. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 490 p.
- KORA Andrieu. *La justice transitionnelle: De l'Afrique du Sud au Rwanda*, Folio, 2012, 672 p.
- LAMBERT Edouard. *Le gouvernement des juges*, Paris, Dalloz, 2004, 276 p.
- LAUVAUX Philippe, LEPETIT Jean-Paul. *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 2004, 1060 p.
- LEGRAND Pierre. *Le droit comparé*. 1 vol. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 4^{ème} édition, 2011, 128 p.

- MARX Roland. *Histoire de la Grande- Bretagne*, Paris, Perrin, 2004, 581 p.
- NEMO Philippe. *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, Presses universitaires de France, 3^{ème} édition, 2009, 1440 p.
- OGIEN Albert, LAUGIER Sandra. *Le principe démocratie – Enquête sur les nouvelles formes du politique*, Paris, La découverte, 2014, 282 p.
- OGIEN Albert, LAUGIER Sandra. *Pourquoi désobéir en démocratie ?* Paris, La découverte, 2011, 220 p.
- ROUSSEAU Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 10^{ème} édition, 584 p.
- ROUSSEAU Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*, Les classiques des sciences sociales, 1762, [en ligne], [consultée le 20/05/2020], http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf.
- SCHMITT Carl. *Théorie de la Constitution*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, 576 p.
- DE TOCQUEVILLE Alexis. *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 2008, 1185 p.
- TROPER Michel. *La philosophie du droit*. 1 vol. Que sais-je ?, Paris, Presses universitaires de France, 3^{ème} édition, 2010, 128 p.
- TROPER Michel. *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1998, 251 p.
- TROPER Michel. *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 296 p.
- TROPER Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1^{ère} édition, 1994, 358 p.
- TUSSEAU Guillaume. *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle- essai de critique méthodologique*, Bologna, Bononia University Press, 2009, 200 p.

B) Thèses

- BARANGER Denis. *Parlementarisme des origines – Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 1^{ère} édition, 408 p.
- BARBÉ Vanessa. *Le rôle du parlement dans la protection des droits fondamentaux – Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, LGDJ, 2009, 527 p.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie. *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni: recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*. Droit, Aix-Marseille, 636 p.
- EISENMANN Charles. *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928, 363 p.
- HABERMAS Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 557 p.
- JUSSIAUME Anne. *Le juge et la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien-Contribution à une théorie de la valeur de l'écrit-* thèse, droit public, Université Panthéon-Assas, soutenue en 2002, 876 p.
- ROYNIER Céline. *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, thèse, droit public, Université Panthéon-Assas, soutenue le 1^{er} décembre 2011, 637 p.
- ROUX Frédérique. *La dévolution en Grande-Bretagne: Contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Dalloz-Sirey, 3 juin 2009, 671 p.

II) Articles

A) Articles de revues

- ALEXANDRE-COLLIER Agnès. “Le phénomène eurosceptique au Royaume-Uni”, *Outre terre*, 2014, n°41, pp. 100-112.
- ANTOINE Aurélien. « Les enjeux de la création d’une cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ». *Revue internationale de droit comparé*, 2008, vol. 60, n° 2, pp. 283- 291.
- ANTOINE Aurélien. “ La question de l'adoption d'un nouveau *Bill of Rights* au Royaume-Uni, *Revue internationale de droit comparé*, 2010, vol. 62, n°3, pp. 685-712.
- ANTOINE Aurélien. « Le Brexit et le droit constitutionnel britannique », *Revue du droit public*, 2017, n°2, pp. 261-280.
- AUTEXIER Christian. « F.Wiedhofft Gough, L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise » *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 4, pp. 1225-1228.
- AVRIL Pierre. « Responsabilité et accountability », In *La responsabilité des gouvernants*, sous la dir. de Olivier Beaud, Jean-Michel Blanquer, Paris, Descartes and cie, 1999, 323 p., pp. 85-93.
- BARAK Aharon. « L’exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 2, n°66, pp. 227-302.
- BARANGER Denis. « Angleterre (culture juridique) », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 52-59.
- BARANGER Denis. « Libertés et Déclarations Anglaises du Moyen-Âge au XVIIIème siècle », *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de Stéphane Rials, Frédéric Sudre Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Maguénaud, Paris, Presses universitaires de France, 2008, pp. 650-653.
- BARANGER Denis. « Responsabilité politique », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 1356-1360.
- BARBÉ Vanessa. “Le Human rights act 1998 et la souveraineté parlementaire”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 1, n° 61, pp. 117-145.
- BEAUD Olivier. « Constitution et droit constitutionnel ». In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 257-266.
- BELL John. “La révolution constitutionnelle au Royaume-Uni”, *Revue du droit public et de sciences politiques*, 2000, pp.413-436.
- BELL John. « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 107-116.
- BERNATCHEZ Stéphane. « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann », *Revue Canadienne Droit et Société*, 2006, vol. 21, n°2, pp. 113-141.

- BOUVIER Vincent. « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1989, n°9, pp. 119-129.
- CAMERLENGO Quirino. « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, vol. 1, n°101, pp. 3-25.
- CAMP-PIETRRAIN Edwige. «Le référendum d'autodétermination en Écosse ». *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, vol. 2, n° 94, pp. 259-267.
- CAPITANT René. « La coutume constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1979, pp. 959-970.
- CAPPELLETTI Mauro. « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle ». *Revue internationale de droit comparé*, 1981, vol. 2, n°33, pp. 625-657.
- CARPENTIER Mathieu. « Pour de nouveaux 'modèles' de justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, 2016, vol. 68, n°1, pp. 179-219.
- COHEN Joshua. « Délibération et légitimité démocratique », In *La démocratie délibérative – anthologie de textes fondamentaux* édité par Charles Girard, Alice Le Goff, Paris, Hermann, 2010, pp. 208-241.
- COICAUD Jean-Marc. « Légitimité et responsabilité des gouvernants » In *La responsabilité des gouvernants*, sous la dir. de Olivier Beaud, Jean-Michel Blanquer, Paris, Descartes and cie, 1999, 323 p., pp. 95-117.
- DÉCHAUX Raphaël. « L'unité formelle de la production constitutionnelle – Retour sur un (faux) paradoxe de la théorie constitutionnelle », *IX^e Congrès français de droit constitutionnel - AFDC*, Juin 2014, Lyon, France. (hal-03159580).
- DELCAMP Alain. « Cours constitutionnelles et parlements ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et état de droit », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, vol. 1, n° 38, pp. 181-203.
- DEPARIS Olivier. « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, vol. 3, n°32, pp. 223-231.
- DRAGO Guillaume. « Justice constitutionnelle », In *Dictionnaire de la Culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de 2003, pp. 902-907.
- DE BEAUSSE DE LA HOUGUE Claire. « Un aspect des réformes constitutionnelles au royaume-uni : la disparition du Lord Chancelier- D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 2, n° 62, pp. 291-310.
- EISENMANN Charles. « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », In *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 165-192.
- FASSASSI Idris. « La légitimité de la justice constitutionnelle aux États-Unis à l'épreuve du 'constitutionnalisme populaire' », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 23-2007, 2008, pp. 69-90.
- FLAUSS Jean-François. «Human Rights Act – 1998: Kaléidoscope», *Revue française de droit constitutionnel*, 2001, vol. 4, n°48, pp.695-703.
- FRYDMAN Benoît. « La société civile et ses droits », In *La Société civile et ses droits*, sous la dir. de Benoît Frydman, Bruxelles, Bruylant, 2004, 218 p. pp. 1-18.
- FRYDMAN Benoît. « Habermas et la société civile contemporaine », In *La société civile et ses droits* sous la dir. de Benoît Frydman, Bruxelles, Bruylant, 2004, 218 p. pp. 123-144.

- GARLICKY Lech. “La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/ développements récents”, *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, vol. 2, n°78, pp.227-246.
- GERARD Philippe. « L’idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes», *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2010, vol. 65, n°2, pp. 65-83.
- GIRARD Charles. « La démocratie doit-elle être délibérative ? », *Archives de Philosophie*, 2011, n°74, pp. 223-240.
- GIRARD Charles. « Raison publique Rawlsienne et démocratie délibérative – Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », *Raisons politiques*, 2009, vol. 2, n° 34, pp. 73-99.
- GIRARD Charlotte. « État des droits de l’Homme au Royaume-Uni », In *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, sous la dir. de Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Maguénaud, Paris, Presses universitaires de France, 2008, pp. 863-868.
- GUASTINI Riccardo. « Dworkin Ronald », In *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. d’O. Cayla et J.L Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, pp. 153-158.
- GUIGUE Alexandre. « Le Brexit : une question de droit constitutionnel », *Revue Québécoise de droit international*, 2018, vol. 2-1, pp. 165-180.
- GUILLUY Thibault. « Le *Parliament Act* 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson de 2005 », *Jus Politicum – Revue de droit politique*, vol. V, 2013, pp. 241-268.
- HALPERIN Jean-Louis. « Bentham Jeremy », In *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. de O. Cayla et J.L. Halpérin, Dalloz, 2008, 620 p., pp. 46-54.
- HALPERIN Jean-Louis. « Blackstone William », In *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. de O. Cayla et J.L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, 620 p., pp. 56-61.
- HALPERIN Jean-Louis. « Hart Hebert Lionel Adolphus », In *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, sous la dir. de O. Cayla et J.L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, 620 p., pp. 240-246.
- HOLO Théodore. « L’émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009, vol. 2, n° 129, pp. 101-114.
- JOUANJAN Olivier. « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation » In *Le régime représentatif à l’épreuve de la justice constitutionnelle*, sous la dir. de Stéphane Mouton, LGDJ, 324 p., pp. 34-51.
- KANDIL Feriel. « Idéale ou comparative : quelle approche pour la justice sociale ? », *Revue économique*, vol. 61, n°2, pp. 213-235.
- KELSEN Hans. “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du droit public*, 1928, pp. 197-257.
- KLEIN Luc. « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017, vol. 1, n°109, pp. 121-141, p. 128.
- LECLAIR Jean. « L’avènement du constitutionnalisme en Occident : fondements philosophiques et contingence historique », *Revue de droit de l’université de Sherbrook*, 2011, vol. 41, pp. 159-218.
- LE DIVELLEC Armel. “L’articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, vol 4, n°23, pp. 123-140.

- LE DIVELLEC Armel. «Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif », ». In *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, sous la dir. de Stéphane MOUTON, Paris, LGDJ, 2016, pp.151-186.
- LE DIVELLEC Armel. « Un tournant de la culture britannique : Le *Fixed -Term Parliaments Act 2011* et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, vol. V, Paris, 2013, pp. 269-280.
- MENY Yves. «Les conventions de la Constitution», *Pouvoirs, 1789-1989 Histoire constitutionnelle*, 1989, n° 50, pp.53-68.
- MICHELS Ank. « Les innovations dans la gouvernance démocratique – en quoi la participation citoyenne contribue-t-elle à l'amélioration de la démocratie ? », *Revue Internationale de Sciences Administratives*, 2011, vol. 77, n°2, pp. 275-296.
- NGUYÊN-DUY Iris. «La Constitution britannique: continuité et changement- Quelques réflexions sur la Constitution britannique et son évolution à l'occasion de la publication des mélanges en l'honneur de Vernon Bogdanor», *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, vol 3, n°99, pp. 581-606.
- NORTON Philip. «Une innovation constitutionnelle: des législatures à durée déterminée au Royaume-Uni», *Pouvoirs*, 2012, vol. 2, n°141, pp. 145-155.
- OGIEN Albert. « La désobéissance civile peut-elle être un droit ? », *Droit et société*, 2015, vol. 3, n°91, pp. 579-592.
- OLIVER Dawn. «Vers une constitution britannique fondée sur des principes normatifs». *Revue internationale de droit comparé*, 2008, vol. 60, n° 4, 2008, pp. 807-818.
- PEZET Fabrice. « ‘Vox Populi, vox diaboli ?’ La normalisation du référendum dans les régimes de souveraineté parlementaire après la décision Miller », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, vol. 2, n°114, pp. 419-472.
- PICARD Etienne. « Common Law », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir.de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 238-245.
- PUJAS Véronique. « Carences et nouvelles dimensions de la responsabilité politique : éléments de politiques comparées », *Pouvoirs*, 2000, n°62, pp. 165-180.
- RAYNAUD Philippe. « La justice constitutionnelle : une approche philosophique », In *La notion de 'justice constitutionnelle'* », sous la dir.de Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Eric Maulin et Patrick Wachsmann, Paris, Dalloz, 2005, pp. 3-11.
- RAYNAUD Philippe. « Constitutionnalisme », In *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir.de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 266-271.
- REIGNER Dorothee. «Le Fixed-term parliament Act 2011- La révolution à l'anglaise», *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, vol. 3, n° 91, pp. 615-639.
- ROYNIER Céline. « La liberté dans la tradition anglaise de *common law* », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2013, vol. 5, pp. 185-202.
- ROYNIER Céline. « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, 2014, n°26, pp. 155-171.
- ROUSSAINE Violaine. « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, 2003, n°29, vol. 4, pp. 12-18.
- ROUSSEAU Dominique. « La démocratie continue : Espace public et juge constitutionnel », 1997, *Le débat*, vol. 4, n°96, pp. 73-88.
- ROUSSEAU Dominique. « Justice constitutionnelle », *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la dir. de Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Maguénaud, Paris, Presses universitaires de France, 2008, pp. 581-585.

- SCOFFONI Guy et al. « Droit constitutionnel étranger- L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 2, n° 66, pp. 399- 411.
- SCOFFONI Guy. “La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l’expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, vol. 51, n°2, pp. 243-280.
- TROPER Michel. “Justice constitutionnelle et démocratie”, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n°1, p.31-48.
- TROPER Michel. « Les nouvelles séparations des pouvoirs », In *Les usages de la séparation des pouvoirs*, sous la dir. de Sandrine Baume et Biancamarina Fontana, Michel Houdiard Editeur, 2008, pp. 17-37.
- TUSSEAU Guillaume. “Le Gouvernement (contraint) des juges. Le juge constitutionnel face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques- ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison”, *Droits*, 2012, vol 1, n°55, pp 41-84.

B) Articles en ligne

- ALLARD Julie. Ronald Dworkin ou le roman du droit, *La vie des idées*, 2014, [en ligne], [consultée le 03/06/2021], <https://laviedesidees.fr/Ronald-Dworkin-ou-le-roman-du-droit.html>.
- ALTWEGG-BOUSSAC Manon. “Le concours des organes politiques et juridictionnels à la garantie des droits. Regards sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum Revue de droit politique – n° 13*, *La justice constitutionnelle contemporaine : modèle et expérimentations*, 2014, [en ligne], [consultée le 28/10/2019], <http://juspoliticum.com/article/Le-concours-des-organes-politique-et-juridictionnel-a-la-garantie-des-droits-Regard-sur-une-modelisation-alternative-de-la-justice-constitutionnelle-954.html>.
- ALTWEGG-BOUSSAC Manon. « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum - n°24*, *Le droit politique face à la Cinquième République*, 2020, [en ligne], [consultée le 30/12/2020], <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-politique-des-concepts-et-des-formes-1326.html>.
- ANTOINE Aurélien. « 2016-2019 : un cycle de crise politique marquant la résilience du parlementarisme britannique », *Jus Politicum Blog*, 17 décembre 2019, [en ligne], [consultée le 24/02/2020], <http://blog.juspoliticum.com/2019/12/17/2016-2019-un-cycle-de-crise-politique-marquant-la-resilience-du-parlementarisme-britannique-par-aurelien-antoine/>.
- ANTOINE Aurélien. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum Revue de droit politique – n° 17*, *Thinking about Federalism(s)*, 2017, [En ligne], [consultée le 28/10/2019], <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-au-Royaume-Uni-1135.html>.
- ANTOINE Aurélien. « La réponse législative du Royaume-Uni à la crise sanitaire », *JPBlog*, 9 mai 2020, [en ligne], [consultée le 20/04/2021], <https://blog.juspoliticum.com/2020/05/09/la-reponse-legislative-du-royaume-uni-a-la-crise-sanitaire-par-aurelien-antoine/>.
- ANTOINE Aurélien. « Le jugement Miller, la dévolution et la convention Sewel », *Jus Politicum Blog*, 22 février 2017, [en ligne], [consultée le 03/02/2020],

<http://blog.juspoliticum.com/2017/02/22/le-jugement-miller-la-devolution-et-la-convention-sewel/>.

- ANTOINE Aurélien. « Quels enseignements tirer des résultats des élections locales en Angleterre et au pays de Galles ? », *Observatoire du Brexit – Analyse en continu du processus de sortie du Royaume-Uni de l’Union européenne*, 21 mai 2021, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], <https://brexit.hypotheses.org/category/actualites>.
- BARANGER Denis. « Brexit as a Constitutional Decision : An Interpretation », *Jus Politicum - n°21, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit*, 2018, [en ligne], [consultée le 15/02/2021], <http://juspoliticum.com/numero/La-jurisprudence-du-Conseil-Constitutionnel-et-les-differentes-branches-du-droit-numero-20-21-73.html>.
- BARANGER Denis. « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum – n°3, Autour de la notion de Constitution*, 2009, [en ligne], [consultée le 03/02/2014], <http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html>.
- BARANGER Denis. « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus Politicum - n°15, Le droit public et la Première Guerre mondiale*, [en ligne], [consultée le 16/03/2021], <http://juspoliticum.com/article/Theorie-et-pratique-du-principe-de-majorite-dans-les-droits-constitutionnels-europeens-1054.html>.
- BARANGER Denis. « Une bataille mais pas la guerre ? Les victoires du parlement de Westminster contre Boris Johnson », *Jus Politicum Blog*, 9 septembre 2019, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], http://blog.juspoliticum.com/2019/09/09/une-bataille-mais-pas-la-guerre-les-victoires-du-parlement-de-westminster-contre-boris-johnson-par-denis-baranger/#_ftn1.
- BEAUD Olivier. “Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 1999, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a-propos-d-un-ouvrage-recent.52814.html>.
- BOGDANOR Vernon. “La nouvelle constitution britannique. Vers une constitution écrite?”, *Jus Politicum - n°17, Thinking about federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/03/2020], <http://juspoliticum.com/numero/Thinking-about-Federalism-s-70.html>.
- BONNARD Laurent. “La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann”, *Jus Politicum – n°8, La théorie de l’État entre passé et avenir*, 2012, [en ligne], [consultée le 15/01/2015], <http://www.juspoliticum.com/-La-revue-.html>.
- BOTTINI Eleonora. « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum - n°24, Le droit politique face à la Cinquième République*, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-politique-et-le-depassement-de-la-sanction-en-droit-constitutionnel-1327.html>.
- BRYCE James. « Constitutions flexibles et Constitutions rigides (1884) », *Jus Politicum – n°11, Les mutations du droit public*, 2013, [en ligne], [consultée le 30/01/2014], <http://www.juspoliticum.com/Constitutions-flexibles-et.html>.
- CALVES Gwénaëlle. « La manifestation, cœur battant de la démocratie », *Jus Politicum - n° 17, Thinking about Federalism(s)* 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-manifestation-coeur-battant-de-la-democratie-1140.html>.

- CHEVALLIER Jacques. “La démocratie deliberative : mythe et réalité”, *Hal archives-ouvertes.fr*, [en ligne], [consultée le 18/01/2021], <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01763679/document>.
- CRAIG Paul. « Pouvoir exécutif et pouvoir législatif au Royaume-Uni », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n°19, [en ligne], [consultée le 01/05/2021], <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/pouvoir-executif-et-pouvoir-legislatif-au-royaume-uni>.
- DAVID Edward. « Le rôle de la jurisprudence dans le common law », [en ligne], [consultée le 15/05/2020], <http://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/1999-le-role.pdf>.
- DE BECHILLON Denys. “Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel?”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2008, [en ligne], [consultée le 02/06/2021], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/comment-encadrer-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel.51740.html>.
- DELESALLE-STOLPER Sonia. “Vernon Bogdanor : ‘Le Parlement est entravé par le peuple’”, *Libération*, 2 avril 2019, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], https://www.liberation.fr/planete/2019/04/02/vernon-bogdanor-le-parlement-est-entrave-par-le-peuple_1719020/.
- DENQUIN Jean-Marie. « Situation présente du constitutionnalisme. Quelles réflexions sur l'idée de démocratie par le droit ? » *Jus Politicum – n°1, Le droit politique*, 2008, [en ligne], [consultée le 03/02/2014], <http://www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>.
- DIENG Nogoye. « L'article 14 de l'Equality Act 2010 (Royaume-Uni) : vers une reconnaissance des discriminations multiples ? », *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre*, 2011, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <https://blogs.parisnanterre.fr/content/larticle-14-de-lequality-act-2010-royaume-uni-vers-une-reconnaissance-des-discriminations-mu>.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La citoyenneté au Royaume-Uni ou la recherche d'une valeur inexploree », *HAL archives – ouvertes.fr*, 2013, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02610724/file/A._Duffy-Meunier_La_citoyennete_au_Royaume-Uni.pdf.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie. « La Cour suprême au Royaume-uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Jus Politicum – n°9, Constitutions écrites dans l'histoire*, 2013, [en ligne], [consultée le 03/02/2014], <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-Duffy-1-3.pdf>.
- DUFFY-MEUNIER Aurélie, PERROUD Thomas. « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », *Jus Politicum - n°17, Thinking about Federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 15/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-dans-l-espace-public-en-droit-compare-1148.html>.
- FASSASSI Idris. « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n°26, [en ligne], [consultée le 03/02/2014], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-26/l-exigence-continue-de-legitimite-sociale-de-la-cour-supremesup1-sup.51500.html>.
- GIRARD Charlotte. « Le réalisme du juge constitutionnel britannique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n°22, [en ligne], [consultée le 25/11/2013], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-du-juge-constitutionnel-britannique.50735.html>.

- GORDON Anthony. “Le Brexit et la Constitution de *Common law*”, *Observatoire du Brexit – Analyse en continu du processus de sortie du Royaume-Uni de l’Union européenne*, 5 juillet 2018, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], <https://brexit.hypotheses.org/1525>.
- GUILLY Thibault. « Le *Parliament Act* de 1911 a-t-il intronisé un nouveau souverain ? Réflexions sur la décision Jackson. », *Jus Politicum - n°6, Le Parlement français et le nouveau droit parlementaire après la réforme de 2008*, 2011, [en ligne], [consultée le 24/08/2020], <http://juspoliticum.com/article/Le-Parliament-Act-de-1911-a-t-il-intronise-un-nouveau-souverain-Reflexions-sur-la-decision-Jackson-376.html>.
- HALEVI Ran. « La déconstitution de l’Ancien régime – Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire », *Jus Politicum - n°3, Autour de la notion de constitution*, 2009, [En ligne], [consultée le 28/11/2016], <http://juspoliticum.com/article/La-deconstitution-de-l-Ancien-Regime-Le-pouvoir-constituant-comme-acte-revolutionnaire-141.html>.
- LE DIVELLEC Armel. “Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d’une découverte de la pensée constitutionnelle », *Jus Politicum – n°7, le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques?*, 2012, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <http://juspoliticum.com/numero/le-conseil-constitutionnel-gardien-des-libertes-publiques-41.html>.
- LE DIVELLEC Armel. “L’ordre-cadre normative. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution”, *Jus Politicum - n°4, Science du droit et démocratie*, 2010, [en ligne], [consultée le 13/04/2021], <http://juspoliticum.com/article/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de-quelques-theses-sur-la-notion-deconstitution-259.html>.
- LE DIVELLEC Armel. « Le Gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États Européens », *Jus Politicum - n°1, Le droit politique*, 2008, [en ligne], [consultée le 15/09/2014], <http://www.juspoliticum.com/Le-gouvernement-portion-dirigeante,30.html>.
- LE MESTRE Renan. « Les constitutions de l’inter-règne en Angleterre (I) : L’Instrument of Government (1653), texte anglais et traduction française présentés par Renan Le Mestre », *Jus Politicum – n°5, Mutations ou crépuscule des libertés publiques ?*, 2010, [en ligne], [consultée le 03/02/2014], <http://www.juspoliticum.com/Les-constitutions-de-l-interregne.html>.
- LENOIR Noëlle. « La Chambre des Lords, à propos des projets actuels de réformes constitutionnelles ». *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, février 2011, n°3, [en ligne], [consultée le 20 octobre 2013], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-3/la-chambre-des-lords-a-propos-des-projets-actuels-de-reformes-constitutionnelles.52854.html>.
- MESLIN Antoine. “L’oeuvre d’Ivor Jennings, publiciste anglais du XXème siècle”, *Jus Politicum – n° 7 le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?* [En ligne], [consultée le 29/11/2016], <http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-d-Ivor-Jennings-publiciste-anglais-du-XXe-siecle-519.html>.
- MUIR-WATT. “Le problème du 'constitutional review': le modèle du Royaume-Uni”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2008, n°24, [en ligne], [consultée le 15/06/2020], <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/le-probleme-du-constitutionalreview-le-modele-du-royaume-uni.51744.html>.
- OST François. “De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *La Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2000, vol. 44, [en ligne], [consultée le 30/12/2020], <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theorierecht/articles/ostvdkpyram.pdf>.
- PASQUINO Pascale. “Le contrôle de constitutionnalité: généalogie et morphologie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2010, n°28, [en ligne], [consultée le

13/04/2021], <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/le-controle-de-constitutionnalite-genealogie-et-morphologie.52721.html>.

- PIMENTEL Carlos-Miguel. “ Les conventions de la constitution ou le conflit surmonté”, *Encyclopédie de droit politique*, [en ligne], [consultée le 29/03/2014], <http://droitpolitique.com/publications/article/367/les-conventions-de-la-constitution-ou-le-conflit-surmonte>.
- PINI Joseph. “(Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2008, n°24, [en ligne], [consultée le 10/04/2020], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/-simples-reflexions-sur-le-statut-normatif-de-la-jurisprudence-constitutionnelle.51741.html>.
- ROSENVALLON Pierre. « Penser le populisme », *La vie des idées*, 27 septembre 2011, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <https://laviedesidees.fr/Penser-le-populisme.html>.
- ROUSSEAU Dominique. “Constitutionnalisme et démocratie”, *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [en ligne], [consultée le 26/01/2014], <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.
- ROUSSEAU Dominique. “L’équivoque référendaire”, *La vie des idées*, 22 avril 2014. [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <http://www.laviedesidees.fr/L-equivoque-referendaire.html>.
- THIEC Anne. « Le Parlement écossais et la démocratie participative », *E-rea Revue électronique d’études sur le monde anglophone*, 7.1 De la démocratie au Royaume-Uni : perspectives contemporaines, 2009, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <https://journals.openedition.org/erea/885>.
- ROYNIER Céline. « La liberté de manifestation au Royaume-Uni : éléments historiques », *Jus Politicum - n°17, Thinking about Federalism(s)*, 2017, [en ligne], [consultée le 17/04/2020], <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-au-Royaume-Uni-elements-historiques-1131.html>.
- ROYNIER Céline. “La résolution du scandale des notes de frais des *MPs* au Royaume-Uni ou les bienfaits de la morale constitutionnelle », *Jus Politicum Blog*, 2017, [en ligne], [consultée le 21/04/2020], <http://blog.juspoliticum.com/2017/03/20/la-resolution-du-scandale-des-notes-de-frais-des-mps-au-royaume-uni-ou-les-bienfaits-de-la-morale-constitutionnelle/>.
- TROPER Michel. « Histoire Constitutionnelle et théorie constitutionnelle ». *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2010, n°28, [en ligne], [consultée le 25/11/2013], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-28/histoire-constitutionnelle-et-theorie-constitutionnelle.52714.html>.
- VERDET Lucas. « L’abrogation du *Fixed-term Parliaments Act* : rendre à la Reine ce qui appartient à la Reine », *Jus Politicum Blog*, 7 octobre 2020, [en ligne], [consultée le 18/04/2021], <https://blog.juspoliticum.com/2020/10/07/labrogation-du-fixed-term-parliaments-act-rendre-a-la-reine-ce-qui-appartient-a-la-reine-par-lucas-verdet/>.
- TROPER Michel. « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire Montesquieu*, 2013, [en ligne], [consultée le 05/06/2021], <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>.
- WACHSMANN Patrick. “Commentaire de P. Wachsmann relatif au livre de Pierre Avril (“Les Conventions de la Constitution” », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n°4, [en ligne], [consultée le 21/04/2021], <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier->

n-4/commentaire-de-p-wachsmann-relatif-au-livre-de-pierre-avril-les-conventions-de-la-constitution.52848.html.

- WEBBER Grégoire. « L'activité politique et la Constitution de Westminster », *Jus Politicum*, n°8, *théorie de l'État entre passé et avenir*, 2012, [en ligne], [consulté le 30/12/2020], <http://juspoliticum.com/article/L-activite-politique-et-la-constitution-de-Westminster-560.html>.
- « La première ministre écossaise, Nicola Sturgeon, n'a 'jamais été aussi certaine' de réaliser l'indépendance », *Le Monde*, 28 novembre 2020, [en ligne], [consultée le 17/12/2020], https://www.lemonde.fr/international/article/2020/11/28/la-premiere-ministre-ecossaise-nicola-sturgeon-n-a-jamais-ete-aussi-certaine-de-realiser-l-independance_6061438_3210.html.
- « Victorieux, les indépendantistes écossais exigent un référendum sur l'indépendance », *Le Monde*, 8 mai 2021, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], https://www.lemonde.fr/international/article/2021/05/08/ecosse-les-independantistes-revendiquent-la-victoire-et-defient-boris-johnson_6079606_3210.html.
- ZOLLER Elisabeth. « La mutation des sources du droit constitutionnel », *Articles by Maurer Faculty*, Paper 835, 2012, [en ligne], [consultée le 03/06/2020], <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1835&context=facpub>.

Rapports, documents officiels :

- *Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique*, Journal Officiel de l'Union européenne, 31 janvier 2020.
- European Court of Human Rights-Cour européenne des droits de l'Homme. *Royaume-Uni*, Press Unit-Unité de la Presse, mai 2021, 23 p.
- « La démocratie en Europe : crises et perspectives », Assemblée parlementaire – Conseil de l'Europe, 2010, [en ligne], [consultée le 24/05/2021], http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100601_Democracy_f.pdf.

INDEX

A

abrogation implicite68, 124, 125, 127,
164, 165, 168, 169, 171, 225, 329, 623
anxious scrutiny ...154, 182, 184, 248, 475

B

Brexit89, 193, 196, 201, 207, 208, 210,
211, 212, 213, 216, 217, 219, 220, 290,
294, 297, 304, 306, 334, 335, 336, 338,
339, 354, 393, 395, 399, 418, 419, 428,
448, 476, 482, 502, 503, 528, 529, 560,
561, 562, 576, 584, 598, 611, 615, 630,
697, 735, 746, 747, 748, 758, 759, 761,
766, 768, 771, 772

C

Cabinet Manual ...699, 702, 704, 706, 707,
708, 710, 711, 732, 756, 758
Charte des droits fondamentaux193,
196, 201, 204, 205, 210, 216, 219, 334,
529
Code of Conduct ..713, 714, 715, 716, 717,
721, 722, 723, 724, 757, 758, 760, 761,
762

common law constitutionalism ... 136, 137,
142, 144, 472

constitutionnalisme populaire..... 59, 431,
767

contrat social 42, 43, 45, 380, 402, 422,
423, 424, 425, 441, 765

**Convention européenne des droits de
l'Homme** . 193, 201, 221, 227, 567, 613,
614

convention Salisbury .. 377, 378, 383, 688

convention Sewel 160, 307, 336, 338, 339,
346, 351, 353, 354, 356, 383, 630, 632,
697, 770

conventions de la Constitution.. 335, 430,
680, 682, 683, 685, 686, 687, 694, 695,
708, 763, 774

coutume..... 132, 133, 135, 137, 138, 139,
140, 141, 142, 388, 684, 767

D

déclaration d'incompatibilité.... 238, 239,
240, 243, 244, 245, 256, 673, 727

déclaration de droits 28, 55, 110, 151,
223, 225, 226, 228, 229, 232, 331, 362,

401, 402, 403, 409, 414, 422, 423, 424,
425, 426, 516, 631, 632

déférence84, 247, 250, 251, 252, 253,
254, 255, 256, 257, 258, 259, 303, 466

Delegated Powers and Law Reform
Committee639, 640, 756

Delegated Powers and Regulatory Reform
Committee603, 622, 635, 636, 637,
638, 639, 640, 758

deliberative polls519, 527, 528

démocratie constitutionnelle....60, 65, 74,
76, 103, 124, 169, 363, 399, 480, 549,
565, 611

démocratie délibérative31, 404, 405, 412,
414, 420, 527, 546, 764

démocratie participative363, 365, 367,
435, 484, 485, 520, 527, 535, 729, 774

dévolution.....16, 91, 162, 264, 281, 298,
299, 300, 301, 302, 303, 309, 310, 311,
315, 316, 317, 319, 320, 321, 322, 323,
324, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 335,
336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343,
344, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 352,
354, 355, 356, 357, 362, 374, 383, 384,
385, 388, 391, 400, 412, 413, 416, 432,
505, 506, 519, 523, 527, 530, 532, 533,
577, 592, 596, 604, 628, 630, 639, 644,
689, 697, 704, 712, 716, 741, 765, 770

devolution issues ..300, 301, 309, 310, 311,
312, 314, 315, 316, 443, 779, 783

dissolution85, 88, 568, 569, 574, 575,
576, 577, 578, 700

droit de l'UE retenu ...214, 215, 218, 220,
557, 626

droits constitutionnels 35, 72, 74, 104,
105, 107, 125, 126, 137, 170, 237, 304,
317, 493, 547, 580, 582, 704, 771

E

Equality Commission for Northern
Ireland 655, 656, 657, 658, 659, 757

Equality Human Rights Commission.... 202,
448, 645, 646, 647, 649, 650, 651, 652

Equality Northern Ireland Commission
..... 645

H

hiérarchie des normes.... 24, 49, 118, 123,
124, 127, 130, 201, 206

J

Joint Committee on Human Rights.. 8, 45,
58, 219, 243, 409, 422, 423, 425, 426,
453, 468, 473, 481, 523, 595, 603, 606,
609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616,
621, 622, 642, 643, 644, 654, 668, 673,
678, 757, 758, 760, 761

L

Ancienne Constitution 139, 140, 141, 144,
145

loi constitutionnelle 23, 99, 118, 123, 124,
127, 128, 162, 163, 206, 225, 321, 330,
382, 729

M

méthode littérale d'interprétation.... 155,
156, 157, 159, 160

méthode téléologique d'interprétation

.....156, 160, 163, 197, 234

Ministerial Code ..572, 699, 702, 703, 704,
706, 707, 711, 712, 713, 714, 718, 719,
720, 721, 723, 734, 756, 760, 761

N

Northern Ireland Human Rights

Commission666, 667, 668, 669, 670,
671, 672, 761, 782

O

Ombudsmen..63, 272, 276, 278, 536, 644,
645, 659, 662, 665, 738

P

pétitions .29, 365, 484, 485, 486, 487, 488,
489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496,
497, 498, 499, 500, 501, 502, 504, 505,
506, 507, 508, 509, 511, 512, 514, 515,
516, 517, 518, 520, 526, 530, 534, 584,
701, 729, 730

peuple composite6, 270, 366, 435, 534

peuple électoral.....366, 367, 520

political constitutionalism56, 58, 373,
380, 612, 739, 740

présomption72, 73, 105, 106, 109, 110,
117, 119, 155, 163, 164, 165, 168, 169,
170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177,
200, 213, 234, 250, 442

proportionnalité..183, 184, 185, 213, 233,
246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253,
254, 297, 461, 462, 475, 614

R

raison..... 24, 29, 43, 49, 51, 53, 62, 80, 87,
114, 126, 130, 131, 132, 133, 134, 135,
136, 137, 138, 140, 142, 144, 147, 165,
193, 199, 209, 213, 240, 252, 255, 258,
264, 281, 306, 318, 333, 369, 378, 380,
389, 396, 404, 405, 417, 420, 435, 441,
449, 465, 467, 472,484, 488, 495, 537,
552, 554, 559, 560, 588, 601, 610, 653,
671, 684, 685, 770

référendum ... 99, 329, 347, 348, 350, 353,
360, 365, 367, 368, 381, 384, 385, 386,
387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394,
395, 396, 397, 398, 399, 400, 412, 416,
433, 448, 464, 500, 503, 510, 528, 535,
577, 604, 689, 729, 730, 767, 769

rule of law..... 22, 23, 25, 30, 32, 33, 34, 35,
40, 42, 72, 75, 76, 77, 78, 82, 83, 101,
106, 111, 113, 115, 147, 151, 166, 167,
168, 169, 173, 190, 214, 224, 227, 261,
264, 273, 279, 283, 304, 317, 320, 331,
344, 440, 451, 458, 471, 472, 478, 479,
480, 541, 550, 569, 577, 578, 613, 620,
688, 732, 738, 748

S

Scottish Human Rights Commission . 634,
666, 674, 675, 676, 761

Secondary Legislation Scrutiny

Committee..... 635, 640

Select Committee on the Constitution 264,
270, 271, 280, 282, 283, 284, 339, 348,
378, 482, 556, 557, 603, 606, 618, 619, 620,

621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 642,
688, 754, 759, 760, 761

séparation des pouvoirs.32, 33, 35, 36,
37, 38, 72, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 89,
90, 91, 130, 190, 191, 194, 231, 247,
255, 260, 262, 263, 264, 267, 268, 281,
282, 285, 287, 289, 320, 325, 446, 500,
570, 583, 621, 767, 770

soft law ...13, 341, 537, 572, 595, 680, 681,
699, 701, 702, 704, 705, 706, 708, 709,
710, 712, 725

souveraineté parlementaire.....21, 23, 24,
25, 29, 30, 32, 65, 72, 91, 94, 100, 102,
104, 108, 118, 130, 199, 228, 229, 241,
330, 336, 337, 346, 348, 352, 355, 359,
395, 396, 400, 766, 769

W

Wednesbury..109, 113, 154, 177, 178, 179,
180, 181, 182, 185, 250, 475, 741, 742,
748, 779

JURISPRUDENCE UTILISÉE

JURISPRUDENCE BRITANNIQUE

A

A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2004] UKHL 56.

A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004)A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)(Conjoined Appeals) [2005] UKHL 71.

A (Respondent) v. British Broadcasting Corporation (Appellant) (Scotland) [2014] UKSC 25.

A Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to Paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 [2020] UKSC 2.

Agricultural Sector (Wales) Bill – Reference by the Attorney General for England and Wales [2014] UKSC 43.

Ambrose v. Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland) [2011] UKSC 43.

Anderson & Ors v. Scottish Ministers & Anor (Scotland) [2001] UKPC D5.

Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC.

ANS (Respondent) and another v. ML (AP) (Appellant) (Scotland) [2012] UKSC 30.

Arnold v. Central Electricity Generating Board [1988] AC 228.

Arthur Hill v. East and West India Dock Company [1884] LR 9 AC 448.

Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation [1947] EWCA Civ 1.

Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 508.

Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (No 2) [1988] UKHL 6.

AXA General Insurance Limited and others (Appellants) v. The Lord Advocate and others (Respondents) (Scotland) [2011] UKSC 46.

B

Bank Mellat (Appellant) v. Her Majesty's Treasury (Respondent) [2013] UKSC.

Barda, R(on the application of) v. Major of London on Behalf of the Greater London Authority [2015] EWHC 3584 (Admin).

Ben-Dor and Ors v. University of Southampton [2016] EWHC 953 (Admin).

Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Libya v Janah [2017] UKSC 62.

BH (AP) (Appellant) and another v. The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland) KAS or H (AP) (Appellant) v. The Lord Advocate and another (Respondents) (Scotland) [2012] UKSC 24.

Bobb & Anor v. Manning (Trinidad and Tobago) [2006] UKPC 22.

B v. Director of Public Prosecutions [2000] UKHL 13.

Bradlaugh v. Gossett [1884] EWHC 1 (QB).

British Railways Board v. Pickin [1974] AC 765.

Bromley LBC v. Greater London Council [1981] UKHL 7.

Brynmawr Foundation School, R (on the application of) v. Welsh Ministers & Anor (Rev 1) [2011] EWHC 519 (Admin).

Buchanan v. Jennings [2005] 1 AC 115.

C

Cape Intermediate Holdings Ltd (Appellant/Cross Respondent) v. Dring (for and on behalf of Asbestos Victims Support Groups Forum UK) (Respondent/Cross Appellant) [2019] UKSC 38.

Carltona Ltd v. Commissioners of Works [1943] 2 All ER 560.

Case of Proclamations [1611] 12 Co Rep 74, 77 ER 1352.

Corner House Research & Ors, R (On The Application of) v. The Serious Fraud Office [2008] UKHL 60.

Corporate Officer of the House of Commons v. Information Commissioner [2008] EWHC 1084 (Admin).

Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1984] UKHL 9.

D

Damian Anysz v. Sizzlers NI Ltd and Kate Clarke The INDUSTRIAL TRIBUNALS [2019] 9858/18.

Davis & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department & Ors [2015] EWHC 2092 (Admin).

De Freitas v. The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands, and Housing and Others (Antigua and Barbuda) [1998] UKPC 30.

Derbyshire CC v. Times Newspapers Ltd [1993] UKHL 18.

Detention Action v. Secretary of State for the Home Department [2014] EWHC 2245 (Admin).

Dolan and others v. Secretary of State for Health and Social Care and others [2020] EWCA Civ 1605.

Duncan v. Jones [1936] KB 218.

E

Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope [1842] UKHL J12.

Elgizouli (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2020] UKSC 10

Entick v. Carrington [1765] KB J98.

F

Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd [1999] UKHL 42.

G

Garland v. British Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751.

Ghaidan v. Godin-Mendoza [2004] UKHL 30.

Gilham v. Ministry of Justice [2019] UKSC 44.

Grey v. Pearson [1857] UKHL 9.

Guardian News and Media Ltd, R (on the application of) v. City of Westminster Magistrates' Court [2012] EWCA Civ 420.

H

Hall and Others v. Mayor of London (On Behalf of the Greater London Authority) [2010] EWCA Civ 817.

Henry Boot Construction (UK) Ltd v. Malmaison Hotel (Manchester) Ltd (Malmaison) [2001] QB 388.

Heydon's Case [1584] EWHC Exch J36.

HH (Appellant) v. Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa (Respondent) [2012] UKSC 25.

Home Office (Appellant) v. Tariq (Respondent) [2011] UKSC 35.

I

Imperial Tobacco Limited (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent) (Scotland) [2012] UKSC 61.

In the matter of an application by Siobhan Mclaughlin for Judicial Review (Northern Ireland) [2018] UKSC 48.

In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland) [2018] UKSC 27.

International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA Civ 158.

J

Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent) [2005] UKHL 56.

K

Kennedy (Appellant) v. The Charity Commission (Respondent) [2014] UKSC 20.

Keyu and others (Appellants) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (Respondents) [2015] UKSC 69.

L

Lee v. Bude and Torrington Junction Railway Co. [1871] LR 6 CP 576.

Lee (Respondent) v. Ashers Baking Company Ltd and others (Appellants) (Northern Ireland) Reference by the Attorney General for Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 Reference by the Attorney General to the Northern Ireland of devolution issues to the Supreme Court pursuant to paragraph 34 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (No 2) [2018] UKSC 49.

Litster v. Forth Dry Dock and Engineering Co. Ltd. [1990] 1 AC 546.

Liversidge v. Anderson [1942] AC 206.

Local Government Byelaws (Wales) Bill 2012 - Reference by the Attorney General for England Wales [2012] UKSC 53.

M

Macarthy Ltd v. Smith [1980] CA.

MacCormick v. Lord Advocate [1953] SC 396.

Manchester City Council (Respondent) v. Pinnock (Appellant) [2010] UKSC 45.

Martin (Appellant) v. Her Majesty's Advocate (Respondent) (Scotland) [2010] UKSC 10.

McDonnell v. Congregation of Christian Brothers Trustees & Ors [2003] UKHL 63.

Miller v. The Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin).

Miranda v. Secretary of State for the Home Department & Ors [2014] EWHC 255 (Admin).

Moohan and another (Appellant) v. The Lord Advocate (Respondent), [2014] UKSC 67.

N

N. S. (C-411/10) v. Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others (C-493/10) v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform [2011] Judgement of the Court (Grand Chamber).

O

Odelola v. Secretary of State for the Home Department [2009] UKHL 25.

O'Moran and Whelan [1975] 1QB 864.

Osborn (FC) (Appellant) v. The Parole Board (Respondent) [2013] UKSC 61.

P

Pepper v. Hart [1993] AC 593.

Pham v. Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19.

Pickin v. British Railways Board [1974] UKHL 1.

Pickstone v. Freemans Plc [1988] UKHL 2.

Prohibitions del Roy [1607] 12 Co Rep 63; 77 ER 1342.

R

R (Alconbury Developments Ltd) v. SS for Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23.

R (Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport [2008] UKHL 15.

R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2) [2007] EWCA Civ. 498.

R (on the application of AB) v. Secretary of State for the Home Department [2013] EWHC (Admin) 3453.

R (on The Application of Bancoult) v. Secretary of State For Foreign and Commonwealth Affairs [2008] UKHL 61.

R (on the application of Begum) (Appellant) v. Special Immigration Appeals Commission (Respondent)
R (on the application of Begum) (Respondent) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant)
Begum (Respondent) v Secretary of State for the Home Department (Appellant) [2021] UKSC 7.

R (on the application of Carmichael and Rourke) (formerly known as MA and others) (Appellants) v. Secretary of State for Work and Pensions (Respondent)
R (on the application of Daly and others) (formerly known as MA and others) (Appellants) v. Secretary of State for Work and Pensions (Respondent)
R (on the application of A) (Respondent/Cross-Appellant) v. Secretary of State for Work and Pensions (Appellant/Cross-Respondent)
R (on the application of Rutherford and another) (Respondents) v. Secretary of State for Work and Pensions (Appellant) [2016] UKSC 58.

R (on the application of Cart) (Appellant) v. The Upper Tribunal (Respondent) [2011] UKSC 28.

R (on the application of Evans) and another (Respondents) v. Attorney General (Appellant) [2015] UKSC 21.

R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v. The Secretary of State for Transport and another (Respondents), [2014] UKSC 3.

R (on the application of Jalloh (Liberia)) (Respondent) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant) [2020] UKSC 4.

R (on the application of Johnson) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2016] UKSC 56.

R (on the application of Lord Carlile of Berriew QC and others (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2014] UKSC 60.

R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) [2019] UKSC 41.

R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal (Northern Ireland) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review [2017] UKSC 5.

R (on the application of Nicklinson and another) (AP) (Appellants) v. Ministry of Justice (Respondent), [2014], UKSC 38.

R (on the application of Privacy International) (Appellant) v. Investigatory Powers Tribunal and others (Respondents) [2019] UKSC 22.

R (on the application of Quila and another) (FC) (Respondents) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant) [2011] UKSC 45.

R (on the application of Sir David Barclay and another) (Respondents) v. Secretary of State for Justice and the Lord Chancellor and others (Appellants) and The Attorney General of Jersey and The States of Guernsey (Interveners) [2014] UKSC 54.

R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v. Secretary of State for the International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) (Respondent) [2018] UKSC 32.

R (on the application of Tigere) (Appellant) v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills (Respondent) [2015] UKSC 57.

R (on the application of UNISON) (Appellant) v. Lord Chancellor (Respondent) [2017] UKSC 51.

R v. A. [2001] UKHL 25.

R v. Adams (Appellant) (Northern Ireland) [2020] UKSC 19.

R v. Brown (Appellant) (Northern Ireland) [2013] UKSC 43.

R v. Chancellor of Cambridge, ex p Bentley [1748] 2 Ld Raym 1334.

R v. Chaytor and others (Appellants) [2010] UKSC 52.

R v. Commission for Racial Equality, ex parte Cottrell and Rothon (a firm) [1980] 3 All ER 265.

R v. Horncastle and others (Appellants) (on appeal from the Court of Appeal Criminal Division) [2009] UKSC 14.

R v. Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd [1981] UKHL 2.

R v. Inland Revenue Commissioners, ex p. Rossminster Ltd [1979] UKHL 5.

R v. Ireland; R v. Burstow [1998] AC 147.

R v. Judge of the City of London Court [1892] 1 QB 273.

R v. Ministry of Defence, ex parte Smith [1996] QB 517.

R v. Secretary of State for the Environment ex p. Nottinghamshire CC [1985] UKHL 8.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] UKHL 4.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] UKHL 3.

R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Fire Brigade Unions [1995] UKHL 3.

R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Leech No.2 [1993] EWCA Civ 12.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Oladehinde [1989] UKHL 3.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson [1998] AC 539.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2 AC 115.

R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame [1990] 2 AC 85.

R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No 2) [1991] 1 AC 603.

Raymond v. Honey [1981] UKHL 8.

Re Amendment to the Constitution of Canada [1981] 1 SCR 753.

Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill – Reference by the Counsel General for Wales [2015] UKSC 3.

Regina v. British Broadcasting Corporation (Appellants) ex parte Prolife Alliance (Respondents) [2003] UKHL 23.

Regina v. Director of Public Prosecutions Ex Parte Kebeline and Others (On Appeal From a Divisional Court of The Queens Bench Division) [1999] UKHL 43.

Regina v. Lambert; Regina v Ali; Regina v Jordan [2000] EWCA Crim 3542.

Regina v. Ministry of Defence ex parte Smith; ex parte Grady [1995] EWCA Civ 22.

Regina v. Secretary of State for Health (Respondent) ex parte Quintavalle (on behalf of Pro-Life Alliance) (Appellant) [2003] UKHL 13.

Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Bugdaycay [1986] UKHL 3.

Regina v. Special Adjudicator (Respondent) ex parte Ullah (FC) (Appellant) [2004] UKHL 26.

Regina v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue (Respondents) ex parte Wilkinson (FC) (Appellant) [2005] UKHL 30.

Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy [1984] 1 KB 256.

Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland and Others (Northern Ireland) [2002] UKHL 32.

Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security [1981] AC 800.

S

Salvesen (Appellant) v. Riddell and another (Respondents), Lord Advocate intervening (Scotland) [2013] UKSC 22.

Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd [1985] AC 339.

Secretary of State for Social Security v. Tunncliffe [1991] 2 All ER 712.

Secretary of State For The Home Department v. Rehman [2001] UKHL 47.

Stockdale v. Hansard [1839] EWHC QB J21.

Stuart Bracking and others v. Secretary of State for Work and Pensions [2013] EWCA Civ 1345.

Sweet v. Parsley [1969] UKHL 1.

T

The Christian Institute and others (Appellants) v The Lord Advocate (Respondent)(Scotland) [2016] UKSC 51.

The Prince's case [1606] EWHC Ch J6.

The Sussex Peerage Case [1844] 8 Eng. Rep.

The UK Withdrawal From the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland [2018] UKSC 64.

Thoburn v. Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin).

Tillman (Respondent) v. Egon Zehnder Ltd (Appellant) [2019] UKSC 32.

Transport for London v. Uber London Ltd [2015] EWHC 2918 (Admin).

Turkington and Others v. Times Newspapers Limited (Northern Ireland) [2000] UKHL 57.

Tuck and Sons v. Priester [1887] 19 QBD 629.

W

Waddington v. Miah [1974] UKHL 6.

Watkins (Respondent) v. Home Office (Appellants) and others [2006] UKHL 17.

Wheeler v. Leicester City Council [1985] UKHL 6.

Witham, R (on the application of) v. Lord Chancellor [1997] EWHC Admin 237.

Y

Yemshaw v. London Borough of Hounslow [2011] UKSC 3.

Z

Z (A Child) (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam).

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

A

Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad, CJCE, 3 mai 2007, aff. C-303/05.

Augustin Oyowe and Amadou Traore v Commission of the European Communities., CJCE (seconde chamber), 13 décembre 1989, aff. C-100/88.

C

Case of Animal Defenders International v. The United Kingdom [2013] CourEDH Grand Chamber n°48876/08.

Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne., CJCE, 18 mai 1989, aff. C-249/86.

E

Erich Stauder contre Ville d'Ulm - Sozialamt., CJCE, 12 novembre 1969, C-29/69.

I

Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11-70.

International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, CJCE (Grande Chambre), 11 décembre 2007, aff. C-438/05.

J

J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes., CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73.

L

Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz, CJCE, 13 décembre 1979, aff. C-44/79.

M

Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84.

McGonnell c. Royaume-Uni, Cour EDH, 8 février 2000, req. 28488/95.

N

National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés européennes, CJCE, 26 juin 1980, aff. C-136/79.

N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform, CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-411/10.

P

Procédure pénale contre Tomasz Rubach, CJCE (Grande Chambre), 16 juillet 2009, aff. C-344/08.

R

Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne., CJCE, 9 octobre 2001, aff. C-377/98.

S

SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali., CJCE, 27 septembre 1979, aff. C-230/78.

U

Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman., CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93.

Union syndicale - Service public européen - Bruxelles, Denise Massa et Roswitha Kortner contre Conseil des Communautés européennes., CJCE, 8 octobre 1974, aff. C-175/73.

Z

Zoi Chatzi contre Ypourgos Oikonomikon, CJUE (première chambre), 16 septembre 2010, aff. C-149/10.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	
INTRODUCTION.....	1
I) L'ORDRE CONSTITUTIONNEL BRITANNIQUE	3
A) La corrélation entre constitution et ordre constitutionnel.....	3
B) Les traits fondamentaux de l'ordre constitutionnel britannique.....	12
1) La souveraineté du Parlement de Westminster.....	13
2) Le constitutionnalisme.....	23
a) Le <i>rule of law</i>	24
b) La séparation des pouvoirs	26
C) La responsabilité constitutionnelle	29
II) POUR UNE DÉFINITION LARGE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE:	37
A) Penser la justice constitutionnelle en dehors des modèles et du contrôle de constitutionnalité de la loi.....	38
B) Penser la justice constitutionnelle au-delà des juridictions ...	44
III) OBJET ET DÉMARCHE DE LA THÈSE.....	52

PREMIÈRE PARTIE : L'EMPRISE DU JUGE SUR LA JUSTICE	
CONSTITUTIONNELLE	56
Titre I : L'emprise du juge et le <i>common law</i>	60
Chapitre I : Le <i>common law</i> et l'ordre constitutionnel.....	62
Section I : Le <i>common law</i>, outil de définition du pouvoir	62
I) L'encadrement des représentants par les juges	63
A) Le juge, gardien de la nature libérale et démocratique du régime politique	63
1) La définition du pouvoir des gouvernants par la liberté, une tradition du <i>common law</i>	64
2) La démocratie libérale et la jurisprudence relative aux droits constitutionnels.....	65
B) Le juge et la séparation des pouvoirs	70
1) Le juge de <i>common law</i> et les rapports entre juges et gouvernants	71
a) Le juge de <i>common law</i> , un protecteur du pouvoir judiciaire	71
b) Le juge de <i>common law</i> et la limitation du pouvoir judiciaire	72
2) Le juge de <i>common law</i> et les rapports entre exécutif et législatif.....	77
a) Le <i>common law</i> , voie d'énonciation des règles relatives au fonctionnement interne des pouvoirs	77
b) Le <i>common law</i> , voie d'énonciation des règles relatives au rapport entre législatif et exécutif, entre lois primaires et secondaires.....	79

II) Le juge, gardien du principe de souveraineté du Parlement	82
.....	
A) La consécration ancienne de la souveraineté du Parlement ..	83
1) La définition de la « loi valide » par le <i>common law</i>	83
2) L'emprise minimale du juge sur les procédures parlementaires	
.....	87
B) La souveraineté du Parlement : une jurisprudence	
contemporaine particulièrement active.....	91
Section II : Le <i>common law</i>, outil de protection des droits.....	94
I) Le juge, acteur majeur de protection des droits et libertés..	95
A) Le juge, auteur fondamental des droits et libertés	95
1) La tradition des libertés résiduelles et négatives	96
2) Les droits constitutionnels, une innovation juridictionnelle	98
B) Le juge, auteur des principes de contrôle de l'administration et	
du gouvernement	104
1) Les standards de contrôle utilisés dans la procédure de	
<i>judicial review</i>	104
2) Les principes de transparence de la justice et de « l'intérêt	
général ».....	106
II) La modulation de la souveraineté parlementaire pour une	
meilleure protection des droits	109
A) Le juge, un reflet de la société et de son évolution	109
B) Le juge, un auteur de la hiérarchie des normes	114
1) L'impact considérable de la décision <i>Thoburn</i> (2002) et de la	
création jurisprudentielle des « lois constitutionnelles »	115
2) La décision <i>HS2</i> (2014) et la hiérarchisation des lois	
constitutionnelles.....	118
Conclusion du chapitre I	121

Chapitre II : Le juge et les forces du <i>common law</i>	122
Section I : Le prestige du <i>common law</i>	123
I) La légitimité du <i>common law</i> : son ancrage dans la raison et la coutume.....	124
A) L'ancrage traditionnel du <i>common law</i> dans la raison	124
1) Un ancrage présent dès le XVIIème siècle.....	124
2) Le <i>common law</i> , véhicule d'une raison actualisée.....	127
B) L'ancrage du <i>common law</i> dans la coutume et dans la communauté	128
1) L'ancrage ancien du <i>common law</i> dans la coutume	129
2) L'ancrage réaffirmé du <i>common law</i> dans la communauté	133
II) La légitimité du <i>common law</i> : de sa continuité à son utilité	135
A) La légitimité du <i>common law</i> tirée de sa démarche dans la continuité	135
B) La légitimité du <i>common law</i> tirée de son utilité	140
1) La forte utilité historique du <i>common law</i> , source première du droit	140
2) L'utilité du <i>common law</i> réaffirmée malgré le <i>HRA</i> 1998	142
Section II : La technique jurisprudentielle	145
I) L'importance du pouvoir d'interprétation des juges	146
A) La relégation d'une interprétation strictement littérale : une désacralisation des « mots » de la loi pour une liberté accentuée du juge.....	147
1) L'attachement diminué à la méthode littérale d'interprétation	147
2) La généralisation de la méthode téléologique d'interprétation	151

B) L'efficacité des présomptions pour la protection des règles constitutionnelles	154
1) La présomption et la protection des droits et lois de nature constitutionnelle	155
a) L'abrogation implicite, une technique rarement mise en œuvre	155
b) Le juge protecteur des droits par la modulation de l'abrogation implicite	156
b.1) L'importance de la présomption dans la protection des droits soulignée par la doctrine	156
b.2) La protection des droits par les juges grâce au <i>principle of legality</i>	159
2) La présomption et la lutte contre l'arbitraire	164
II) L'évolution du contrôle dans le <i>judicial review</i> : du <i>Wednesbury test</i> à l'<i>anxious scrutiny</i>.....	168
A) La version originelle du test <i>Wednesbury</i> : une création du <i>common law</i> aux implications incertaines	169
B) Le contrôle de l' <i>anxious scrutiny</i> : une version améliorée du test <i>Wednesbury</i> pour une protection accrue des droits	173
Conclusion du chapitre II.....	178
Conclusion du Titre I -----	179
Titre II : L'emprise du juge et l'action du législateur -----	180
Chapitre I : Le juge et les « <i>intégrations européennes</i> »-----	184
Section I : Les législations sur l'UE, de la suprématie au Brexit	
.....	187

I) Les pouvoirs du juge et le principe de suprématie du droit de l'UE	187
A) La loi de 1972 et les jurisprudences <i>Factortame</i> : les premiers pas de la suprématie du droit de l'UE.....	187
1) L'adoption de la loi de 1972, la suprématie du droit de l'UE et la souveraineté du Parlement	188
2) Les décisions <i>Factortame</i> et la souveraineté du Parlement	189
B) Les années 2000 ou la forte production constitutionnelle de la jurisprudence	192
1) La Charte : de nouveaux droits protégés par un contrôle juridictionnel puissant.....	192
2) Le juge et les imbrications entre droit de l'UE et droit national.....	196
II) Le Brexit : bouleversement et incertitudes pour le rôle du juge dans la justice constitutionnelle.....	198
A) La question de l'utilisation par le juge des principes généraux et droits fondamentaux existant en dehors de la Charte	201
B) La question de l'utilisation par le juge de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	207
1) Le vif sur la conservation de la Charte, un débat sur les droits	207
2) L'exclusion de la Charte.....	209
a) Une exclusion inquiétante pour la protection des droits .	209
b) Les cas limités d'utilisation juridictionnelle de la Charte	211
Section II : Le <i>Human Rights Act</i> 1998 et la stimulation de la place du juge dans la justice constitutionnelle	213
I) Le juge et la logique de la déclaration de droits.....	214

A) Le <i>Human Rights Act</i> : élément de rupture avec la tradition britannique de protection des droits	214
1) Le <i>HRA</i> 1998 en rupture avec la conception négative et résiduelle des droits	215
2) La <i>HRA</i> 1998 ou l'insuffisance du Parlement pour protéger les droits	218
B) Le <i>Human Rights Act</i> : d'une déclaration de droits européens à une déclaration de droits « britannisés » ?.....	220
II) Les modalités de contrôle juridictionnel permises par la loi de 1998	224
A) Les nouvelles prérogatives de contrôle juridictionnel.....	224
1) La section 3 du <i>HRA</i> , l'enrichissement limité des juges..	224
a) La section 3, un enrichissement réel du rôle constitutionnel des juges	225
b) La section 3 : un enrichissement limité.....	228
2) La déclaration d'incompatibilité, relativement innovante et efficace	230
a) La coexistence d'un pouvoir juridictionnel d'influence et d'un pouvoir parlementaire de dernier mot.....	231
b) La section 4, une contrainte imparfaite des juges sur les représentants	233
B) La nouvelle intensité de contrôle : le contrôle de proportionnalité et ses limites	237
1) Le <i>HRA</i> et l'instauration du contrôle de proportionnalité.	238
2) La limitation du rôle politique du juge et la théorie de la déférence	241
a) La « sphère discrétionnaire de jugement », une expression des frontières entre juges et représentants.....	242

b) La déférence, des frontières mouvantes entre juges et représentants	248
Section III : Les lois sur l'organisation juridictionnelle et le statut du juge.....	251
I) La rénovation du statut des juges ordinaires et des <i>tribunals</i> 	253
A) La rénovation du processus de désignation des juges ordinaires	253
1) La consécration ancienne et l'importance du principe d'indépendance des juges	254
2) La mise en place de la <i>Judicial Appointments Commission</i> par la loi de 2005	256
a) La désignation des juges avant 2005 : des risques d'immixtion des pouvoirs.....	256
b) La désignation mise en place par la loi de 2005 : une meilleure application de la séparation des pouvoirs	258
b.1) Le système de désignation pour les juges d'Angleterre et du Pays de Galles	259
b.2) Le système de désignation des juges écossais et nord- irlandais	260
b.3) Un manque de représentativité des juges persistant	261
B) La nature juridictionnelle des tribunaux affirmée et consacrée.....	263
1) Les <i>tribunals</i> du XIX ^{ème} siècle au XX ^{ème} siècle, une première reconnaissance de la nature juridictionnelle	264
2) Les <i>tribunals</i> au XXI ^{ème} siècle, l'approfondissement de cette reconnaissance	266
II) De nouvelles institutions judiciaires pour une indépendance renforcée	270

A) Le transfert de compétences judiciaires du <i>Lord Chancellor</i> au <i>Lord Chief Justice</i> : réaménagement salutaire des pouvoirs	270
1) La situation ante 2005, le <i>Lord Chancellor</i> et la concentration des pouvoirs	271
2) La réforme de 2005 et la fonction de <i>Lord Chancellor</i> , une meilleure mise en œuvre de la séparation des pouvoirs.....	273
B) Le remplacement salutaire de l' <i>Appellate Committee</i> de la Chambre des Lords par la Cour suprême	275
1) La mise en place d'une juridiction suprême détachée de l'enceinte parlementaire.....	276
a) La place redorée des juges face à l'opinion publique.....	276
b) La place rénovée des juges face au Parlement	277
2) La problématique spécifique de la désignation et de la composition de la Cour suprême.....	282
a) La loi de 2005 et la nouvelle procédure de nomination des juges suprêmes	282
b) La désignation, la composition de la Cour suprême et l'activisme de la Cour dans le cadre du Brexit.....	285
Conclusion du chapitre I	288

Chapitre II : Le juge et l'organisation territoriale britannique--- 289

Section I : L'enrichissement du rôle constitutionnel des juges . 291

I) L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité vaste.... 292

A) Le contrôle juridictionnel <i>a priori</i> : un enrichissement limité du rôle des juges dans la justice constitutionnelle	293
1) Le contrôle juridictionnel abstrait et <i>a priori</i> , un bouleversement des traditions britanniques.....	293
2) Un contrôle peu appliqué.....	296

B) Le contrôle juridictionnel <i>a posteriori</i> , un contrôle ouvert et appliqué.....	299
1) Le contrôle des <i>devolution issues</i> , une procédure ouverte	300
2) Les <i>devolution issues</i> dans la jurisprudence.....	306
II) Un enrichissement lié à la nature et à l’objectif des lois de la dévolution	310
A) Des lois de mise en place de systèmes politiques et juridiques.....	311
1) Les lois de la dévolution, des lois de création institutionnelle	311
a) La dévolution ou la création de véritables régimes politiques.....	312
b) Les répercussions visibles de cette création institutionnelle sur la Cour suprême	316
2) Les lois de la dévolution, des constitutions au sens formel	320
B) Les lois de la dévolution, un rôle supplémentaire pour le juge dans la sauvegarde des droits et libertés.	322
Section II : Un enrichissement limité.....	326
I) L’attachement aux modalités extra-juridictionnelles de résolution des litiges	327
A) La dévolution, avant tout une limitation extra-juridictionnelle au pouvoir de Westminster.....	328
B) Le juge, acteur accessoire de l’application des règles de la dévolution	331
II) L’enrichissement limité et la décision <i>Miller</i>	337
A) Les clauses insérées dans les lois sur la dévolution de 2016 et 2017 : des espoirs logiques d’enrichissement du rôle constitutionnel des juges.....	337

B) Le rejet par la Cour suprême de la justiciabilité des clauses codifiant des conventions, une limite à la juridictionnalisation de la justice constitutionnelle	342
Conclusion du chapitre II.....	347
Conclusion du titre II -----	349
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	350
SECONDE PARTIE : LA FAIBLESSE DES CITOYENS ET LA PUISSANCE DES REPRÉSENTANTS DANS LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE	351
Titre I : La faiblesse du peuple dans la justice constitutionnelle ----	356
Chapitre I : Les faiblesses du « <i>peuple électorat</i> » dans la justice constitutionnelle -----	358
Section I : L'exercice fragile de la justice constitutionnelle par le vote démocratique	359
I) La Chambre des Communes, un outil majeur mais imparfait d'expression constitutionnelle des électeurs	359
A) La Chambre des Communes, outil d'expression constitutionnelle des électeurs.....	360
1) La qualité de « représentant » de la Chambre des Communes, un canal d'expression constitutionnelle des électeurs .	360
a) La Chambre des Communes, une assemblée législative et constituante souveraine	360
b) La mise en pratique de la mission constituante des Communes	365

2) Un canal d'expression constitutionnelle citoyenne consolidé par l'ordre constitutionnel.....	367
B) La Chambres des Communes, un imparfait outil d'expression populaire	370
1) Les imperfections liées aux modalités de fonctionnement de la Chambre des Communes	370
2) Les imperfections extérieures à la Chambre des Communes	373
II) L'importance accrue du référendum : une intervention citoyenne ancrée mais imparfaite	377
A) L'emploi consolidé du référendum pour des questions constitutionnelles majeures	377
1) Le référendum : un outil difficilement contournable pour certaines questions constitutionnelles	378
a) Le référendum, outil difficilement contournable	378
b) L'importante utilisation du référendum	382
2) Le succès du référendum : les bouleversements de l'ordre constitutionnel britannique	385
B) Les imperfections démocratiques du référendum	388
Section II : L'hypothèse délaissée de l'élaboration populaire d'une constitution écrite et codifiée	392
I) Le débat fragile et timide sur le processus d'élaboration d'une nouvelle constitution	394
A) Un appel au choix populaire des règles constitutionnelles ..	394
1) La procédure idéale d'exercice populaire de la justice constitutionnelle	395
2) Un appel relayé par la société civile et les commissions parlementaires	398
a) L'appel de la société civile, un appel ancien.....	398

b) L'appel récurrent des commissions parlementaires	400
3) Un appel souvent relayé par les représentants.....	402
a) Un appel relayé par les programmes politiques	403
b) La Convention écossaise, une participation citoyenne imparfaite.....	406
B) Un appel sans effets	408
II) Le débat fragile et timide sur le contenu d'une nouvelle constitution	413
A) Les débats relatifs à l'adoption d'un nouveau <i>Bill of Rights</i>	413
1) La déclaration de droits, un exercice décisif de la justice constitutionnelle	413
2) L'élaboration de la déclaration de droits, quels droits consacrer ?.....	415
B) Les débats relatifs à une constitution codifiée et au choix des institutions	418
Conclusion du chapitre I :	424

**Chapitre II : Les faiblesses du « *peuple composite* » dans la justice
constitutionnelle ----- 425**

**Section I : Les faiblesses des moyens extraparlimentaires
d'exercice populaire de la justice constitutionnelle 427**

**I) Les libertés d'expression, de manifestation et d'association,
des libertés protégées mais fragiles 428**

A) La liberté d'expression, condition première de l'expression constitutionnelle citoyenne.....	430
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

1) La liberté d'expression, une liberté essentielle et consacrée	430
a) L'importance capitale de la liberté d'expression pour la doctrine et la jurisprudence	430
b) La liberté d'expression consolidée par l'action du législateur	434
2) Une liberté encadrée et limitée	438
B) Les libertés d'association et de manifestation, des outils essentiels mais à l'issue incertaine	443
1) La liberté d'association, une liberté insuffisamment consacrée	444
2) La liberté de manifestation, un outil protégé et limité	448
a) Une liberté consacrée et exercée	448
a.1) Une liberté consacrée	449
a.2) Une liberté exercée	452
b) La restriction du droit de manifester par les juges et le législateur	455
II) La juridiction, un outil indispensable mais limité	460
A) Un outil indispensable à l'exercice citoyen de la justice constitutionnelle	461
1) L'importance du <i>judicial review</i> pour le rule of law	461
2) Les modalités d'utilisation du <i>judicial review</i> par le citoyen-justiciable	463
B) Le <i>judicial review</i> : une procédure fragile, à la merci des volontés gouvernementales	469
Section II : Les faiblesses de l'expression constitutionnelle des citoyens dans un cadre parlementaire	475
I) La popularité et la fragilité des mécanismes de pétition	476

A) Le système de pétition au sein du Parlement de Westminster : un outil précieux mais imparfait.....	477
1) Les pétitions traditionnelles, mécanisme de liaison de la « société civile » aux gouvernants	477
a) Les pétitions publiques, mécanisme historique d'expression constitutionnelle des citoyens	478
b) Les pétitions publiques, porteuses d'importantes revendications constitutionnelles	483
2) Le développement des pétitions numériques : un progrès démocratique	486
a) Un processus de dépôt et de signature aisé	487
b) Des pétitions nombreuses, parfois populaires mais révélatrices de la prédominance des représentants dans la prise de décision	489
B) Les pétitions dans le cadre de la dévolution : des mécanismes importants de participation des citoyens à l'exercice de la justice constitutionnelle.....	496
1) Le système écossais : un système produisant une forte activité citoyenne de justice constitutionnelle	497
a) Le système écossais : un système de pétition accessible.....	498
b) Le système écossais : une forte utilisation pour les questions constitutionnelles.....	500
2) Les systèmes gallois et nord-irlandais : des expressions constitutionnelles plus timides	504
a) Un système gallois moins important que ses équivalents britannique et écossais.....	505
b) L'extrême timidité du système de pétition nord-irlandais	508

II) Des mécanismes de consultation et de délibération divers mais peu utilisés par les citoyens	510
A) Les opérations de consultation parlementaire : des invitations à l'expression constitutionnelle	510
1) La faiblesse des citoyens dans les processus de consultation	510
2) La consultation : un outil d'expression sur des questions constitutionnelles majeures	513
B) Les mécanismes complémentaires de démocratie participative et délibérative	518
1) Les « mini publics » ou <i>deliberative polls</i> : des expériences rares.....	518
2) La mise en place de modes délibératifs et participatifs de gouvernance dans le cadre de la dévolution	521
Conclusion du chapitre II.....	525
Conclusion du titre I -----	526

Titre II : La puissance inégale des représentants dans la justice constitutionnelle-----	527
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Chapitre I : La puissance des représentants dans la justice constitutionnelle par le débat parlementaire-----	530
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Section I : Le débat parlementaire dans sa fonction législative..	533
------------------------------------------------------------------------------------	------------

I) Le débat parlementaire, outil majeur de protection des règles constitutionnelles	534
------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

A) La force du débat parlementaire et le privilège individuel de droit de parole et de vote.....	534
B) Le débat parlementaire, la diversité des modalités d'expression constitutionnelle.....	537
C) Le débat parlementaire, outil libéral et liberticide.....	539
1) Le débat parlementaire, lieu indéniable d'expression constitutionnelle	539
2) Les insuffisances du débat parlementaire dans la protection des droits	544
II) Le débat parlementaire, outil inégalitaire d'exercice de la justice constitutionnelle.....	545
A) Le débat parlementaire et la prédominance du Cabinet	545
B) Le débat parlementaire et l'expression constitutionnelle sauvegardée des parlementaires hors gouvernement	549
III) Le débat parlementaire pour la justice constitutionnelle dans le cadre de la dévolution, un outil important mais inégal	554
A) L'expression constitutionnelle certaine mais inégale des parlementaires écossais	554
B) L'expression constitutionnelle certaine mais inégale du parlementaire nord-irlandais et gallois	557
Section II : Le débat parlementaire dans sa fonction de contrôle	559
I) La force inégale des mécanismes de domination dans la justice constitutionnelle.....	560
A) La responsabilité ministérielle, fondamentale mais peu opérante.....	560
1) La responsabilité du gouvernement, un outil de démocratie et de libéralisme	560
2) La désuétude de la motion de censure.....	564

B) La dissolution, un outil de justice constitutionnelle à double titre.....	566
II) L'importance des mécanismes de surveillance dans la justice constitutionnelle	569
A) Les questions ministérielles, des outils d'exercice de la justice constitutionnelle.....	570
B) Le <i>Prime Minister's Question Time</i> ou la médiatisation de la responsabilité constitutionnelle du Premier ministre	572
III) Les mécanismes de surveillance et de domination dans les institutions dévolues	576
A) Les mécanismes de domination : de l'inutilisation du droit de dissolution à l'utilisation de la <i>motion of no confidence</i>	576
B) Les mécanismes de surveillance : la faible dimension constitutionnelle des questions parlementaires	579
Section III : Les mécanismes de contrôle de constitutionnalité par l'exécutif et les parlementaires.....	582
I) La section 19 du HRA 1998 ou l'intervention du gouvernement dans le contrôle de constitutionnalité.	583
A) La section 19, une philosophie spécifique de protection des droits.....	583
B) L'application de la section 19 ou l'accentuation de la responsabilité constitutionnelle gouvernementale	585
II) Le contrôle de constitutionnalité mené par les exécutifs dévolus ou les initiateurs des lois	587
A) L'expression d'une philosophie de responsabilité constitutionnelle.....	587
B) La mise en place de cette philosophie par les lois de la dévolution.....	588
Conclusion du chapitre I	592

**Chapitre II : L'influence incertaine des commissions et organismes
spécifiques de protection des règles constitutionnelles----- 593**

**Section I : L'emprise fragile des mécanismes « parlementaires »
de protection des règles constitutionnelles 594**

**I) Les rôles remarquables de la Commission mixte sur les droits
de l'Homme (JCHR) et de la Commission spéciale sur la Constitution
de la Chambre des Lords dans la justice constitutionnelle 597**

A) La Commission mixte sur les droits de l'Homme : un
important promoteur des droits et libertés 597

1) L'exercice d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* 597

2) L'intervention de la Commission, un stimulant imparfait..
..... 600

a) La Commission et la stimulation des autres expressions
constitutionnelles 600

b) Une trop grande dépendance de la Commission aux
volontés gouvernementales 606

B) La Commission spéciale sur la Constitution de la Chambre des
Lords : un auteur indéniable de la Constitution 609

1) L'appropriation de la Constitution britannique par la
Commission..... 609

2) L'intervention de la Commission, un stimulant imparfait..
..... 614

a) La Commission et la stimulation des autres expressions
constitutionnelles 614

b) Les faiblesses de la Commission 617

C) Les Commissions parlementaires de protection des règles
constitutionnelles et la dévolution 619

1) La Commission galloise sur la Législation, la Justice et la Constitution : un rôle réel quoique timide.....	619
2) Les commissions en Irlande du Nord et en Écosse, outils d'expression constitutionnelle	622
a) Les interventions limitées des Commissions nord-irlandaise.....	622
b) L'intervention réelle mais limitée de la Commission écossaise sur les égalités et les droits de l'Homme :.....	624
II) Le rôle actif des commissions de surveillance de la législation déléguée dans la justice constitutionnelle.....	626
A) L'intervention fréquente et cruciale du <i>Delegated Powers and Regulatory Reform Committee</i>	626
B) Le rôle actif de la Commission de contrôle de la législation secondaire dans la justice constitutionnelle:	631
Section II : L'influence inégale des mécanismes « extra-parlementaires » de justice constitutionnelle	633
I) Les Commissions établies pour la promotion et la protection de l'égalité et les Ombudsmen	635
A) Le rôle important des Commissions pour l'égalité dans la justice constitutionnelle	636
1) Le rôle actif de l' <i>Equality Human Rights Commission</i>	636
a) Les pouvoirs de sensibilisation, de recommandation et de recherche de la Commission.....	639
b) Les pouvoirs contraignants de la Commission : des atouts aux répercussions limitées.....	641
2) Le rôle actif de la Commission nord-irlandaise sur l'égalité	646
B) Les Ombudsmen : l'exercice de la justice constitutionnelle par la lutte contre la « mauvaise administration »	650

1) Les Ombudsmen, acteurs indéniables de la protection des droits	650
2) Les Ombudsmen du secteur public, des outils de plaintes pour les administrés.....	653
II) Le rôle actif des commissions spécialisées dans la protection des droits de l’Homme	657
A) Le rôle de la Commission nord-irlandaise sur les droits de l’Homme dans la justice constitutionnelle.....	657
1) Les pouvoirs de contrôle, de recommandation et de recherche de la Commission : une mise en application timide	659
2) Les pouvoirs contraignants de la Commission : la saisine du juge ou l’atout pour le rôle de la Commission dans la justice constitutionnelle	661
B) Les prérogatives plus timides de la Commission écossaise pour les droits de l’Homme dans la justice constitutionnelle	664
Conclusion du chapitre II.....	670

Chapitre III : L’implication des représentants dans la justice constitutionnelle par le *soft law* -----671

Section I : L’importance et la force des conventions de la Constitution 674

I) Les conventions de la Constitution, d’importants outils de justice constitutionnelle..... 674

A) La formation et l’application continue des conventions, outils permettant l’application de principes constitutionnels supérieurs

 1) La formation et l’objectif des conventions ou la défense d’une vision constitutionnelle

 2) L’application actuelle des conventions, un exercice de la justice constitutionnelle

3) Les conventions relatives au monarque et l'exercice royal de la justice constitutionnelle	680
B) Les conventions, outils de résolution de conflits d'interprétations constitutionnelles	684
II) Les conventions, une influence des représentants forte mais limitée.....	686
A) Les conventions de la Constitution et l'emprise des représentants sur la justice constitutionnelle	686
B) L'influence limitée des représentants sur la justice constitutionnelle par le biais des conventions.....	690
Section II : Les représentants dans la justice constitutionnelle et la multiplication des <i>Manuals, Codes et Guides</i>	692
I) Les <i>Manuals, Codes et Guides</i> ou la généralisation d'un <i>soft law</i> de nature constitutionnelle	692
A) La généralisation d'un <i>soft law</i> stimulant la responsabilité constitutionnelle de l'exécutif	693
B) La généralisation d'un <i>soft law</i> de nature constitutionnelle	696
II) Les modalités d'exercice de la justice constitutionnelle par les représentants dans le cadre du <i>soft law</i> : une autorégulation imparfaite	700
A) La consécration d'une autorégulation constitutionnelle	700
1) Une autorégulation généralisée au niveau des exécutifs britanniques	701
2) Une autorégulation affirmée au sein des assemblées législatives.....	705
B) Une autorégulation imparfaite	708
1) Une autorégulation imparfaite pour les exécutifs du Royaume-Uni	708

2) Une autorégulation imparfaite pour les assemblées législatives.....	712
Conclusion du chapitre III	716
CONCLUSION GÉNÉRALE	717
BIBLIOGRAPHIE	723
INDEX	767
JURISPRUDENCE UTILISÉE.....	771
TABLE DES MATIÈRES.....	784